

# **CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

AÑO JUDICIAL 2016-2017



**TRIBUNAL SUPREMO**

**2017**

## **SALA TERCERA**

# CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA : SALA TERCERA<sup>1</sup>

## I.- ADMINISTRATIVO

### 1.- ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1.1.- Subvención. Revisión de oficio. Nulidad de pleno derecho. Límites a la revisión de oficio. Indebida aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992.

1.2.- Subvenciones. Expediente de reintegro. Prescripción por caducidad de procedimiento de reintegro. Los recursos o reclamaciones para lograr la declaración judicial de caducidad del procedimiento no interrumpen la prescripción.

1.3.- Notificaciones administrativas. Proceso selectivo de ingreso en la función pública. No se notifica personalmente al interesado la sentencia en cuya virtud quedaba seleccionado y no presenta en plazo la documentación necesaria para el nombramiento. Fallidos los intentos de hacerlo en el domicilio señalado seis años antes, no se usa para localizarle el teléfono móvil que constaba desde el primer momento.

### 2.- CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

2.1.- Solicitud de declaración de nulidad de contrato de concesión de autopista, planteada por los expropiados, por no haber percibido los justiprecios correspondientes. Tratándose de una cuestión (la relativa al impago del justiprecio) surgida en el seno de la relación expropiatoria, es en ese ámbito en el que debe resolverse. La petición de resolución del contrato está circunscrita a las partes de esa relación concesional

### 3.- REGULACION ECONÓMICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA

#### 3.1.- Sector energético

3.1.1.- Disposición transitoria sexta de la Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos

---

<sup>1</sup> La elaboración de la Crónica de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha sido realizada por D. Pedro Escribano Testaut, Letrado Coordinador del Gabinete Técnico, bajo la supervisión del Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez, Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

**3.1.2.- Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 7 de diciembre de 2011, sobre incumplimiento de inscripción en el registro de pre-asignación de retribución de instalaciones fotovoltaicas. Interpretación del artículo 8 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. Plazo de solicitud para la inscripción en el Registro.**

**3.1.3.- Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Inaplicación de la norma legal española por vulneración del ordenamiento comunitario europeo.**

### **3.2.- Telecomunicaciones**

**3.2.1.- Nulidad del artículo 12 del RD 920/2014, de 31 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones destinadas a compensar los costes derivados de la recepción o acceso a los servicios de comunicación audiovisual televisiva, en cuanto afecta a las competencias ejecutivas en materia de comunicaciones electrónicas de la Generalidad de Cataluña.**

**3.2.2.- Cese del Presidente y Consejero de la CNMT: Reales Decretos 795/13 y 800/13 de 11 de octubre.**

### **3.3.- Derecho público de la competencia**

**3.3.1.- Impugnación del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.**

## **4.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS**

**4.1.- Derecho a la igualdad. Discriminación por razón de edad. Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

**4.2.- Principio de igualdad y libertad de enseñanza. Conciertos educativos en centros docentes. Compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad tras la reforma del art. 84.3 de la LODE en la redacción dada por la LOMCE.**

## **5.- EXPROPIACIÓN FORZOSA**

**5.1.-. No cabe confundir la utilidad pública que legitima la expropiación con la utilidad pública que determinó la delimitación de zonas de servicio por el Plan Director del Aeropuerto concernido.**

## **6.- EXTRANJERÍA Y ASILO**

### **6.1.- Extranjería**

**6.1.1.- Autorización provisional de residencia por causas excepcionales, en razón de haber sido declarado testigo protegido.**

**6.1.2.- Visado de corta duración. Legitimación activa de la hermana invitante.**

**6.1.3.- Denegación de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por existencia de antecedentes penales. Incompatibilidad con normativa comunitaria: no aplicable la causa de denegación por ser el solicitante con antecedentes penales progenitor y guardador en exclusiva de menores de edad ciudadanos de la Unión (uno de ellos nacional de estado miembro).**

### **6.2.- Asilo.**

**6.2.1.- La denegación de una extradición no implica por sí sola la proclamación de la existencia de una persecución.**

**6.2.2.- Denegación de asilo. Otorgamiento de la protección subsidiaria. Diferencia entre ambas figuras.**

## **7.- FUNCIÓN PÚBLICA.**

**7.1.- Cobertura legal del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.**

**7.2.- Estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de Defensa. Omisión del informe previo y preceptivo del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, exigido por el artículo 49.1 c), en relación con su apartado b) 7º de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.**

**7.3.- Manifestación convocada por la Asociación Unificada de Guardias Civiles. Art. 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.**

**7.4.- Procedimientos selectivos de acceso al empleo público. Principio de publicidad. Los aspirantes tienen derecho a conocer los ejercicios de aquellos con los que compiten cuando reclamen su derecho fundamental a acceder al empleo público.**

## **8.- PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.**

**8.1.- Consejo General del Poder Judicial. Impugnación del Acuerdo del Pleno sobre composición de sus comisiones para el año 2015**

**8.2.- Sanción impuesta a un Magistrado por la comisión de una falta muy grave de ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales. (art. 417.14 LOPJ).**

**8.3.- Carrera Judicial. Provisión de la vacante de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Facultades discrecionales del CGPJ. Motivación suficiente. No se produce desviación de poder, ni arbitrariedad, ni discriminación de la mujer. Desestimación.**

## **9.- PROPIEDAD INDUSTRIAL, PATENTES Y MARCAS**

**9.1.- Notificaciones de Acuerdos de la Oficina Española de Patentes Y Marcas, cuando la entidad actúa a través de un agente de la propiedad industrial.**

**9.2.- Principio de “continuidad registral”.**

**9.3.- Compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Cuestión prejudicial resuelta por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2016 (C-470/14). Incompatibilidad con el derecho europeo de la Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011 y del apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014. Anulación del Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre de 2012), que regula el procedimiento para el pago de la compensación por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.**

## **10.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

**10.1.- Responsabilidad patrimonial amparada en un dictamen del Comité de la CEDAW -Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer- en el que se recomienda a España indemnizar a una persona como consecuencia de la vulneración de derechos previstos en la Convención en un procedimiento ante nuestros tribunales. Admisión del recurso de casación.**

**10.2.- El derecho a edificar se patrimonializa con la obtención de la licencia urbanística.**

## **11.- URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE**

**11.1.- Urbanismo.**

**11.1.1.- PGOU de Santander. Insuficiencia de recursos hídricos. Previa anulación jurisdiccional de proyecto y obra de bitrasvase de agua, necesaria para la suficiencia de los recursos. Nulidad.**

**11.1.2.- Plan general de ordenación urbana. Monterrei (Orense). Nulidad por ausencia de acreditación de disponibilidad de recursos hídricos. Disponibilidad física y jurídica.**

**11.1.3.- Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, adoptado en su sesión de 30 de octubre de 2014, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial para la modificación de la ordenación pormenorizada del APE 16.11 "Ciudad aeroportuaria y Parque Valdebebas". Nulidad por falta de motivación.**

**11.1.4.- Finca catastral con dos calificaciones urbanísticas. Suelo urbano consolidado y suelo urbano no consolidado**

**11.2.- Medio ambiente.**

**11.2.1.- Impugnación del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, aprobado por Real Decreto 595/2014, de 11 de julio. Principio "quien contamina paga".**

**11.2.2.- Impugnación del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre.**

## II.- TRIBUTARIO

1.- Pago en especie de las deudas tributarias. Artículo 60.2 de la Ley General Tributaria, que se remite al artículo 73 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, Tal pago no es admisible respecto de toda clase de deudas tributarias, sino sólo por los conceptos definidos en el citado artículo 73. La decisión de la Administración de no aceptar el pago en especie es discrecional, en el sentido de que no puede ser obligada a su aceptación, pero debe motivarse. No hay infracción del procedimiento por falta de emisión de la valoración e informe de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, pues se trata de un informe que debe recabar y aportar quien formula la solicitud.

2.- Liquidación de los intereses suspensivos sobre sanción pecuniaria anudada a liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1984 Transmisibilidad al heredero universal de la deudora tributaria por haberse satisfecho la sanción pecuniaria impuesta a la causante de su herencia por la comisión de una infracción tributaria: improcedencia . La extinción de las sanciones tributarias por el fallecimiento de todos los obligados a satisfacerlas se extiende al pago de los intereses suspensivos devengados.

3.- Impuesto sobre Sociedades. Interposición de recurso de amparo. Inaplicación supletoria del artículo 233.8 de la LGT sobre suspensión hasta que se resuelva la petición de suspensión ante el Tribunal Constitucional.

4.- IVA: devoluciones. Empresarios o profesionales no establecidos. Aportación en el recurso de reposición de la documentación requerida: devolución procedente cuando se cumplen los requisitos sustantivos para la misma.

5.- Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Comprobación de Valores por el sistema de estimación mediante la aplicación de coeficientes correctores al valor catastral. Validez de la Orden 23/2013, de 20 de diciembre, de la Comunidad Valenciana, por la que se establecen los coeficientes aplicables en 2013, en base a los datos facilitados por la Gerencia Regional del Catastro.

6.- Liquidación por el impuesto sobre sucesiones y donaciones. Reducción por adquisición de vivienda habitual de la persona fallecida, prevista en el artículo 20.2.c), párrafo tercero de la Ley 29/1087, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

## III.- CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

### DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NUEVA REGULACION DEL RECURSO DE CASACION (L.O. 7/2015)



## **1.- NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN SU NUEVA REGULACION**

1.1.- El “interés objetivo casacional para la formación de la jurisprudencia”, piedra angular sobre la que se sostiene la nueva ordenación de este recurso extraordinario.

1.2.- Por mucho que se enfatice la relevancia del “ius constitutionis” en el nuevo recurso de casación, en ningún caso puede caracterizarse como un cauce para plantear cuestiones interpretativas del Ordenamiento “en abstracto”.

## **2.- RÉGIMEN JURIDICO DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN**

2.1.- Régimen jurídico del recurso de casación contencioso-administrativo. Inaplicabilidad directa de las normas del recurso de casación de la LEC.

2.2.- Derecho transitorio. Régimen jurídico aplicable a los recursos promovidos contra sentencias dictadas antes del 22 de julio de 2016, que se hallaban en fase de preparación a dicha fecha.

2.3.- Derecho transitorio. Inaplicabilidad de las disposiciones transitorias de la Ley Jurisdiccional 29/1998.

2.4.- Derecho transitorio. Régimen jurídico aplicable a la preparación del recurso de casación frente a autos recurridos en reposición. La fecha del auto que resuelve la reposición, y no la del auto impugnado a través de dicho recurso, es la relevante para determinar la normativa aplicable a la casación.

2.5.- Régimen transitorio. Resoluciones dictadas antes del 22 de julio de 2016, aclaradas o rectificadas por resolución posterior a dicha fecha.

2.6.- Derecho transitorio. El recurso puede ser admitido aun habiéndose anunciado con invocación de la regulación casacional no aplicable, si aun así cumple suficientemente las exigencias de la regulación realmente aplicable.

2.7.- Régimen jurídico del recurso de casación contra resoluciones del tribunal de cuentas.

## **3.- RESOLUCIONES RECURRIBLES (art. 86). LAS RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS.**

3.1.- Sentencias susceptibles de “extensión de efectos”. Delimitación del concepto. Remisión a los arts. 110 y 111 LJCA.

3.2.- Resoluciones de los Juzgados de lo contencioso-administrativo susceptibles de recurso de casación: no lo son las sentencias desestimatorias, porque una sentencia de signo desestimatorio no reconoce ninguna situación jurídica individualizada a la parte actora que sea susceptible de extensión de efectos; y, por esta razón, no se cumple el presupuesto de recurribilidad que exige el art. 86.1 in fine LJCA.

3.3.- Si la resolución del Juzgado no es recurrible conforme al art. 86.1, huelga examinar el interés casacional de las cuestiones planteadas en el recurso de casación.

3.4.- Facultades del titular del Juzgado a la hora de valorar si el escrito de preparación cumple los requisitos de viabilidad y procede, consecuentemente, tenerlo por preparado. Improcedencia de que tal órgano se pronuncie sobre si, materialmente, concurre el interés casacional o sobre si la sentencia sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.

#### **4.- LIMITACIÓN DEL EXAMEN CASACIONAL A LAS CUESTIONES DE DERECHO.**

4.1.- La discusión sobre las cuestiones fácticas no tiene encaje posible en ningún supuesto de interés casacional.

4.2.- Sobre el acceso a la casación cuando se alega que la valoración probatoria efectuada en la instancia resulta ilógica, irracional o arbitraria, o contraria a las reglas de la sana crítica.

#### **5.- EL “INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA”, CLAVE DEL NUEVO RECURSO DE CASACION.**

5.1.- Relevancia del “interés casacional” en el trámite de admisión del recurso. Carga del recurrente en la articulación del escrito de preparación. Doctrina general.

5.2.- Problemas de la justificación del interés casacional cuando se aducen infracciones *in procedendo*. La mera invocación de la existencia de vicios *in procedendo* con infracción de derechos fundamentales, en la resolución judicial que se impugna, no constituye *per se* un supuesto de interés objetivo casacional. Doctrina general.

5.3.- Interés casacional e infracciones “*in procedendo*”. Incongruencia omisiva. La denuncia del vicio *in procedendo* de incongruencia puede presentar interés casacional objetivo en la medida que dicha incongruencia haya repercutido en la aplicación o inaplicación de una norma o jurisprudencia, para la resolución de alguna de las cuestiones suscitadas en el proceso, sobre cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casacional objetivo.

5.4.- Interés casacional e infracciones “*in procedendo*”. Incongruencia omisiva “manifiesta”. Necesidad de seguir el trámite de los artículos 267.5 LOPJ y 215 LEC antes de promover el recurso de casación.

#### **6.- LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL DEL ARTÍCULO 88.2 LJCA**

6.1.- carácter de *numerus apertus* del listado del artículo 88.2 LJCA. El carácter no exhaustivo del listado de supuestos de interés objetivo

casacional contemplado en el artículo 88 LJCA no permite, sin embargo, la mera invocación de “otros supuestos” o “circunstancias” sin mayor argumentación. Cuando se invoca un interés casacional no contemplado en este precepto resulta exigible a quien así lo hace una cuidada y rigurosa justificación del interés casacional que esgrime.

**6.2.- El supuesto de interés casacional del art. 88.2.a) LJCA. Pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios.**

**6.2.1.- No nos hallamos ante una mera reformulación del antiguo recurso de casación para unificación de doctrina, por lo que no son exigibles las clásicas “identidades” de aquel recurso.**

**6.2.2.- No cabe descartar la posibilidad de invocar fructuosamente, a efectos de contraste, sentencias de la propia Sala tercera del Tribunal Supremo que se hayan pronunciado sobre el tema litigioso, cuando se aprecie la conveniencia de reafirmar, reforzar o completar aquel criterio, o, en su caso, cambiarlo o corregirlo.**

**6.2.3.- Cuando se denuncia la existencia de una doctrina contradictoria emanada de otros órganos jurisdiccionales, no puede excluirse sin más como improcedente la invocación de la jurisprudencia recaída en otros órdenes jurisdiccionales, concretamente la procedente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.**

**6.2.4.- Carga del recurrente en relación con la alegación de este supuesto: citar con precisión las sentencias de contraste, y argumentar de forma circunstanciada tanto la sustancial igualdad de las cuestiones resueltas en las resoluciones judiciales contrastadas como el carácter divergente e incompatible de la solución dada a unos y otros casos.**

**6.2.5.- A la hora de invocar el supuesto del art. 88.2.a), no resulta útil someter a contraste diversas resoluciones judiciales cuando la solución distinta dada a uno y otro caso está ligada al examen casuístico de las circunstancias concurrentes en cada pleito.**

**6.3.- El supuesto de interés casacional del art. 88.2.b). Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.**

**6.3.1.- El interés casacional viene dado cuando la “doctrina” sentada, que no la cuantía debatida, es gravemente dañosa para los intereses generales.**

**6.3.2.- Requisitos para la apreciación de este supuesto; explicitar las razones por las que puede producirse ese daño, y vincular ese daño con la realidad a la que aplica su doctrina la resolución judicial impugnada.**

**6.4.- El supuesto de interés casacional del art. 88.2.c). Afección a gran número de situaciones**

**6.4.1.- Requisitos de este supuesto y carga de la parte recurrente a la hora de su invocación.**

**6.4.2.- Para apreciar la presencia de este supuesto se debe atender de forma prioritaria a la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la sentencia recurrida.**

**6.5.- El supuesto de interés casacional del artículo 88.2.e). Requisitos para su apreciación.**

**6.6.- El supuesto de interés casacional del artículo 88.2.g). Relación con la presunción del artículo 88.3.c).**

**6.7.- El supuesto de interés casacional del artículo 88.2.h). El hecho de que la sentencia haya recaído en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales constituye un indicio sobre su posible interés casacional, pero no convierte dicha sentencia en susceptible de casación de forma automática.**

## **7.- LAS PRESUNCIONES DE INTERÉS CASACIONAL DEL ART. 88.3.**

**7.1.- Con carácter general, no basta con anotar sin más la concurrencia de un supuesto de presunción de los establecidos en este apartado, sino que además ha de justificarse la concurrencia del interés casacional objetivo.**

**7.2.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.a). Inexistencia de jurisprudencia.**

**7.2.1.- La mera invocación del artículo 88.3.a) LJCA no resulta suficiente para integrar su contenido y dar así acceso al recurso de casación contencioso-administrativo, requiriéndose una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la resolución correspondiente adopte la forma jurídica de auto. En este supuesto no cabe incluir la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo.**

**7.2.2.- Para que opere la presunción, no basta con argumentar que el precepto cuya infracción se denuncia carece, objetivamente, de jurisprudencia que lo interprete, sino que además ha de razonarse la existencia de interés casacional en la impugnación formulada, tal como esta se plantea.**

**7.2.3.- Concurre este supuesto no sólo cuando no existe jurisprudencia en absoluto, sino también cuando habiendo jurisprudencia, resulte necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades distintas de las ya contempladas por la doctrina jurisprudencial.**

**7.3.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.b). apartamiento deliberado de la jurisprudencia.**

**7.3.1.- Para que opere esta presunción es necesario que el apartamiento lo sea de la jurisprudencia propiamente dicha, que es únicamente la del Tribunal Supremo, y que además se trate de un apartamiento deliberado, esto es, consciente y reflexivo.**

**7.3.2.- La mera afirmación, por el recurrente en casación, de que la Sala de instancia omite toda referencia a la jurisprudencia citada en el escrito de demanda resulta a todas luces insuficiente para considerar que rechaza expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo por considerarla errónea.**

**7.4.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.c). Declaración de nulidad de un reglamento.**

**7.4.1.- Improcedencia de invocar la presunción de interés casacional objetivo en los supuestos de anulación parcial de la disposición impugnada, cuando lo controvertido en casación es la parte de la disposición que no resulta anulada en la instancia.**

**7.4.2.- También cuando se invoca esta presunción subsiste la carga que pesa sobre la parte recurrente de justificar el interés casacional ex art. 89.2.f) LJCA.**

**7.5.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.d). Actos provenientes de organismos reguladores, de supervisión o agencias enjuiciables por la Sala de la Audiencia Nacional.**

**7.5.1.- El artículo 88.3.d) LJCA se refiere solamente a los actos de órganos reguladores, supervisores o agencias para los que exista una específica atribución competencial revisora en única instancia (y no en apelación) a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.**

**7.5.2.- Entra dentro del ámbito de esta presunción el litigio entablado contra una resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad (por delegación del Ministro), desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la previa resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que impuso a la mercantil recurrente una multa.**

**7.5.3.- En todo caso, aun procediendo formalmente el acto impugnado en el proceso de un organismo regulador o de supervisión, el recurso de casación podrá ser inadmitido si carece manifiestamente de interés casacional.**

**7.6.- Régimen jurídico de la resolución de inadmisión en supuestos de presunción de interés casacional.**

**7.6.1.- Interpretación del adverbio “manifiestamente” del art. 88.3 *in fine* LJCA. Puede acordarse la inadmisión si se pretende anular el interés**

casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios.

7.6.2.- Cabe la inadmisión mediante providencia aun habiéndose invocado los supuestos citados del artículo 88.3 cuando se constata que no concurre el presupuesto para que opere la presunción legal que se invoca.

## **8.- REQUISITOS DEL ESCRITO DE PREPARACION.**

8.1.- Requisitos formales de elaboración del escrito de preparación. Inadmisión del recurso de casación por el Tribunal *a quo* por defecto de carátula. Interpretación excesivamente rigorista. Carácter meramente orientativo de los criterios del Acuerdo de 20 de abril de 2016 para el escrito de preparación.

8.2.- Legitimación en caso de “personación tardía”.

8.3.- Contenido del escrito de preparación. Identificación de las normas o jurisprudencia infringidas, y “juicio de relevancia”

8.3.1.- No cabe plantear “cuestiones nuevas” en casación.

8.3.2.- Las normas o jurisprudencia cuya infracción se denuncia han de identificarse “con precisión”.

8.3.3.- Es carga de quien prepara el recurso de casación realizar el exigible juicio de relevancia, ex art. 89.2.d) LJCA, en el sentido de razonar de forma expresa cómo, por qué y en qué forma la infracción que se denuncia ha sido determinante del fallo.

8.3.4.- No puede tenerse por cumplimentado el exigible esfuerzo argumentativo derivado de estos apartados cuando la sentencia impugnada se apoya expresa y detalladamente en la doctrina jurisprudencial, y en el escrito de preparación nada se dice para razonar la impertinencia o inaplicabilidad de esa jurisprudencia.

8.4.- Contenido del escrito de preparación. Fundamentación del interés casacional objetivo.

8.4.1.- La enunciación de las normas infringidas, y el llamado juicio de relevancia, son cuestiones distintas de la justificación del interés casacional.

8.4.2.- La mera invocación de los supuestos de interés casacional descritos en el artículo 88 LJCA resulta insuficiente si nada se añade para justificar su concurrencia.

8.4.3.- La exposición sobre la concurrencia de los supuestos de interés casacional del artículo 88 no puede formularse de forma abstracta, sino

vinculada o relacionada con las concretas circunstancias del caso litigioso.

#### **9.- FACULTADES DEL ORGANISMO JUDICIAL DE INSTANCIA EN CUANTO A LA DECISION DE NO TENER POR PREPARADO EL RECURSO DE CASACION.**

9.1.- Regla general: facultades del órgano judicial de instancia en orden a la decisión sobre la válida preparación del recurso de casación. No le compete determinar la concurrencia del interés casacional aducido por la parte recurrente.

9.2.- El órgano judicial de instancia no puede enjuiciar la concurrencia o no del interés casacional invocado, pero sí puede verificar que en el escrito de preparación existe una argumentación dirigida a justificar ese interés casacional, pudiendo denegar la preparación del recurso si dicha argumentación no existe.

9.3.- Entra dentro del ámbito legítimo de facultades del órgano de instancia tener por no preparado el recurso de casación si habiéndose invocado por el recurrente la existencia de resoluciones judiciales contradictorias, no se razona de forma argumentada, con singular referencia a las circunstancias concretas del caso enjuiciado, la existencia de pronunciamientos, en supuestos sustancialmente iguales, en los que se contuviese una interpretación del derecho contradictoria; pudiéndose tener asimismo por no preparado el recurso si la parte recurrente se limita a afirmar, para justificar el interés casacional, que la doctrina sentada puede afectar a un gran número de casos similares, sin incluir cualquier otra consideración que avale esta afirmación.

9.4.- El órgano judicial de instancia puede denegar la preparación del recurso de casación si constata que el escrito de preparación, con toda evidencia, suscita únicamente cuestiones de hecho y no de Derecho.

#### **10.- SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL AUTO QUE TIENE POR PREPARADO EL RECURSO DE CASACION Y DEL INFORME SOBRE EL INTERÉS CASACIONAL.**

10.1.- Que la Sala haya dictado auto teniendo por preparado el recurso no equivale a la emisión del informe favorable a que se refiere el precepto. No ha de confundirse la motivación que pueda tener el auto que tiene el recurso por preparado con el informe ex art. 89.5 LJCA.

#### **11.- FORMA DE LA RESOLUCIÓN DE INADMISIÓN ACORDADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO: MEDIANTE PROVIDENCIA O MEDIANTE AUTO.**

11.1.- La providencia de inadmisión no carece de motivación en la medida que apunta la causa de inadmisión prevista legalmente que se ha tenido en cuenta para acordar esa inadmisión.

11.2.- El auto que acuerda la inadmisión por haberse invocado presunciones del artículo 88.3 LJCA puede extenderse a las cuestiones

suscitadas al amparo de los supuestos de interés casacional del artículo 88.2 cuya inadmisión se decide en principio por providencia.

**12.- RELACION ENTRE AUTO DE ADMISION Y ESCRITO DE INTERPOSICION.**

-0-0-0-0-



## INTRODUCCIÓN

Esta “crónica” tiene por objeto recoger una selección de las resoluciones dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo a lo largo del año judicial 2016-2017. Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que la labor de selección de resoluciones se ha cerrado a finales del mes de junio de 2017, por lo que las posteriores no han podido ser incluidas.

No cabe sino reiterar lo que ya se ha dicho en relación con la crónica de la jurisprudencia de los años anteriores: que la relación de sentencias y autos que sigue renuncia a cualquier pretensión de exhaustividad y sólo trata de ilustrar la muy variada actividad de la Sala, anotando algunas de las resoluciones judiciales más relevantes dictadas durante este año.

Ha de tenerse en cuenta que en este mismo año judicial ha tenido lugar un acontecimiento muy relevante: la entrada en vigor de la nueva regulación legal del recurso de casación, operada por la Ley Orgánica 7/2015. Esta trascendental modificación del recurso de casación constituye el dato más llamativo y digno de resaltarse del quehacer jurisdiccional de la Sala, por lo que la presente crónica le dedica una atención especial, resaltando con extensión y detalle los criterios interpretativos de los preceptos reformados por dicha Ley Orgánica, adoptados por la Sección de admisión de la Sala con ocasión del examen de los recursos de casación preparados conforme a dicho marco legal.

-o-o-o-

## I.- ADMINISTRATIVO

### 1.- ACTO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### **1.1.- Subvención. Revisión de oficio. Nulidad de pleno derecho. Límites a la revisión de oficio. Indebida aplicación del art. 106 de la Ley 30/1992.**

La **STS, 3ª, 11/1/2017, RC 1934/2014**, examina el contenido y alcance del artículo 106 de la Ley 30/1992, referido a los límites del ejercicio de la potestad de revisión de oficio de los actos administrativos favorables. Tras recapitular la jurisprudencia existente sobre la cuestión, desciende la sentencia al examen del caso litigioso, referido a la revisión de oficio de una resolución de otorgamiento de una subvención, en el que la Sala de instancia había aplicado precisamente ese artículo 106, razonando que los efectos de la nulidad debían quedar atemperados porque el plazo de cuatro años de prescripción para la restitución de la ayuda, previsto tanto en la Ley General de Subvenciones (art. 39) como en la Ley General Presupuestaria o la Ley de Hacienda Pública Andaluza, había sido superado desde la fecha del último pago. El Tribunal Supremo rechaza tal forma de razonar, advirtiendo que no es posible asimilar el mero transcurso del plazo de prescripción de las acciones para exigir el reintegro de la subvención con los límites excepcionales que pueden oponerse a las facultades de revisión de oficio de un acto nulo de pleno derecho. Señala, así, esta sentencia que *“la acción destinada a instar la nulidad de pleno derecho, a diferencia de las acciones para exigir el reintegro, no está sujeta a plazo alguno de prescripción y precisamente por ello el art. 106 de la Ley 30/1992 permite que solo puede impedirse su ejercicio en supuestos excepcionales. Es por ello que el lapso temporal utilizado para el ejercicio de la acción de revisión no se ha identificado con los plazos de prescripción de las acciones frente actos anulables sino que ha recibido una interpretación mucho más restrictiva, reservándose para aquellos supuestos en los que el plazo transcurrido resulta excesivo y desproporcionado afectando a la seguridad jurídica generada y muy especialmente cuando afecta a terceros”* (FJ 3º) Añade el Tribunal Supremo que cuando concurren las circunstancias excepcionales previstas en el art. 106 cit., lo que procede es excluir la revisión y consecuentemente la declaración de nulidad del acto, pero si el Tribunal considera que la acción de revisión ha sido ejercida correctamente y procede declarar la nulidad de pleno derecho del acto en cuestión, lo que no procede es limitar los efectos de la nulidad apreciada desprovoyéndola de toda consecuencia jurídica. Eso es así porque *“es el ejercicio de la acción de revisión la que puede limitarse (“no pueden ser ejercitadas”) por razones excepcionales, sin que los límites a la revisión previstos en el art. 106 de la Ley 30/1992 se extienda, tal como parece entender el tribunal de instancia, a los efectos de la nulidad previamente declarada. Una vez ejercitada esta acción de revisión de oficio y habiendo considerado el tribunal que estaba correctamente ejercida, y consiguientemente que el acto debía declararse nulo de pleno derecho, el art. 106 no permite al tribunal limitar los efectos de la nulidad previamente acordada, el citado precepto no le faculta para ello”* (FJ 3º)

#### **1.2.- Subvenciones. Expediente de reintegro. Prescripción por caducidad de procedimiento de reintegro. Los recursos o reclamaciones para lograr**

## **la declaración judicial de caducidad de procedimiento no interrumpen la prescripción.**

La **STS, 3ª, 10/1/2017, RCU 1943/2016**, contiene una interesante exposición acerca de la incidencia que sobre la prescripción conlleva la declaración de caducidad del procedimiento (en el caso examinado, de reintegro de subvenciones). Tras constatar que sobre la cuestión existen respuestas jurisdiccionales contradictorias e incompatibles, el tribunal Supremo determina la solución correcta, en torno a la interpretación del artículo 39.3.b) de la Ley 38/2003 General de Subvenciones. Explica esta sentencia que dicho precepto dispone que el plazo de prescripción del derecho de la Administración a reconocer o liquidar el reintegro se interrumpirá "b) por la interposición de recursos de cualquier clase (...) así como por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del beneficiario (...) en el curso de dichos recursos". Ahora bien, dice la sentencia, *“parece claro que tal precepto debe entenderse referido a la interposición de recursos en que el beneficiario asuma el conocimiento de la resolución administrativa a efectos de discutir su legitimidad jurídica, pero no a aquéllos que el interesado debe necesariamente interponer para lograr que los Tribunales hagan lo que la Administración debió hacer por sí misma, que es declarar la caducidad del procedimiento en que se ha dictado la resolución administrativa impugnada. Otra solución conduciría a resultados ilógicos, cargando al interesado los resultados de una inactividad administrativa y dejando a voluntad de la Administración la operatividad o inutilidad de la figura de la caducidad, pues sería beneficioso para ella no declararla nunca a la espera de una reacción del interesado que interrumpa la prescripción”* (FJ 5º). En apoyo de esta apreciación, señala la Sala que la reclamación o recursos para lograr la declaración de caducidad no son sino una prolongación del mismo procedimiento que se declara caducado, que desaparece embebida en él. El procedimiento declarado caducado se hace inexistente y en él se incluye la reclamación o recurso que lo ha declarado tal.

**1.3.- Notificaciones administrativas. Proceso selectivo de ingreso en la función pública. No se notifica personalmente al interesado la sentencia en cuya virtud quedaba seleccionado y no presenta en plazo la documentación necesaria para el nombramiento. Fallidos los intentos de hacerlo en el domicilio señalado seis años antes, no se usa para localizarle el teléfono móvil que constaba desde el primer momento.**

La **STS, 4ª, 13/6/2017, RC 2638/2015**, resuelve, en relación con la situación apuntada, que al determinarse por el Tribunal de instancia que la Administración debió tratar de localizar al interesado en el nº de teléfono del que ya disponía no se produce ninguna vulneración del artículo 59 de la Ley 30/1992, *“porque la sentencia no impone a la Administración ninguna suerte de investigación detectivesca para averiguar el domicilio real del interesado. Solamente, le requiere que mire el expediente. Es decir, que haga exactamente lo mismo que, sin aparente esfuerzo, hizo para dar al Sr. [...] audiencia sobre la resolución que constataba la falta de presentación en plazo de la documentación. No es fácil comprender la argumentación de la recurrente a la vista de lo sucedido ni tampoco a la luz de cuanto viene manteniendo el Tribunal Constitucional en este punto. La notificación personal debe realizarse siempre que, sin esfuerzos desproporcionados, la Administración pueda obtener el domicilio actual del interesado (sentencias 6/2017, 200/2016,*

151/2016, 150/2016, 181/2015, 137/2014, 136/2014, 126/2014, 59/2014, 30/2014, entre muchas otras) y poca desproporción había en este caso cuando la Comunidad Autónoma de Castilla y León disponía del teléfono móvil del Sr. [...] desde el primer momento. Ese mismo que, como se ha dicho, utilizó en el último momento sin que parece que hiciera entonces ninguna pesquisa extraordinaria” (FJ 6º).

## **2.- CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA**

**2.1.- Solicitud de declaración de nulidad de contrato de concesión de autopista, planteada por los expropiados, por no haber percibido los justiprecios correspondientes. Tratándose de una cuestión (la relativa al impago del justiprecio) surgida en el seno de la relación expropiatoria, es en ese ámbito en el que debe resolverse.** La petición de **resolución del contrato está circunscrita a las partes de esa relación concesional**

La **STS, 4ª, 18/5/2017, RCA 113/2014**, estudia la pretensión formulada por los demandantes, a los que se expropiaron sus terrenos para la construcción de la autopista AP-41 Madrid-Toledo y de la autovía de circunvalación norte de Toledo A-40, que no han percibido los correspondientes justiprecios, siendo esta la razón que les lleva a pedir la declaración de nulidad del contrato de concesión celebrado años atrás o, subsidiariamente, su resolución. Además, reclaman la declaración de nulidad de los expedientes expropiatorios y lo que se les debe más la indemnización que les corresponde. A esta pretensión da respuesta desestimatoria la Sala. Comienza el Tribunal su respuesta advirtiendo que los recurrentes afirman y la Administración no discute que cuentan con el reconocimiento judicial de su derecho a que se les abone por la Administración el justiprecio que se les debe y la concesionaria no ha pagado con su indemnización que es, en sustancia, lo que pretenden conseguir con este recurso según el planteamiento que han hecho. En efecto, señala la sentencia, *“parecen buscar con la declaración de nulidad o con la resolución de la concesión y con la declaración de nulidad de los expedientes de expropiación que el Estado se haga cargo de esos pagos y resarcimiento”*. Pues bien, puntualiza el Tribunal que la circunstancia de que los recurrentes no sean parte de la relación concesional no les priva de su condición de interesados en la suerte de la concesión en tanto no les sea satisfecho el justiprecio, en la medida en que es la concesionaria la llamada, en principio, a satisfacerlo y en su defecto el Estado. En cambio, *“la petición subsidiaria de resolución del contrato está circunscrita, tal cual lo señala la contestación a la demanda, a las partes de esa relación concesional. Son el concesionario y la Administración quienes, de acuerdo con el artículo 265.1 del texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, dándose los supuestos legalmente previstos en su artículo 264, pueden instar y decidir respectivamente esa resolución. Los afectados por las expropiaciones no son, como hemos dicho antes, parte de la relación concesional aunque puedan ser considerados interesados en ella”* (FJ 5º). Añade la sentencia que tratándose de una cuestión (la relativa al impago del justiprecio) surgida en el seno de la relación expropiatoria, es en ese ámbito en el que debe resolverse sobre el expediente y satisfacerse el derecho de cada propietario en función de la situación en la que se encuentre y de las resoluciones que se hayan dictado sobre sus pretensiones, lo cual a su vez supone que la reclamación de que se les satisfagan a los recurrentes las cantidades que reclaman en concepto de

los justiprecios debidos y de las indemnizaciones correspondientes ha de plantearse en ese marco.

### **3.- REGULACION ECONÓMICA Y DERECHO DE LA COMPETENCIA**

#### **3.1.- SECTOR ENERGÉTICO**

**3.1.1.- Disposición transitoria sexta de la Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos**

La **STS, 3ª, 17/4/2017, RCA 636/2016**, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la disposición transitoria sexta de la Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Señala esta sentencia, en consonancia con los criterios jurídicos expuestos en las sentencias precedentes de 3 de noviembre de 2015, resolviendo los recursos contencioso-administrativos 358/2014, 393/2014 y 396/2014, que la decisión del Ministro de Industria, Energía y Turismo de fijar, aun con carácter provisional, el valor del margen de comercialización fijo, que retribuye la actividad de los comercializadores de referencia, en 4 euros/KW y año, es disconforme a derecho, porque infringe el artículo 17.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, que impone al Gobierno el deber jurídico de aprobar la metodología de cálculo de los precios voluntarios para el pequeño consumidor, que resulta aplicable para determinar los costes de comercialización que se incluyen en dichos precios.

**3.1.2.- Resolución de la Dirección General de Política Energética y Minas, de 7 de diciembre de 2011, sobre incumplimiento de inscripción en el registro de pre-asignación de retribución de instalaciones fotovoltaicas. Interpretación del artículo 8 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. Plazo de solicitud para la inscripción en el Registro.**

La **STS, 3ª, 31/1/2017, RC 3468/2014**, examina en grado de casación una resolución administrativa que cancela, por incumplimiento, la inscripción en el registro de pre-asignación de retribución de instalaciones fotovoltaicas; acuerdo este que se basó en que la fecha de la obtención de la inscripción definitiva en el Registro administrativo de instalaciones de producción en régimen especial dependiente del órgano competente es posterior a la fecha límite establecida en el artº 8 del R.D. 1578/2008, de 26 de septiembre. Considera el Tribunal Supremo que el interesado presentó toda la documentación necesaria para la inscripción dentro de plazo, dando cumplimiento a todos y cada uno de los requisitos que establece el artículo 8 referido; y esta aseveración lleva a la Sala

a afirmar que *“la inscripción se produce expirado el año al que hace referencia la norma, pero por causas imputables a la propia administración y sus mecanismos y no por causas imputables al administrado; prueba de ello es que la resolución de la administración en la que se recoge la inscripción establece que a la fecha de presentación de la documentación constaban cumplidos todos los requisitos necesarios para que se accediera a la inscripción”*. Entiende, en este sentido, la Sala que acoger la tesis mantenida por la Administración supondría dejar a su arbitrio -o, en todo caso, a su exclusivo funcionamiento, más o menos diligente- la obtención o no obtención de los beneficios derivados de la instalación de estas plantas fotovoltaicas, puesto que es la propia administración quien debe dictar tal resolución, *“sin que el retraso pueda perjudicar al administrado que haya cumplido con toda la actividad que le sea exigible”*. Por lo demás, frente a la alegación de la Administración de que el propio interesado debió haber solicitado una prórroga al ver que el plazo de inscripción vencía sin que se hubiera practicado, opone la Sala que *“no se alcanza a comprender que sentido tendría que el interesado presente esa solicitud de prórroga cuando había acompañado toda la documentación preceptiva para la inscripción; y sin que sea admisible que dicha solicitud de prórroga sirva exclusivamente como recordatorio a la Administración para resolver el expediente de inscripción”* (FJ 9º).

### **3.1.3.- Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. Inaplicación de la norma legal española por vulneración del ordenamiento comunitario europeo.**

La **STS, 3ª, 24/10/2016, RCA 961/2014**, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por ENDESA, S.A. contra el Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social. La sentencia declara inaplicable el régimen de financiación del bono social establecido en el artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, por resultar incompatible con la Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE. En consecuencia, declara inaplicables y nulos los artículos 2 y 3 del Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, que desarrollan lo dispuesto en el citado artículo 45.4 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre; y declara asimismo el derecho de la mercantil recurrente a ser indemnizada por las cantidades abonadas en concepto de bono social en aplicación del Real Decreto 968/2014 impugnado hasta la fecha de ejecución de la sentencia, de manera que se reintegren a la demandante todas las cantidades que haya abonado por ese concepto, que se determinarán en ejecución de sentencia, más los intereses legales correspondientes computados desde fecha en que se hizo el pago hasta la fecha de su reintegro.

## **3.2.- TELECOMUNICACIONES**

### **3.2.1.- Nulidad del artículo 12 del RD 920/2014, de 31 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones destinadas a compensar los costes derivados de la recepción o acceso a los servicios**

**de comunicación audiovisual televisiva, en cuanto afecta a las competencias ejecutivas en materia de comunicaciones electrónicas de la Generalidad de Cataluña.**

La **STS, 3ª, 5/4/2017, RCA 182/2015**, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la GENERALIDAD DE CATALUÑA, contra el Real Decreto 920/2014, de 31 de octubre, por el que se regula la concesión directa de subvenciones destinadas a compensar los costes derivados de la recepción o acceso a los servicios de comunicación audiovisual televisiva; anulando su artículo 12, por el que «se regula la concesión directa de subvenciones destinadas a compensar los costes derivados de la recepción o acceso a los servicios de comunicación audiovisual televisiva» y demás preceptos concordantes, en cuanto afecta a las competencias ejecutivas en materia de comunicaciones electrónicas de la Generalidad de Cataluña.

Como expone la sentencia, en su fundamento de Derecho cuarto, la cuestión nuclear planteada es si el Real Decreto 920/2014, de 31 de octubre vulnera las competencias de la Generalidad de Cataluña. Esta última entiende, en contra de lo que sostiene la Administración del Estado, que vistas las competencias de la Generalidad en materia de condiciones de edificios para la instalación de infraestructuras comunes (artículo 137.2 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, EAC) y la competencia ejecutiva en materia de comunicaciones electrónicas, incluidas la inspección de infraestructuras comunes de telecomunicaciones y el ejercicio de la potestad sancionadora (artículo 140.7 EAC), puestas en relación con las competencias de la Generalidad en relación a las subvenciones estatales y comunitarias europeas territorializables (artículo 114.4 EAC), las actuaciones impugnadas infringen el ordenamiento jurídico y el orden constitucional de competencias.

Pues bien, la Sala acoge el razonamiento de la Administración autonómica recurrente, señalando que en el marco de la normativa estatal, corresponde a la Generalidad la competencia ejecutiva en materia de «comunicaciones electrónicas», y dentro de este concepto puede incluirse la competencia ejecutiva en cuanto concierne a esos sistemas de recepción de la tecnología digital, pues se trata de sistemas que al fin y al cabo aseguran la efectividad de la recepción de las comunicaciones digitales por los ciudadanos. Dicho esto, añade el Tribunal que *“en la materia que ahora nos ocupa, en cuanto incluida al fin y al cabo dentro de la materia de comunicaciones electrónicas (a la que se refiere el art. 140.7 EAC), existe una competencia ejecutiva de la Generalidad de Cataluña (así lo proclama el art. 140.7 tantas veces citado); pero la cuestión se complica desde el momento que esa competencia ejecutiva autonómica no desplaza apriorística e indefectiblemente a cualquier competencia ejecutiva estatal, pues ... el Tribunal Constitucional ha señalado que la competencia exclusiva del Estado puede comportar asimismo competencias de ejecución en la medida que sea necesario para configurar “un sistema materialmente unitario”. Por tanto, la competencia ejecutiva estatal (y la subvencional aneja a la misma) podrá justificarse únicamente desde el momento que pueda afirmarse que resulta necesario atribuir al Estado competencias ejecutivas por ser indispensable para configurar ese sistema materialmente unitario. Llegados, definitivamente, a este punto, lo cierto es que no parece que nada de eso se haya alegado convincentemente por la Administración estatal demandada”* (FJ 6º). Matiza la Sala que no se discute la competencia del

Estado para ordenar jurídicamente la materia, *“pero sí que resulta más discutible que esa ordenación tenga que ir continuada por una actividad ejecutiva también estatal por ser necesario para configurar un sistema materialmente unitario. Más bien al contrario, partiendo, ciertamente, de la indiscutible competencia regulatoria normativa estatal, no parece haber ninguna razón convincente para excluir que la competencia puramente ejecutiva en materias como la que aquí se examina se atribuya a la Comunidad autónoma, que es por cierto lo que comienza proclamando el artículo 140.7 EAC, cuando atribuye competencia ejecutiva a la Comunidad autónoma “de acuerdo con la normativa del Estado”.* En este sentido, apunta la sentencia que si se hubiera explicado de forma argumentada que resulta necesario salvaguardar una competencia ejecutiva del Estado junto con la propiamente normativa, de este dato se seguiría con naturalidad la competencia estatal para la convocatoria y adjudicación de las subvenciones correspondientes, pero no se aprecia que eso se haya razonado; por lo que hallándonos ante un ámbito de competencia ejecutiva autonómico, entra en juego la cláusula del artículo 114.EAC con la subsiguiente atribución competencial controvertida a la Comunidad autónoma para las subvenciones correspondientes. Por lo demás-culmina la Sala su razonamiento-, tampoco se han alegado razones para excluir el carácter “territorializable” de las ayudas al que se liga la competencia de las Comunidades autónomas en materia subvencionar. Más bien al contrario, parece que no hay inconveniente para constatar y aceptar esa posibilidad de territorialización.

### **3.2.2.- Cese del Presidente y Consejero de la CNMT: Reales Decretos 795/13 y 800/13 de 11 de octubre.**

La **STS, 3ª, 19/1/2017, RCA 506/2013**, declara la nulidad de los Reales Decretos 795/2013 y 800/2013, ambos de 11 de octubre, que dispusieron el cese de D. Bernardo de Lorenzo y D. Xavier Ormaetxea como Presidente y Consejero de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, por ser contrarios a derecho. Además, la sentencia condena a la Administración General del Estado a reponer a los referidos sres. como miembros del organismo regulador de las Telecomunicaciones de España, con abono de los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese hasta el momento de su reposición, con los intereses correspondientes; añadiendo que en el supuesto de que concurran causas de imposibilidad material o legal de llevar a efecto lo decidido en el fallo podrán las partes procesales instar el correspondiente incidente previsto en el artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción, que permite al Tribunal sentenciador declararlo así, debiendo señalar, por el trámite correspondiente, la indemnización procedente, que sustituya a la ejecución de la sentencia en sus propios términos.

La sentencia se basa en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 19 de octubre de 2016, dictada en el asunto C-424/15, que resuelve una cuestión prejudicial planteada en este recurso contencioso-administrativo por el propio Tribunal Supremo. Sobre la base, pues, de la sentencia del TJUE, aprecia el Tribunal Supremo que el TJUE viene a decir que el cese anticipado de los dirigentes del órgano fusionado, consecuente a la puesta en marcha del «superregulador», puede tenerse por contrario al Derecho de la Unión si no existen previsiones normativas adecuadas o idóneas para salvaguardar el status de independencia e



imparcialidad inherente a la función regulatoria. Pues bien –razona el Tribunal Supremo-, en el caso examinado, aun cuando, como indica el Abogado del Estado, pudiera considerarse que el criterio inspirador de la reforma fue procurar una racionalización del sistema que lo dotara, en el contexto de la crisis económica, de mayor eficacia y eficiencia, es lo cierto que esta reforma debió partir del respeto al nombramiento inicial realizado al amparo de la anterior Ley e introducir disposiciones necesarias dirigidas a permitir agotar el mandato inicial.

### **3.3.- DERECHO PUBLICO DE LA COMPETENCIA**

#### **3.3.1.- Impugnación del Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.**

La **STS, 3ª, 12/6/2017, RCA 344/2012**, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (en la actualidad COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA) contra el Real Decreto 1048/2013, de 27 de diciembre, por el que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica; declarando la nulidad del apartado 3 del artículo 25 en el inciso que dispone que el distribuidor deberá presentar al solicitante «un presupuesto económico» sobre el proyecto recogido en el pliego de condiciones técnicas. Razona la Sala tercera del Tribunal Supremo en esta sentencia que tal como sostiene la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la previsión reglamentaria cuestionada genera un obstáculo normativo al funcionamiento competitivo del mercado conexo de empresas de instalaciones eléctricas de extensión de redes de distribución. Eso es así porque, en palabras de la Sala, *“la disposición impugnada insta ventajas competitivas para las empresas distribuidoras de zona en detrimento del resto de instaladores que compiten en este mercado, en la medida que al encomendarse a los distribuidores la obligación de remitir la primera oferta económica relativa a la ejecución de los trabajos no reservados, propicia la existencia de precios de referencia, que pone en riesgo el libre juego de la competencia, pues desincentiva al resto de operadores que desarrollan su actividad en este mercado liberalizado a proponer presupuestos a los solicitantes de extensión de red, y limita las facultades de elección del cliente, que se ve inducido a no buscar ofertas alternativas”* (FJ 3º). Subraya la Sala, en este sentido, que la norma reglamentaria impugnada no es inocua respecto del Derecho de la Competencia, porque comporta una desventaja competitiva para los instaladores independientes (no pertenecientes a los grupos preeminentes integrados verticalmente) que operan en el mercado, que no tienen las mismas oportunidades de hacer llegar sus ofertas económicas sobre el coste de los trabajos a los potenciales clientes.

### **4.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PUBLICAS**

**4.1.- Derecho a la igualdad. Discriminación por razón de edad. Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**

La **STS, 4ª, 31/5/2017, RCA 88/2017**, estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Asociación Jueces para la Democracia por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de enero de 2017 por el que se establecen pautas para la elaboración de una terna de candidatos para la elección de Juez titular del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, publicado mediante resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Públicas de fecha 25 de enero de 2017, en el Boletín Oficial del Estado de 31 de enero de 2017; declarando nulo el requisito referido a no superar la edad de 61 años en la fecha límite para la presentación de las candidaturas. Considera la Sala que tal requisito no tiene sustento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, y sobre esta base declara que *“dada la redacción del Convenio en el momento actual y su marco interpretativo (soft law derivado de la actividad del Comité de Ministros del Consejo de Europa) entendemos no cabe una restricción a un derecho fundamental (discriminación por edad carente de base legal razonable) como la establecida por el Acuerdo”*. En definitiva, concluye el Tribunal Supremo, *“el punto impugnado del Acuerdo impide presentar su candidatura a personas mayores de 61 años sin que el Convenio, en la redacción vigente, establezca una restricción de tal naturaleza ni tampoco confiera potestad a los Gobiernos para añadir requisitos adicionales de esa naturaleza. Por tal razón entendemos conculcado el art. 14. CE al establecer el Acuerdo recurrido una discriminación por edad carente de cobertura en el Instrumento internacional al que se refiere”* (FJ 10º).

**4.2.- Principio de igualdad y libertad de enseñanza. Conciertos educativos en centros docentes. Compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad tras la reforma del art. 84.3 de la LODE en la redacción dada por la LOMCE.**

La **STS, 4ª, 4/5/2017, RC 2994/2015**, analizando la normativa internacional y española, concluye que no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo, y añade que *“con la reforma efectuada por la LOMCE en el art. 84.3 de la LOE, el legislador ha seguido y reafirmado un criterio de compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad, cuya constitucionalidad no suscitó dudas durante la aplicación del marco normativo previo a la LOE, ni las suscita ahora, habida cuenta de la exigencia impuesta para los centros que impartan enseñanzas bajo este sistema garanticen el pleno respeto a las exigencias derivadas de la normativa internacional, en particular a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, a cuyo fin deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad”* (FJ 7º).

## **5.- EXPROPIACIÓN FORZOSA**

**5.1.-. No cabe confundir la utilidad pública que legitima la expropiación con la utilidad pública que determinó la delimitación de zonas de servicio por el Plan Director del Aeropuerto concernido.**

La **STS 16/6/2017, RC 32/2016**, explica que no deben confundirse, por un lado, la utilidad pública que legitima el expediente expropiatorio para acometer la ampliación de la Plataforma Norte del Aeropuerto Gran Canaria y la construcción de los nuevos accesos en su zona sur, en el seno del cual se expropiaron superficies cuya ocupación era precisa para la ejecución de tales obras, y por otro lado, la utilidad pública -garantizar el desarrollo y expansión del Aeropuerto- que determinó (Plan Director del Aeropuerto de GC) la delimitación de superficies como zonas de servicio, con inclusión de espacios de reserva. Argumenta el Tribunal Supremo que nadie cuestiona que las fincas concernidas en el pleito –y sus restos- estén dentro del perímetro delimitado por el Plan Director de G.C., como Sistema General Aeroportuario, y que, como consecuencia de ello se encuentran afectadas por las servidumbres aeroportuarias. Ahora bien, esas limitaciones legales que condicionan el ejercicio de los derechos de uso, no son, por si mismas, indemnizables al no entrañar una privación singular de derechos e intereses legítimos, ni obligaban a la expropiación total de las fincas en el seno del procedimiento aquí concernido, en la medida que no eran necesarias para la ejecución del proyecto de ampliación de la plataforma norte del Aeropuerto y la construcción de nuevos accesos en su zona sur.

## **6.- EXTRANJERÍA Y ASILO**

### **6.1.- EXTRANJERÍA**

**6.1.1.- Autorización provisional de residencia por causas excepcionales, en razón de haber sido declarado testigo protegido.**

Según explica la **STS, 3ª, 31/3/2017, RC 1337/2016**, la declaración de testigo protegido no tiene efectos permanentes en el tiempo y no puede ir más allá del instrumento al que sirve, que es un concreto proceso penal, no pudiéndose pedir una renovación de una autorización provisional otorgada por ese motivo que se ha dejado caducar por voluntad del beneficiario. Recuerda la Sala, en este sentido, que según el artículo 3.2 de la Ley Orgánica 19/1994 de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos en causas criminales, la protección, una vez finalizado el proceso, solo puede declararse si se mantuviera la circunstancia de peligro grave, lo que no consta haya ocurrido en este caso.

**6.1.2.- Visado de corta duración. Legitimación activa de la hermana invitante.**

La **STS, 3ª, 17/1/2017, RC 2695/2015**, resuelve un pleito en el que la Administración demandada había opuesto falta de legitimación de la demandante, por ser simplemente hermana invitante de la persona realmente

solicitante del visado que se había denegado. El Tribunal Supremo rechaza esta excepción, señalando que el artículo 19.1.a) de la Ley Jurisdiccional 29/98 otorga legitimación en la vía contencioso-administrativa *"a la persona física (...) que ostente un derecho o interés legítimo"*, y esto es lo que ocurre en el caso de autos, toda vez que la demandante no es una extraña respecto del objeto del proceso. Es la hermana de la solicitante, la que ha presentado la carta de invitación y la que desea recibir en su domicilio a su hermana. Vista, pues, la relación y grado de parentesco, la Sala concluye que, en el caso examinado, no se puede negar a la actora el interés suficiente en que a su hermana se le otorgue el visado controvertido y poder así satisfacer un deseo personal y familiar cuyas raíces humanas no pueden ser discutidas.

**6.1.3.- Denegación de autorización de residencia por circunstancias excepcionales por existencia de antecedentes penales. Incompatibilidad con normativa comunitaria: no aplicable la causa de denegación por ser el solicitante con antecedentes penales progenitor y guardador en exclusiva de menores de edad ciudadanos de la Unión (uno de ellos nacional de estado miembro).**

La STS, 3ª, 10/1/2017, RC 961/2013, resuelve, con apoyo en la respuesta dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a una cuestión prejudicial planteada por la Sala en este pleito, que procede inaplicar en el caso examinado el artículo 31.4 de la Ley de Extranjería que prohíbe otorgar la residencia de forma incondicional a quienes tengan antecedentes penales y que determinó la desestimación del recurso contencioso administrativo *a quo*. Puntualiza el Tribunal Supremo que coincide con la Sala de instancia en que dadas las circunstancias que concurrían, esto es, siendo el progenitor de dos hijos a su cargo ciudadanos de la Unión Europea, plenamente escolarizados y correctamente atendidos por el progenitor, procedía haber otorgado al solicitante la autorización de residencia por causa extraordinaria, tanto más cuanto que estaba en tramitación la cancelación de los antecedentes penales, como efectivamente sucedió después. Por otra parte –añade el Tribunal-, los hijos del solicitante cumplen las exigencias del artículo 7.1.d) de la Directiva 2004/38, mientras que la denegación al padre de la autorización de residencia por él solicitada supondría la salida del territorio de la Unión Europea a los hijos, ciudadanos de la Unión. Así pues, concluye esta sentencia, *"tal como ha declarado el Tribunal de Justicia, dicho precepto legal resulta en su aplicación al presente litigio contrario a los artículos 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a la Directiva 2004/38/CE, dado su carácter incondicionado, que determina la denegación de la autorización incluso en un supuesto en el que dicha denegación acarrea la privación a dos ciudadanos de la Unión menores de edad el desconocer su derecho a residir y desplazarse en el territorio de la Unión Europea"* (FJ 4º).

## **6.2.-ASILO**

### **6.2.1.- La denegación de una extradición no implica por sí sola la proclamación de la existencia de una persecución.**

La STS, 3ª, 17/11/2016, RC 628/2016, resuelve un recurso de casación en el que la parte recurrente alegaba que la denegación de la extradición solicitada por su país de procedencia implica la necesaria concesión del asilo. EL

Tribunal Supremo rechaza el argumento, razonando que *“la denegación de una extradición no implica por sí sola la proclamación de la existencia de una persecución, (aunque entre ambas figuras pueden de hecho existir contactos, repercusiones probables o interferencias, derivadas sobre todo del hecho de que en ambos casos la resolución final del expediente puede originar la salida de España del interesado, si bien en circunstancias muy diversas en uno y otro caso) porque, a pesar de todo ello, se trata, como es obvio, de figuras jurídicas con perfiles y finalidades distintas. Baste con decir, a estos efectos, que la finalidad del procedimiento de extradición es la entrega o no entrega del interesado al Estado requirente, mientras que el procedimiento de asilo tiene por objeto la concesión de un régimen de protección jurídica o su denegación, con la aplicación, en este último supuesto, de la legislación general de extranjería, y el abandono, en su caso, del territorio nacional (lo que es muy distinto de la entrega propia de la extradición)”*.

### **6.2.2.- Denegación de asilo. Otorgamiento de la protección subsidiaria. Diferencia entre ambas figuras.**

La **STS, 3ª, 28/3/2017, RC 2675/2016**, aborda la diferenciación entre las instituciones del asilo y la protección subsidiaria, recogidas ambas en la normativa comunitaria y al nivel del derecho interno español en la Ley de Asilo 12 /2009. Leemos en esta sentencia que la parte recurrente se equivoca cuando parte de la base de que para conceder la protección subsidiaria regulada en el artículo 4 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, deben concurrir "los hechos previstos en la legislación como causas posibles de asilo". Tal forma de razonar –advierte la Sala- desconoce la profunda diferencia que existe entre el derecho de asilo y el derecho a la protección subsidiaria, diferencia que se manifiesta de entrada en la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2009, donde se habla de las "diferencias que pueden existir entre las causas que justifican uno y otro régimen de protección"; con lo que queda dicho que esas causas pueden ser distintas en una y otra figura, de forma que no hay razón para exigir en la protección subsidiaria las mismas causas que posibilitan el derecho de asilo. Añade la sentencia que ello se deduce también del texto de la propia ley, cuyo artículo 4 parte de la base de que para otorgar la protección subsidiaria no tienen por qué existir los mismos requisitos de la obtención del asilo, pues, de otra forma, la protección subsidiaria sería una figura superflua. En definitiva, concluye la Sala, *“si para la concesión del derecho de asilo se necesita la concurrencia de unos determinados requisitos de persecución, de naturaleza del agente perseguidor y del motivo de la persecución, el derecho a la protección subsidiaria podrá ser concedido cuando alguno de esos tres requisitos no se cumpla o esté ausente, no obstante lo cual exista riesgo de alguno de los daños graves que describe el artículo 10 de la propia ley; es decir, podrá ser concedida, dados por supuestos esos daños, cuando no exista la misma persecución que se exige para el derecho de asilo o cuando la persecución no esté basada en los motivos previstos para éste o, en fin, cuando el agente perseguidor sea alguien distinto al exigido por la ley para la concesión del derecho de asilo”* (FJ 4º).

## **7.- FUNCIÓN PÚBLICA.**

### **7.1.- Cobertura legal del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.**

La **STS, 4ª, 30/3/2017, RCIL 3300/2015**, declara como doctrina legal correcta que *<<la aplicación de los artículos 7 y 8 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios Civiles del Estado aprobado por RD 33/1986, de 10 de enero para sancionar las faltas disciplinarias graves y leves en que incurran los empleados públicos no resulta contraria al principio de legalidad, sino que tal norma tiene la cobertura legal que resulta de la aplicación integradora de los artículos 94 apartado 3º, 95 apartados 3º y 4º, Disposición Derogatoria Única, apartado g) y Disposición Final Cuarta, apartado 3º de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que mantienen en vigor el citado Reglamento hasta tanto se produzca el desarrollo legislativo en el ámbito de cada Administración Pública>>*.

### **7.2.- Estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de Defensa. Omisión del informe previo y preceptivo del Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, exigido por el artículo 49.1 c), en relación con su apartado b) 7º de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.**

La **STS, 4ª, 27/4/2017, RCA 4278/2015**, declara la nulidad del Real Decreto 924/2015, de 16 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del organismo autónomo Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa. Tal declaración se realiza porque según aprecia la Sala, dicho reglamento contiene regulaciones sobre materias en las que según el artículo 49.1 de la Ley Orgánica 9/2011, el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas debe emitir previa y preceptivamente su informe. Señala, así, la sentencia que *“asuntos tales como el régimen de las viviendas militares y de su utilización al que se dedica el Título II del Estatuto, aspectos de su enajenación y adquisición (Título III) o las ayudas y compensaciones con motivo de cambios de destino que impliquen cambio de localidad (Títulos VII y 8) encajan con absoluta naturalidad en el marco de las cuestiones de las que el legislador orgánico ha querido que entienda el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas”* (FJ 4º)

### **7.3.- Manifestación convocada por la Asociación Unificada de Guardias Civiles. Art. 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011 de 27 de julio de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.**

La **STS, 4ª, 24/3/2017, RCIL 357/2016**, desestima un recurso de casación en interés de la Ley promovido por la abogacía del Estado contra la sentencia de instancia, que estimó el procedimiento de derecho de reunión formulado frente a la resolución de la Delegación del Gobierno de Madrid, de fecha 27 de octubre de 2015, que prohibía la celebración de una manifestación convocada por la Asociación Unificada de Guardias Civiles (AUGC), en la ciudad de Madrid, para el día 14 de noviembre de 2015. Razona esta sentencia que según consta acreditado en autos y la sentencia recurrida declara como hecho probado, la propia Administración recurrente que ahora considera gravemente dañoso para el interés general la autorización de esa reunión, en al menos en dos ocasiones anteriores y precisamente el mismo órgano administrativo (la

Delegación del Gobierno en Madrid), había autorizado sendas manifestaciones o reuniones en lugares de tránsito público convocadas -y finalmente, en efecto, llevadas a cabo- por la misma entidad, en condiciones y con finalidad sustancialmente similares a las que aparentemente concurrían en el supuesto de autos. Apunta el Tribunal Supremo que *“en el escrito del recurso no se ofrece ninguna explicación acerca de circunstancias que permitan determinar si, como parece sostener la Administración, existe alguna diferencia sustancial entre aquellos supuestos y el que fue enjuiciado por la sentencia recurrida, y cómo la autorización de la manifestación que acordó la sentencia recurrida podría ser dañosa para el interés general que se señala (neutralidad política y disciplina en el Cuerpo de la Guardia Civil), cuando aquellas previas resoluciones de la Administración, autorizaron, en situaciones sustancialmente iguales, la celebración de manifestaciones a la misma asociación convocante y para análogos objetivos”* (FJ 6º).

#### **7.4.- Procedimientos selectivos de acceso al empleo público. Principio de publicidad. Los aspirantes tienen derecho a conocer los ejercicios de aquellos con los que compiten cuando reclamen su derecho fundamental a acceder al empleo público.**

La **STS, 4ª, 22/11/2016, RCA 4453/2015**, comienza su estudio del caso litigioso recordando, primero, que los procesos selectivos para ingresar en el empleo público se rigen por los principios de igualdad, mérito y capacidad por exigencia directa de los artículos 23.2 y 103.3 de la Constitución; y segundo, que la necesaria motivación de las decisiones de los tribunales calificadoros o comisiones de selección no se satisface con la emisión de una calificación numérica y que en los casos en que algún aspirante cuestione la que se le haya dado, bien por considerarla insuficiente en relación con sus propios méritos o con el contenido de sus ejercicios, bien por comparación con el trato dado a otros aspirantes, se debe explicar el camino seguido para la asignación de la calificación concedida. Dicho esto, da un paso más en el razonamiento, señalando que precisamente porque la publicidad es condición necesaria para asegurar el respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad, *“no cabe afirmar que haya fases de los procesos selectivos de carácter privado, ni que los aspirantes no tengan derecho a conocer los ejercicios de aquellos con los que compiten cuando reclamen su derecho fundamental a acceder al empleo público”*. Añade la sentencia que *“tampoco es aceptable decir que carece de relevancia para la recurrente el juicio sobre los demás aspirantes tras sus respectivas entrevistas. [...] las apreciaciones de la comisión de selección sobre la que llama idoneidad de los candidatos se hacen en un contexto competitivo de manera que es inevitable la relación de la valoración de unos con la de otros. Y, precisamente, porque para no ser arbitraria la apreciación de la comisión de selección se ha de hacer a partir de los mismos criterios, conocer el contenido de las otras entrevistas sirve para comprobar si se ha aplicado a todos el mismo rasero”* (FJ 4º).

## **8.- PODER JUDICIAL. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.**

### **8.1.- Consejo General del Poder Judicial. Impugnación del Acuerdo del Pleno sobre composición de sus comisiones para el año 2015**

La **STS, 3ª, Pleno, 12/12/2016, RCA 188/2015**, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por cuatro vocales del Consejo General del Poder Judicial contra el Acuerdo número 4 de los adoptados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 29 de enero de 2015, por el que se aprueba la propuesta del Presidente de dicho órgano en relación con la composición de las Comisiones del Consejo General del Poder Judicial para el año 2015.

Se reconoce la legitimación activa de las recurrentes, en cuanto, a través del recurso, defienden la integridad de su *ius in officium* o conjunto de facultades inherentes al ejercicio de su función como vocales, que habría sido vulnerado por un acuerdo en el que, según se afirma, no se ha permitido su participación en las decisiones del Consejo sobre la composición de aquellas Comisiones (sobre todo, la Permanente) al no respetarse el procedimiento legalmente previsto, que exigía un debate y votación sobre la propuesta de renovación efectuada por varios vocales y que no se incluyó en el orden del día. Considera, en este sentido, la Sala que el artículo 20.a) de la Ley Jurisdiccional (que sí es aplicable al Consejo General del Poder Judicial) debe interpretarse en relación con el artículo 19.1.a) de la misma ley, de manera que los miembros de un órgano colegiado pueden impugnar sus decisiones si ostentan un interés legítimo (personal, institucional o profesional) distinto del de la pura defensa de la legalidad.

Ahora bien, matiza el Tribunal que la legitimación que se reconoce a los vocales, sin embargo, no alcanza a pretensiones en las que, en realidad, se plantea una discrepancia sobre la interpretación de una norma jurídica (en el caso, aquella que se refiere a la renovación de la Comisión Permanente y a la rotación en ella de los vocales), pues esas pretensiones –de mera legalidad- no están conectadas con el interés legítimo (el *ius in officium*) que ha permitido el acceso a la jurisdicción.

Por lo demás, se puntualiza que el recurso no ha perdido su objeto por aplicación del artículo 22 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por el hecho de que la composición de las Comisiones del Consejo haya variado como consecuencia de dos acuerdos del Pleno posteriores. Subsiste en las demandantes el interés legítimo en que se repare su derecho supuestamente cercenado.

En cuanto al fondo del asunto, declara la Sala que no concurren los vicios de procedimiento alegados pues, a pesar de que una propuesta de seis vocales sobre la composición de las Comisiones no se incorporó formalmente al orden del día del Pleno, el contenido de esa propuesta pudo ser debatido con ocasión del análisis de la efectuada por el Presidente que, respecto de esa misma composición, sí se incluyó en el orden del día.

En fin, señala esta sentencia, *primero*, que las irregularidades que se aducen no son imputables, propiamente, a la decisión recurrida, pues ésta fue adoptada respetando las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano colegiado, como son las relativas al quorum, a la convocatoria, a la competencia, al debate y a la votación; y *segundo*, que no se lesiona el derecho fundamental contenido en el artículo 23.2 de la Constitución por el hecho de que la composición de las Comisiones no se efectúe conforme



postulan las demandantes si esa composición ha sido acordada, tras el correspondiente debate, por una mayoría suficiente del órgano competente.

## **8.2.- Sanción impuesta a un Magistrado por la comisión de una falta muy grave de ignorancia inexcusable en el cumplimiento de los deberes judiciales, (art. 417.14 LOPJ).**

La **STS, 3ª, Pleno, 14/12/2016, RCA 264/2015**, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un magistrado contra la resolución del CGPJ que le impuso una sanción por su activa intervención en la elaboración de una denominada “Constitución catalana” con evidente finalidad política, que no científica y por su participación continuada en actos de carácter político con finalidad de defensa del llamado independentismo catalán.

La Sala constata que la actividad imputada al recurrente no consistió en un mero debate o intercambio de ideas de carácter o índole científica, sino ante una intervención activa para lograr un proceso constituyente en Catalunya que finalice con la clausura en su territorio de la actual Constitución española y la aprobación de un nuevo texto constitucional que la sustituya. Un proceso constituyente, además, que no pretende ser canalizado por el procedimiento de reforma constitucional regulado en el Título X de la Constitución española sino a través instancias políticas exclusivamente catalanas, y en abierta vulneración de lo establecido en el artículo 1.2 de la Constitución.

Partiendo de estos datos, recuerda la sentencia que el poder judicial es precisamente el órgano del Estado encargado de hacer realidad que el Derecho no sea una un conjunto de afirmaciones retóricas sino un orden de convivencia vinculante y de obligada observancia para todos; a lo que añade que la efectiva vigencia de ese modelo de convivencia que es el Estado de Derecho pasa por hacer bien visible que aquellas conductas realizadas en contradicción con el ordenamiento no son jurídicamente irrelevantes o indiferentes; y, sobre todo, que resultan de manera muy especial constitucionalmente intolerables en jueces y magistrados, por encarnar el poder público que la Constitución configura como principal garante de que el Derecho consista, efectivamente, en un orden de convivencia obligatorio y vinculante.

En esta línea, resalta la sentencia la significación del juramento o promesa del deber de guardar la Constitución que han de prestar los miembros de la Carrera Judicial por imperativo de lo establecido en el artículo 318 de la LOPJ. Enfatiza la Sala que no se trata de una simple fórmula litúrgica vacía de contenido, pues constituye el compromiso jurídico asumido por el juez sobre la observancia de la Constitución en la totalidad de sus comportamientos que guarden relación con ese papel que constitucionalmente tiene asignado de ser el principal garante del Estado de Derecho; esto es, no sólo cuando actúe en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sino también en todas sus actuaciones externas que puedan generar en la ciudadanía una desconfianza, no solamente en la Administración de Justicia sino también en la efectiva o real vigencia del orden jurídico *"obligado y vinculante"* en que esencialmente consiste el modelo de convivencia que es el Estado de Derecho.

Sobre la base de lo expuesto, explica la sentencia que el artículo 417.14 LOPJ contempla, cuando haya acaecido con el nivel de reprochabilidad que señala este mismo precepto, todo incumplimiento de cualquier deber legal, contenido en el estatuto jurídico aplicable a jueces y magistrados, que haya de ser observado tanto en su estricta actuación jurisdiccional como fuera de ella y no sea reconducible a otro tipo disciplinario. Insiste el Tribunal en que esos deberes y limitaciones afectan principal y directamente a la actuación estrictamente jurisdiccional de jueces y magistrados, pero también se proyectan sobre determinadas conductas sociales o públicas de los mismos que, pese a ser ajenas a la función jurisdiccional, pueden poner en peligro la independencia y neutralidad que es inexcusable en ella; o comprometer la imagen externa que a estos efectos deben ofrecer ante la ciudadanía los miembros del Poder Judicial para que no resulte quebrantada, como elemento esencial que es para el correcto y eficaz funcionamiento del Estado de Derecho, la confianza social de que los jueces cumplen debidamente su papel de aplicar el orden jurídico de manera independiente, neutral y objetiva.

Pues bien –prosigue la sentencia su argumentación-, entre otros posibles incumplimientos constitucionales realizados por un juez o magistrado por comportamientos realizados fuera del ejercicio jurisdiccional, deben incluirse los que, por exteriorizar conductas públicas abiertamente contrarias al orden constitucional provenientes de quien ante los ojos de los ciudadanos debe ser el principal garante del Derecho, sean capaces de quebrantar esa otra confianza social, no ya directamente referida a la independencia o neutralidad de los jueces, sino a que es una realidad la efectiva vigencia de ese "*orden jurídico obligatorio*" en que consiste el Estado de Derecho que nuestra Constitución acoge en su artículo 1; una confianza social igualmente imprescindible para el correcto funcionamiento de dicho modelo de convivencia.

Puntualiza la sentencia que en el caso del aquí recurrente no se han perseguido o castigado sus ideas u opiniones expresadas sobre cuál debe ser el futuro de Catalunya; sobre cuál sería, en su criterio, el mejor esquema constitucional o modelo político para dar satisfacción a los intereses de sus ciudadanos y territorio; o sobre si la decisión sobre dicho esquema y modelo debe corresponder en exclusiva a los ciudadanos catalanes en ejercicio de un derecho de autodeterminación que les debe ser reconocido en su total plenitud. Ésas son –afirma la Sala- ideas que el demandante puede expresar y divulgar sin límite ni condicionamiento alguno, porque ciertamente están amparadas en los derechos fundamentales de libertad ideológica y de libertad de expresión y opinión que reconocen los artículos 15 y 20 de la Constitución.

Realmente, lo que aquí ha sido objeto de la sanción disciplinaria que se combate en el actual proceso jurisdiccional es un comportamiento muy distinto a la expresión de ideas u opiniones políticas. Lo castigado no ha sido la participación del recurrente en la actividad de divulgación o expresión de las ideas o convicciones políticas realizada por esas organizaciones, sino su colaboración en la acción que han desarrollado para llevar a cabo, por la vía de los hechos, un proceso constituyente que ignora el postulado constitucional de que el sujeto constituyente es el pueblo español en su totalidad y omite los requisitos y trámites que para toda reforma constitucional se establecen en la Carta Magna de 1978.

**8.3.- Carrera Judicial. Provisión de la vacante de presidente del Tribunal Superior de Justicia de Murcia. Facultades discrecionales del CGPJ. Motivación suficiente. No se produce desviación de poder, ni arbitrariedad, ni discriminación de la mujer. Desestimación.**

La **STS, 3ª, Pleno, 27/6/2017**, desestima el recurso contencioso-administrativo promovido contra el acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de fecha 26 de mayo de 2016 y contra el Real Decreto 257/2016, de 10 de junio, por los que se nombró al presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia.

Comienza esta sentencia su fundamentación jurídica recordando que el pleito trae causa de la anterior sentencia del Pleno de fecha 10 de mayo de 2016, dictada en el anterior recurso contencioso-administrativo nº 189/2015, que anuló el acuerdo del CGPJ de fecha 29 de enero de 2015, por el que se nombró al presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, y se ordenó la retroacción de las actuaciones administrativas en el expediente de su razón "a fin de que se resuelva por el órgano competente sobre la adjudicación de la plaza mediante resolución debidamente motivada en los términos indicados en la fundamentación jurídica de esta sentencia". Dicho esto, examina el contenido del nuevo Acuerdo dictado por el CGPJ, para concluir que el mismo se ajusta a lo requerido en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata.

Entre otros aspectos, y ciñéndonos a los pronunciamientos más relevantes de esta sentencia, apunta la Sala, frente a la tesis de la parte actora de que el hecho de no haber ejercido el aspirante nombrado en la jurisdicción civil le impide ser elegido para el cargo de que se trata, que tal argumento no puede ser aceptado, por tres razones: *primero*, porque los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia no lo son por ser Presidentes de la Sala de lo Civil y Penal, sino que, al contrario, son Presidentes de esta Sala por ser Presidentes del Tribunal Superior de Justicia (artículo 72.2 de la LOPJ), de forma que la normativa que debe ser aplicada respecto de los requisitos para ser nombrado, es la que se refiere a estos últimos (artículo 336.1); *segundo*, porque el artículo 336.1 de la LOPJ establece que los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia se nombrarán entre Magistrados que hubieran prestado diez años en la categoría, y quince en la Carrera, pero no exige que en esos años se haya ejercido una determinada jurisdicción (a diferencia de lo que sí establece el artículo 333.1 para los Presidentes de las otras Salas de los Tribunales Superiores de Justicia); y *tercero*, porque en caso de que se exigiera una determinada especialización de ejercicio (cosa que la Sala niega) habría que aplicar por analogía lo establecido en el artículo 330.4 de la LOPJ referido a los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; dejando a un lado las plazas reservadas a los juristas de reconocido prestigio, las restantes plazas serán cubiertas por magistrados "que lleven diez años en la categoría y en el orden jurisdiccional civil o penal", bastando, en consecuencia, con el ejercicio en una sola de ellas, (en este caso, la penal). Añade, en este sentido, la sentencia que de ser acertada la tesis que propugna la actora, ningún magistrado que sólo hubiera servido en la jurisdicción social o contencioso-administrativa podría ser Presidente de un TSJ, cosa que no está dicha en ninguna parte del

ordenamiento jurídico y está por ello contradicha con ejemplos notorios de la vida judicial.

Recuerda asimismo la sentencia que la jurisprudencia ha declarado que en los nombramientos de carácter discrecional el CGPJ tiene amplísimas facultades de valoración y elección, por lo mismo que (a diferencia del concurso de méritos) este tipo de convocatorias no incluye baremación alguna de los méritos computables; acrecentándose estas facultades del CGPJ cuando el cargo discrecional de cuya cobertura se trate tiene un componente gubernativo. Añade la Sala que no se puede negar al Consejo una razonable facultad de valoración del conjunto o una preferencia a uno o algunos de los méritos alegados, siendo de tener en cuenta que los artículos 5, 7 y 10 del Reglamento 1/2010, al enumerar los méritos a valorar para cubrir plazas de Presidentes de los T.S.J., no establecen una jerarquía entre los mismos; ni disponen que la falta de alguno de ellos constituya impedimento absoluto para la designación. Por eso, vista la clase de nombramiento examinada (discrecional) y la naturaleza del cargo de que se trata (Presidente de T.S.J., de naturaleza jurisdiccional-gubernativa, lo que aumenta el componente discrecional del nombramiento), el problema de autos no es de comparación de méritos, sino de motivación, es decir, de que el CGPJ explique las causas por las que efectúa el nombramiento, y que estas sean ciertas y razonables.

Centrado así el tema litigioso, aprecia la sentencia que en el nuevo acuerdo de nombramiento el CGPJ explica suficientemente las razones de la designación, fundamentalmente concretadas en el proyecto de actuación y en la experiencia y aptitudes para la dirección, coordinación y gestión de medios materiales y humanos vinculados a la plaza a cubrir.

Añade en fin la sentencia que no se ha producido una discriminación por razón de sexo en contra de la candidata recurrente, porque los superiores méritos del designado determinan que no pueda hablarse de un perfil parejo entre él y la recurrente, que obligaría a otorgar preferencia a la candidata mujer.

## **9.- PROPIEDAD INDUSTRIAL, PATENTES Y MARCAS**

### **9.1.- Notificaciones de Acuerdos de la Oficina Española de Patentes Y Marcas, cuando la entidad actúa a través de un agente de la propiedad industrial.**

La **STS, 3ª, 9/1/2017, RC 159/2016**, señala que en el régimen legal establecido en el artículo 29 y siguientes de la Ley de Marcas 17/2001 se estipula una doble notificación, la previa, con carácter informativo al Agente de la Propiedad Industrial a través del depósito en el buzón habilitado, y la ulterior publicación en el BOPI. Pues bien, razona la Sala, en los casos en que la notificación en el BOPI tiene un carácter parcial, pues únicamente se inserta en tal Diario la parte dispositiva de la resolución de la Oficina de Patentes y Marcas que se trata de comunicar, por ende, el conocimiento del texto y contenido íntegro de la resolución debe realizarse con la comunicación al agente de la propiedad industrial a través del depósito en el buzón habilitado. Dicho esto, añade la sentencia, descendiendo al examen del caso de autos, que *“partiendo, pues, de que ha de seguirse el régimen general de este tipo de actos de comunicación mediante los cuales la Administración pone en conocimiento de*

los interesados el contenido de sus actos y de que en la comunicación de las resoluciones de la Oficina de Patentes y Marcas deben observarse las pautas establecidas en la Ley 30/1992 ... es claro que la publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial no implicó una notificación con todos los requisitos y garantías contemplados en dicha Ley 30/1992, por reducirse a la parte dispositiva de la resolución, con omisión de los fundamentos que justifican la decisión. La comunicación en el BOPI de la estimación del recurso de alzada y la concesión del registro de la marca resulta insuficiente para equipararla a una notificación a los efectos que aquí se debaten de comenzar el cómputo del plazo para interponer el recurso contencioso administrativo". Concluye, por tanto, la sentencia que la «notificación» debe hacerse de modo que se tenga constancia fehaciente de la recepción de la comunicación por el interesado o su representante, así como el contenido íntegro del acto notificado.

### **9.2.- Principio de “continuidad registral”.**

La STS, 3ª, 22/9/2016, RC 254/2015, se pronuncia sobre la vigencia y operatividad del llamado principio de “continuidad registral”. Señala el Tribunal Supremo en esta sentencia que no resulta procedente la revisión de la doctrina jurisprudencial relativa al principio de continuidad registral, por ser incompatible -según se aduce- con la vigente Ley de Marcas y con el artículo 4.1 b) y 2 c) de la Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas. Al contrario, a juicio de la Sala, “el designio del legislador comunitario expuesto en la Directiva 2008/95/CE, de fortalecer la posición jurídica del titular registral, se plasma en determinar que el registro de la marca le confiere el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico y a impedir que terceros puedan registrar signos idénticos o semejantes para productos o servicios idénticos o análogos a aquellos para los que la marca está registrada, que genere riesgo de confusión o de asociación en el público. Ello no excluye que el legislador nacional o los Tribunales de justicia reconozcan, con base en el principio de efectividad de la protección jurídica dispensada al titular registral, la facultad de registrar marcas que por las características de los signos distintivos y los productos y servicios que designan puedan considerarse una derivación de las marcas prioritarias previamente registradas de su titularidad, siempre que su ejercicio sea conforme con la buena fe mercantil y se corresponda a una práctica leal exigible en materia industrial o comercial” (FJ 2º). Dice a continuación esta sentencia que la Ley 17/2001, de Marcas, “aunque suprime formalmente la regulación de las marcas derivadas que contenía la precedente Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, no prohíbe que el titular de una marca pueda solicitar el registro de una marca nueva en la que se mantenga el distintivo principal y predominante y a la que se incorporan nuevos elementos distintivos que tienen un carácter secundario” (FJ 2º).

**9.3.- Compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Cuestión prejudicial resuelta por sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de junio de 2016 (C-470/14). Incompatibilidad con el derecho europeo de la Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011 y del apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014. Anulación del Real Decreto**

**1657/2012, de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre de 2012), que regula el procedimiento para el pago de la compensación por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.**

La **STS, 4ª, 10/11/2016, RCA 34/2013**, estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), Derechos de Autor de Medios Audiovisuales (DAMA) y Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) y, en su virtud, anula el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre de 2012). Tal declaración de nulidad se decide sobre la base de la respuesta dada por el TJUE a una cuestión prejudicial planteada por la Sala, mediante sentencia del TJUE de 9 de junio de 2016 (C-470/14).

Esta sentencia explica que si una norma jurídica nacional es contraria al derecho de la Unión Europea, ha de ser inaplicada independientemente de que además pueda ser inconstitucional. Eso es así porque *“el deber que pesa sobre todos los órganos judiciales nacionales de inaplicar –por sí solos, sin plantear previamente cuestión alguna al propio Tribunal Constitucional- las normas jurídicas nacionales contrarias al derecho de la Unión Europea es una exigencia dimanante del principio de primacía de éste, tal como viene siendo constantemente afirmado desde la bien conocida sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978 (C-106/77). En las circunstancias del presente caso, ello significa que, si se entiende que el apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014 es contrario a la Directiva 2001/29/CE, debe sin más ser inaplicado, independientemente de lo que en su día resuelva el Tribunal Constitucional sobre su conformidad con la Constitución española”* (FJ 8º). A continuación señala el Tribunal Supremo que el TJUE ciertamente apunta que un sistema de compensación equitativa con cargo a los Presupuestos Generales del Estado no es necesariamente contrario a la Directiva 2001/29/CE, pero inmediatamente impone una condición: que el coste efectivo pese exclusivamente sobre los usuarios de la copia privada, que en ningún caso pueden ser, por definición, las personas jurídicas. Pues bien, dado que la regulación española de la compensación equitativa no prevé medio alguno de que se cumpla dicha condición, la sentencia del TJUE 9 de junio de 2016 concluye que no es compatible con la Directiva 2001/29/CE. Más aún, su parte dispositiva no introduce matización alguna, sino que declara tajantemente la incompatibilidad de la regulación española con el derecho de la Unión Europea. Partiendo, pues, de esta base, *“una vez comprobado que no se ha ofrecido ningún argumento que permita excluir que de la sentencia del TJUE de 9 de junio de 2016 se desprende inexorablemente la incompatibilidad de la Disposición adicional 10ª del Real Decreto-ley 20/2011 y del apartado segundo del artículo 1 de la Ley 21/2014 con la Directiva 2001/29/CE, la única conclusión que puede extraer esta Sala es que -en aplicación del principio de primacía del derecho de la Unión Europea y, en particular, del criterio jurisprudencial sentado por la arriba citada sentencia Simmenthal- los mencionados preceptos legales deben considerarse inaplicables en el presente caso”* (FJ 10º).

## **10.- RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

**10.1.- Responsabilidad patrimonial amparada en un dictamen del Comité de la CEDAW -Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer- en el que se recomienda a España indemnizar a una persona como consecuencia de la vulneración de derechos previstos en la Convención en un procedimiento ante nuestros tribunales. Admisión del recurso de casación.**

El **ATS 5/6/2017, RC 1002/2017**, estudia, desde la perspectiva propia del trámite de admisión del recurso de casación, un asunto en el que se debate sobre si existe o no en nuestro ordenamiento jurídico un procedimiento que permita dotar de eficacia ejecutiva a las recomendaciones contenidas en los dictámenes del Comité previsto en la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España por Instrumento de 18 de diciembre de 1983; todo ello en relación con una reclamación indemnizatoria en concepto de responsabilidad patrimonial formulada por una ciudadana española por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en relación con la cual el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer -CEDAW- establecido en el artículo 17 de la Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer, emitió un dictamen en el que considera que el Estado español ha infringido los derechos de la solicitante y su hija.

Se resalta este auto por la relevancia jurídica y social de la cuestión que la Sala estima dotada de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, planteada en los siguientes términos:

*“1. Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación Contra la Mujer), emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención -ratificado por España-, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención.*

*2. O si, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión -por los cauces correspondientes- de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada”.*

**10.2.- El derecho a edificar se patrimonializa con la obtención de la licencia urbanística.**

La **STS, 5ª, 28/10/2016, RC 2592/2015**, resuelve en casación un caso que partía de los siguientes datos: 1) La recurrente es propietaria de tres solares para los que obtuvo licencias de obras para la construcción de tres edificios, respectivamente, de 42, 32 y 26 viviendas (con garaje y trastero); 2) Iniciados los movimientos de tierras en el primero de ellos fue descubierto un yacimiento arqueológico, lo que determinó, de un lado, la inmediata paralización de las obras (posteriormente autorizadas), y, de otro, que se instara a la mercantil a la

realización de un proyecto de excavación arqueológica; 3) Una vez finalizada la excavación, que evidenció la existencia de restos arqueológicos de interés, y, previos los pertinentes informes, se dictó resolución que imponía las siguientes obligaciones: a) de conservación “in situ” de los restos arqueológicos descubiertos; b) los proyectos constructivos para los que se habían otorgado las licencias, deberían contemplar soluciones técnicas y medidas protectoras que garanticen la conservación “in situ” de tales hallazgos; y, c) la adopción de medidas de protección adecuada para evitar la degradación de los restos, medidas que se tomarán en coordinación con los servicios técnicos de la Consejería de Cultura y Turismo; 4) La recurrente presentó reclamación de responsabilidad patrimonial, por los daños y perjuicios derivados de tal declaración administrativa. La sentencia de instancia afirmó que el propietario del suelo tiene el deber jurídico de soportar esas limitaciones de su derecho de propiedad, pero el Tribunal Supremo mantiene la tesis contraria. Parte el Alto Tribunal de la premisa de que la licencia incorpora al patrimonio de su titular el derecho a edificar en los términos en ella autorizado, dentro del plazo de caducidad con el que, en su caso, se otorga. Partiendo de esta base, señala que *“en este caso, la recurrente tenía las pertinentes licencias cuando se descubrieron los primeros vestigios arqueológicos con ocasión del movimiento de tierras en el solar contiguo, también de su propiedad, por ello la imposibilidad de ejecutar los proyectos, sin otra solución alternativa (así se dice en el informe emitido por los Arquitectos Sres. Fernández Catá y Meitín Míguez, obrante en el folio 270 del expediente administrativo, ratificado judicialmente, sin que la Junta de Galicia haya contraprobado ni cuestionado tan esencial extremo), comporta la privación de un derecho (el derecho a edificar los dos edificios autorizados por las licencias) que, aunque esté amparada en las normas de protección del patrimonio en beneficio del interés general, la ablación de ese derecho –precisamente porque redunde en beneficio de la colectividad- no puede ser soportado exclusivamente por su titular, constituyendo una lesión antijurídica, y como tal, indemnizable porque el propietario del suelo no tiene el deber jurídico de soportar el daño que a él en concreto le produce esa protección en interés y beneficio de la colectividad”* (FJ 1º).

## **11.- URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE**

### **11.1.- Urbanismo.**

#### **11.1.1.- PGOU de Santander. Insuficiencia de recursos hídricos. Previa anulación jurisdiccional de proyecto y obra de bitrasvase de agua, necesaria para la suficiencia de los recursos. Nulidad.**

La **STS, 5ª, 8/11/2016, RC 2628/2015**, declara la nulidad del Acuerdo de la Comisión Regional de Ordenación del Territorio y Urbanismo (CROTU) de Cantabria, adoptado en su sesión de 17 de septiembre de 2010, por el que se llevó a cabo la aprobación definitiva del Plan General de Ordenación Urbana de Santander. Dicha nulidad se basa en que se considera producida una infracción del artículo 25.4 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001 de 20 de julio, por el que se aprueba el (TRLA), al concluirse que no existen recursos hídricos suficientes para la población sin la utilización del denominado Bitrasvase (Proyecto de Abastecimiento de Aguas a Santander), que ha sido anulado por la STS de 18 de diciembre de 2013, por lo que no resulta posible la consideración de esta



infraestructura como fuente de abastecimiento de agua a Santander. Razona la Sala que *“todas las partes, todos los informes y todos los peritos coinciden en confirmar que la existencia de agua suficiente para la ciudad de Santander --- sobre todo en los meses de verano--- requiere del suministro de las dos actuaciones alternativas previstas en el PGOU, esto es, el Bitrasvase de agua desde el Ebro y la denominada Autovía del agua desde cuencas excedentarias, aceptándose que, sin tales fuentes de suministro, el caudal ecológico del Río Pas (LIC) se vería afectado, y que, sin tales suministros, no existiría agua suficiente para la ciudad de Santander”* (FJ 6º). Pues bien, añade la sentencia, anulados el proyecto y la obra del Bitrasvase por el Tribunal Supremo, la existencia de recursos hídricos para la ciudad de Santander queda en entredicho, y, su suficiencia, en modo alguno acreditada, con vulneración del artículo 25.4 del TRLA

#### **11.1.2.- Plan general de ordenación urbana. Monterrei (Orense). Nulidad por ausencia de acreditación de disponibilidad de recursos hídricos. Disponibilidad física y jurídica.**

La STS, 5ª, 12/12/2016, RC 3137/2015, declara la nulidad del Plan General de Ordenación Municipal de Monterrei (Ourense) por no haberse acreditado la existencia y disponibilidad de recursos hídricos en la forma en la que la jurisprudencia los ha venido exigiendo de conformidad con la interpretación que se realiza del artículo 25.4 del TRLA. Advierte al sentencia que *“es posible la existencia de agua para el municipio, e, incluso, su disponibilidad material, pero, desde la perspectiva urbanística que nos ocupa ---y en un obligado marco de legalidad--- no se ha acreditado, ni en el informe, ni con cualquier otro medio de prueba, la disponibilidad jurídica de la misma, ya que en el momento de la aprobación del planeamiento no existía plena suficiencia y disponibilidad de recursos hídricos para el abastecimiento de agua al municipio de Monterrei”*.

#### **11.1.3.- Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, adoptado en su sesión de 30 de octubre de 2014, por el que se aprueba definitivamente el Plan Especial para la modificación de la ordenación pormenorizada del APE 16.11 "Ciudad aeroportuaria y Parque Valdebebas". Nulidad por falta de motivación.**

La STS, 5ª, 21/6/2017, RC 1421/2016, desestima el recurso de casación promovido por el Ayuntamiento de Madrid contra la sentencia de instancia que declaró la nulidad del Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Madrid, adoptado en su sesión de 30 de octubre de 2014, por el que fue aprobado definitivamente el Plan Especial para la modificación de la ordenación pormenorizada del APE 16.11 "Ciudad aeroportuaria y Parque Valdebebas", quedando anulados el referido acuerdo y Plan Especial.

La finalidad del plan especial era la alteración de la calificación de tres parcelas destinadas a centro comercial, para convertirlas en residenciales destinadas a la construcción de 1200 nuevas viviendas. La Sala, sin embargo, en sintonía con el Tribunal de instancia, constata la inexistencia en la Memoria de estudio técnico y económico determinante de que los usos terciarios deben de desaparecer en los grados expresados en el Plan Especial; la ausencia de razones fácticas que apunten a la necesidad de aumentar la densidad de la vivienda, ya que, según la sentencia, lo único que se vislumbra es una colmatación de viviendas en el ámbito con ocupación de la zona que se

destinaba al uso suprimido; y la inexistencia de justificación alguna de la necesidad de tal aumento de viviendas junto a la infraestructura aeroportuaria. Añade la sentencia que *“no se debe olvidar que nos encontramos ante un Plan Especial ---y no ante un Plan Parcial---, sometido a la legislación madrileña, cuyas funciones se desgranar en el artículo 50.1 de la LSM, apareciendo las mismas como difíciles parámetros de encaje de las finalidades que se dicen pretendidas en el Plan, que, no se olvide, en el fondo, no es otra cosa que un cambio de usos. Obvio es que, como hemos expuesto, en la Memoria se dan las razones formales de las que parte el cambio, pero tiene razón la Sala de instancia cuando señala, con insistencia, que se sigue sin conocer las causas y circunstancias por las que el resultado del proceso de cambio ---con el aumento del número de viviendas expresado--- tiene que ser el que se alcanza”* (FJ 5º). Apunta, en este sentido, la sentencia que la Memoria explica el porqué ya no resulta viable el destino terciario/comercial previsto en el Plan General para las parcelas expresadas, pero se desconoce qué razones existen para reconducir la situación hacía un incremento poblacional, que, como hemos expuesto, se produce en un entorno ---vinculado a la infraestructura aeroportuaria del Aeropuerto de Barajas--- y que, en consecuencia, podría ser un entorno poco proclive a tal incremento poblacional.

#### **11.1.4.- Finca catastral con dos calificaciones urbanísticas. Suelo urbano consolidado y suelo urbano no consolidado**

La **STS, 5ª, 25/10/2016, RC 2766/2015**, se plantea si el concepto de parcela urbanística obligaría a una sola determinación urbanística con independencia de las diferenciaciones físicas dentro de la misma. Pues bien, la Sala considera que ninguna duda existe sobre la posibilidad de distintas calificaciones urbanísticas en el ámbito de una misma parcela catastral, de conformidad con la misma esencia y naturaleza de la potestad de planeamiento, en el ámbito de la realidad física que se planifica.

#### **11.2.- Medio ambiente.**

##### **11.2.1.- Impugnación del Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, aprobado por Real Decreto 595/2014, de 11 de julio. Principio “quien contamina paga”.**

La **STS, 4ª, 23/3/2017, RCA 878/2014**, estima en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por los Ayuntamientos de Polinyá de Xúquer, de Albalat de la Ribera, de Benicull, de Corbera, de Cullera, de Favara, de Fortaleny, de Riola y de Sueca, contra el Plan Hidrológico de la Demarcación Hidrográfica del Júcar, aprobado por el Real Decreto 595/2014, de 11 de julio, declarando no conforme a Derecho y nulo el artículo 28 b d) del indicado Plan. Advierte la Sala que en las asignaciones de recursos previstas en el artículo 28, sistema Júcar, apartados B.d), se establece que alcanzarán hasta 10 hm<sup>3</sup>/año de recursos superficiales del Júcar para sustituir recursos subterráneos con problemas de calidad que se utilizan en el abastecimiento de las poblaciones de la Ribera del Júcar. Esta sustitución se realizará con recursos superficiales anteriormente destinados a regadíos y que serán sustituidos por los correspondientes recursos subterráneos liberados, empleando para ello los pozos de sequía que ya disponen de las infraestructuras de interconexión con la zona de regadío sin producir variación

en los balances globales del sistema de explotación del Júcar. El coste asociado a la sustitución será financiado por los usuarios de abastecimiento beneficiados. Pues bien, apunta el Tribunal Supremo, *“se hace recaer sobre los usuarios del abastecimiento del agua el coste de sustitución, antes citado, por razón de la falta de calidad de las aguas, cuando lo cierto es que el origen de ese mal estado de las aguas no guarda relación con dichos usuarios”*. Sobre esta base, afirma la sentencia que *“en definitiva, el principio de recuperación de costes no puede imponerse a costa de vulnerar, o simplemente dejar sin efecto, el principio de quien contamina paga, que es lo que sucede en el precepto impugnado”* (FJ 8º).

#### **11.2.2.- Impugnación del Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre.**

La STS, 5ª, 27/10/2016, RCA 929/2014, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Reglamento General de Costas, aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, y publicado en el Boletín Oficial del Estado el día 11 de octubre de 2014, declarando la nulidad del apartado 9.b) de su Disposición Adicional Segunda.

La Sala no advierte los defectos formales que denuncia la entidad recurrente en relación con la inexistencia de la Memoria económica que contenga la estimación del coste a que da lugar la aplicación del Reglamento General de Costas; y rechaza también las alegaciones de la recurrente sobre la inexistencia de informe sobre el impacto por razón de género. Sobre este concreto particular, explica la sentencia que la recurrente *“no acierta a determinar cuáles serían las incidencias del nuevo RGC en el régimen de la igualdad entre hombres y mujeres, por cuanto, como hemos expresado, la incidencia del RGC sobre la población o las zonas litorales resultan genéricas y poco cercanas a la afectación de las políticas de género. Es cierta que la normativa de referencia impone la necesidad de atender al impacto que las principales disposiciones generales emanadas de los poderes públicos tienen en la igualdad entre mujeres y hombres, atendiendo al principio de transversalidad de género, que constituye un principio dirigido a integrar la perspectiva de género en todas las políticas y programas generales de las Administraciones públicas, tratándose de una actuación a implementar por los Estados Miembros de la Unión Europea, dirigida a integrar las perspectivas de género en todas las políticas y programas generales a partir de la entrada en vigor, el 1 de mayo de 1999, del Tratado de Amsterdam, que formaliza el objetivo explícito de que todas las actividades de la Unión Europea deben dirigirse a eliminar las desigualdades y a promover la igualdad entre hombres y mujeres (artículos 2 y 3). Esto es, la recurrente no ha puesto de manifiesto la existencia de argumento alguno para desmontar el juicio contenido en la MAIN del RGC en el sentido de que la incidencia del mismo en las políticas de género no sea “nulo”* (FJ 3º).

En cuanto al precepto concretamente anulado, declara la sentencia que *“lo que la norma establece es la presunción de la existencia del título administrativo de referencia “para las construcciones existentes a la entrada en vigor de este Reglamento”. Sin embargo, tal presunción no puede ser establecida en una norma reglamentaria como la impugnada, produciéndose, pues, la vulneración del artículo 385 de la LEC que regula las “presunciones legales”; hasta en tres ocasiones el precepto hace referencia al rango de “ley” para el establecimiento*

de las mismas, dada la excepcionalidad que suponen en relación con el régimen general ---en este caso--- de obtención de la autorización administrativa correspondiente para la realización de obras, aun en el dominio público marítimo terrestre, sin que pueda aceptarse la interpretación de que el citado término “ley” es utilizado en sentido general. La propia sistemática del precepto, su concreta denominación, y la reiteración del término y de la exigencia “legal” no nos dejan lugar a dudas” (FJ 7º).

## **II.- TRIBUTARIO**

**1.- Pago en especie de las deudas tributarias. Artículo 60.2 de la Ley General Tributaria, que se remite al artículo 73 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, Tal pago no es admisible respecto de toda clase de deudas tributarias, sino sólo por los conceptos definidos en el citado artículo 73. La decisión de la Administración de no aceptar el pago en especie es discrecional, en el sentido de que no puede ser obligada a su aceptación, pero debe motivarse. No hay infracción del procedimiento por falta de emisión de la valoración e informe de la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico Español, pues se trata de un informe que debe recabar y aportar quien formula la solicitud.**

La **STS, 2ª, 7/3/2017, RC 461/2016**, declara que

*“a) El pago en especie de las deudas tributarias no es una alternativa en manos del contribuyente en lugar del pago en efectivo. Se trata de una modalidad excepcional, habida cuenta del sentido y función constitucional de los tributos (art. 31 CE), porque a través de ellos se contribuye al sostenimiento de los gastos públicos.*

*b) No todos los impuestos son susceptibles de ser satisfechos mediante la entrega de bienes, pues debido a la remisión normativa que contiene el artículo 60.2 de la LGT, sólo lo son los que, numerus clausus, menciona el artículo 73 de la Ley del Patrimonio Histórico Español, es decir, el Impuesto sobre Sucesiones, del Impuesto sobre el Patrimonio y del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.*

*c) Aun dentro de este acotado ámbito objetivo, la decisión de la Administración sobre la aceptación del pago en especie es potestativa, en el sentido de que no puede ser compelida legalmente a aceptar tal modalidad solutoria, aun cuando se cumplan por el obligado tributario los requisitos reglados que necesariamente debe observar. Tal discrecionalidad no supone, obviamente, una llamada a la arbitrariedad o al capricho ni dispensa al órgano de resolución de motivar las razones determinantes de su decisión, todo ello sin perjuicio del empleo de las demás técnicas de control judicial de los actos discrecionales, particularmente en lo que afecta a sus aspectos debidos o reglados.*

*d) En todo caso, ha de tratarse de bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español que estén inscritos en el Registro General de Bienes de Interés Cultural o en el Inventario General.*

e) *Aun no explicitado en la ley, parece claro y evidente que quien ofrezca los bienes formalmente incorporados al mencionado registro o inventario debe ser su propietario o tener el poder de disposición sobre ellos.*

f) *Desde el punto de vista procedimental, la solicitud de quien pretenda el abono en especie de la deuda tributaria deberá acompañar la valoración de los bienes y el informe sobre el interés de aceptar esta forma de pago, emitidos ambos por el órgano competente del Ministerio de Cultura o por el órgano determinado por la normativa que autorice el pago en especie. Ello significa que el informe no es un trámite que de oficio ha de impulsar el órgano de recaudación, sino que debe ser aportado por el solicitante”.*

**2.- Liquidación de los intereses suspensivos sobre sanción pecuniaria anudada a liquidación del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 1984 Transmisibilidad al heredero universal de la deudora tributaria por haberse satisfecho la sanción pecuniaria impuesta a la causante de su herencia por la comisión de una infracción tributaria: Improcedencia . La extinción de las sanciones tributarias por el fallecimiento de todos los obligados a satisfacerlas se extiende al pago de los intereses suspensivos devengados.**

La **STS 4/3/2017, RC 834/2016**, explica que sólo el infractor es el que tiene que pagar la sanción, dado que se trata de una medida represiva a la que tiene que hacer frente como compensación de la comisión de una infracción, lo que nos lleva a la extinción de la responsabilidad derivada de las infracciones y de las sanciones tributarias por el fallecimiento del sujeto infractor (artículos 189 y 190). Partiendo, pues, de esta base –prosigue la Sala su argumentación-, el problema a resolver es si este principio se extiende también a los intereses generados por la solicitud de suspensión. A esta presunta responde la Sala lo siguiente: “[...] *lo que ha de merecer una respuesta positiva en la línea que mantiene la sentencia recurrida, en cuanto traen causa de la propia sanción impuesta, lo que impide la posibilidad de la transmisión al heredero, aunque el art. 39.1 de la Ley 58/2003 no contempla la situación y se refiera solo a la sanción, sin que tampoco el art. 26. 2, c) de la ley 58/2003 nos pueda llevar a otra conclusión, en cuanto tiene en cuenta al sancionado, que no satisface el importe de la sanción, una vez vencido el plazo para su ingreso, debiendo estarse a las reglas específicas en el supuesto que hubiera sido objeto de recurso o reclamación, reglas que sólo pueden afectar al sancionado, no a sus herederos, toda vez que las consecuencias de una petición de suspensión, por el pago tardío, no pueden separarse de la propia sanción, y van asociados a la responsabilidad. Otra interpretación nos llevaría a desconocer el principio de la personalidad de la pena, protegido por el art. 25.1 de la Constitución, que es de aplicación al Derecho Administrativo sancionador. En definitiva, el carácter compensatorio del perjuicio económico causado a la Administración Tributaria como consecuencia de la suspensión de la sanción tiene sentido cuando quien paga los intereses de demora es el sujeto infractor, pero no si la persona que debe abonarlos es un tercero, en cuanto resulta totalmente ajeno a las causas del retraso” (FJ 4º).*

**3.- Impuesto sobre Sociedades. Interposición de recurso de amparo. Inaplicación supletoria del artículo 233.8 de la LGT sobre suspensión**

**hasta que se resuelva la petición de suspensión ante el Tribunal Constitucional.**

Estudia la **STS, 2ª, 27/2/2017, RC 394/2016** el planteamiento sostenido por la recurrente en el sentido de que al haber interpuesto recurso de amparo contra la sentencia del Tribunal Supremo que desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la liquidación recurrida en relación con el IRPF, ejercicio de 1998, suspendida en la vía administrativa, previa presentación de aval, y habiendo comunicado el recurrente a la Administración la presentación de recurso de amparo con solicitud de suspensión, la Administración debió esperar a la resolución del Tribunal Constitucional antes de ejecutar la liquidación impugnada, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 233.8 de la LGT. Es decir, lo que el recurrente pretende es la aplicación analógica del art 233.8 de la LGT, alegando que, si bien tal precepto está previsto para el tránsito de la vía administrativa a la contencioso-administrativa, también debe resultar aplicable al tránsito desde esta vía a la constitucional del recurso de amparo. Sin embargo, la Sala rechaza el recurso, argumentando que *“no puede ser acogida tal pretensión por cuanto que, se trata de una norma procesal que no guarda identidad de razón con el supuesto debatido, en el que no estamos ante un recurso ordinario contencioso administrativo, sino ante un recurso extraordinario de amparo ante el Tribunal Constitucional, que tiene una regulación muy distinta y unos motivos específicos muy limitados que requieren trascendencia constitucional, y respecto del que no cabe extender su aplicación a ningún otro supuesto, siendo regla general que la interposición de este recurso no suspenderá los efectos del acto o sentencia impugnados, según señala el art. 56 LOPJ , antes citado. Por otra parte la razón de la suspensión prevista en el artículo 233.8 se justifica por la tutela judicial efectiva, ya que hasta que se pronuncie un Juez sobre la suspensión, el acto administrativo no ha sido fiscalizado en vía judicial, lo que no ocurre en el caso del recurso de amparo, en el que, aparte su carácter excepcional, el fondo del recurso ha sido analizado no sólo en primera instancia, sino en este caso, en vía casacional”* (FJ 2º).

**4.- IVA: devoluciones. Empresarios o profesionales no establecidos. Aportación en el recurso de reposición de la documentación requerida: devolución procedente cuando se cumplen los requisitos sustantivos para la misma.**

La **STS 20/4/2017, RCUUD 615/2016**, resuelve si para determinar la procedencia de la devolución del IVA solicitada por el contribuyente cabe aceptar la documentación aportada una vez finalizado el procedimiento de gestión. A este interrogante responde el Tribunal Supremo en el sentido de que, en efecto, sí cabe en sede de revisión admitir documentación no aportada en sede de gestión. Por eso, en la revisión en vía tributaria sí es posible llevar a cabo la práctica de prueba con la aportación de documentos que acompañe el contribuyente con su escrito de interposición. Ergo, si en vía económico-administrativa y en vía judicial es posible aportar la documentación que el actor estime procedente para impugnar una resolución tributaria, parece mucho más lógico que pueda hacerse antes en el discurrir procedimental y aportarse en el primero de los medios de impugnación que pueden ejercitarse. Corolario

de todo lo expuesto es que resulta procedente la aportación de elementos de prueba en vía contenciosa cuando previamente no se había aportado documentación en sede del procedimiento administrativo de gestión.

**5.- Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Comprobación de Valores por el sistema de estimación mediante la aplicación de coeficientes correctores al valor catastral. Validez de la Orden 23/2013, de 20 de diciembre, de la Comunidad Valenciana, por la que se establecen los coeficientes aplicables en 2013, en base a los datos facilitados por la Gerencia Regional del Catastro.**

La **STS 6/4/2017, RC 888/2016**, señala que si la Administración tributaria se acoge al segundo de los medios previstos en el art. 57.1 de la Ley General Tributaria de 2002, que permite la aplicación de coeficientes multiplicadores, determinados y publicados por la Administración tributaria competente, a los valores que figuren en el Catastro Inmobiliario, no cabe plantear la improcedencia del método planteado, tan válido como cualquier otro técnico y objetivo de valorar. Cuestión distinta es -puntualiza la sentencia- que el contribuyente no se encuentre conforme con el valor final asignado, en cuyo caso podrá promover la tasación pericial contradictoria a que se refiere el apartado 2 del art. 57 de la Ley General Tributaria, o bien agotar los recursos disponibles alegando y probando que el coeficiente aprobado por la Administración Tributaria de la Comunidad Autónoma aplicado al valor catastral no responde al valor real del bien. En todo caso -dice la sentencia a continuación-, *“la utilización de este medio para la comprobación exige que la Administración justifique adecuadamente su elección y razone el resultado de la comprobación de modo que permita al contribuyente conocer los datos tenidos en cuenta relativos a la referencia catastral del inmueble, su valor catastral en el año del hecho imponible, el coeficiente aplicado y la normativa en que se basa la Administración Tributaria, al objeto de que pueda prestar su conformidad o rechazar la valoración”* (FJ 7º)

**6.- Liquidación por el impuesto sobre sucesiones y donaciones. Reducción por adquisición de vivienda habitual de la persona fallecida, prevista en el artículo 20.2.c), párrafo tercero de la Ley 29/1087, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.**

La **STS 12/5/2017, RCU 1657/2016**, resuelve la cuestión controvertida consistente en determinar si el recurrente tenía derecho a la reducción por adquisición de vivienda habitual de la persona fallecida, prevista en el artículo 20.2.c), párrafo tercero de la Ley 29/1087, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD). Los hechos concurrentes en el litigio consisten en que el actor es hermano de la fallecida. Para el recurrente, su hermana tenía vivienda habitual en el término municipal de Tacoronte, Tenerife, pero debido a su estado de salud se trasladó a vivir en su compañía en la vivienda sita en Mogán, isla de Gran Canarias, hasta su fallecimiento. Pues bien, el Tribunal Supremo constata que sobre la cuestión litigiosa existen pronunciamientos judiciales contradictorios sobre la pérdida o no de la condición de vivienda habitual como consecuencia del traslado del causante a la vivienda del pariente causahabiente por razones de enfermedad. La respuesta que da la Sala es la siguiente (FJ 3º):

*“El concepto de vivienda habitual no aparece en la LISD, por lo que ha de atenderse a la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que, expresamente, se refiere a ella. Y así el artículo 41 bis del Reglamento, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (como antes el artículo 51.1 del Reglamento de 1999), define la vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones en los siguientes términos “[...] se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas”. Pues bien, en el ámbito de “otras causas análogas justificadas” del traslado que no hacen perder al inmueble la consideración de vivienda habitual ha de incluirse la enfermedad acreditada que obliga al cambio de residencia, máxime cuando el fallecimiento sobreviene durante y como consecuencia de dicha enfermedad”.*

### **III.- CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

#### **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE LA NUEVA REGULACION DEL RECURSO DE CASACION (L.O. 7/2015)**

##### **1.- NATURALEZA DEL RECURSO DE CASACIÓN EN SU NUEVA REGULACION**

**1.1.- El “interés objetivo casacional para la formación de la jurisprudencia”, piedra angular sobre la que se sostiene la nueva ordenación de este recurso extraordinario.**

Ha resaltado la Sala en numerosas resoluciones la relevancia que adquiere en el nuevo sistema casacional el llamado interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, sobre el que se sostiene toda la arquitectura del recurso. A título de muestra, señala el **ATS 19/6/2017, RQ 273/2017**, que *“el recurso de casación contencioso-administrativo, en su actual regulación, introducida por la Ley Orgánica 7/2015, presenta una decidida vocación de erigirse como un instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento. La noción de <<interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia>>, a que se refieren los artículo 88.1 y 90.4 LJCA, se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional, que atribuye a esta Sala Tercera como cometido principal, en palabras del artículo 93.1, fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, para seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes*



*normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso”.*

**1.2.- Por mucho que se enfatice la relevancia del “ius constitutionis” en el nuevo recurso de casación, en ningún caso puede caracterizarse como un cauce para plantear cuestiones interpretativas del Ordenamiento “en abstracto”.**

*Explica, en este sentido, el **ATS 21/3/2017, RC 308/2016**, que “el recurso de casación articulado en la LO 7/2015, de 21 de julio, persigue como finalidad la formación de jurisprudencia cuando se estime que presenta interés casacional objetivo, pero no en abstracto, sino en relación con la resolución de las cuestiones suscitadas en el pleito que fueron objeto del pronunciamiento en la sentencia o debieran haberlo sido, y ello en cuanto que sigue siendo un recurso extraordinario para la tutela de los derechos subjetivos hechos valer por las partes en el proceso, como se desprende de las exigencias de justificación de la legitimación, que la infracción denunciada sea relevante y determinante de la decisión adoptada que se recurre o que el interés casacional se fundamente con singular referencia al caso [art. 89.2.a), d) o f)], así como de la determinación del contenido de la sentencia, que según el art. 93.1 de la LJCA, debe comprender la resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia o auto recurrido, en todo o en parte, o confirmándolos”.*

*Parecidos son los términos en que se pronuncia el **ATS 1/6/2017, RC 1592/2017**: “por más que se haya enfatizado la relevancia del llamado “ius constitutionis” en la articulación jurídica del nuevo recurso de casación, en ningún caso puede caracterizarse como un cauce para plantear cuestiones interpretativas del Ordenamiento en abstracto y, por ende, desligadas de las circunstancias concurrentes en el caso litigioso concernido”.*

## **2.- RÉGIMEN JURIDICO DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN**

**2.1.- Régimen jurídico del recurso de casación contencioso-administrativo. Inaplicabilidad directa de las normas del recurso de casación de la LEC.**

*Leemos en el **ATS 22/3/2017, RQ 60/2017**, que “[...] la normativa aplicable al recurso de casación contencioso-administrativo es la contenida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa sin que resulte procedente invocar la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de su aplicación supletoria cuando ello proceda. Ello permite desestimar de entrada todas las alegaciones relativas a la supuesta indefensión padecida por la sociedad recurrente como consecuencia de la exigencia por el órgano judicial de unos requisitos para el escrito de preparación no contemplados en la LEC para el escrito de preparación del recurso—como por ejemplo, la justificación de la concurrencia del interés objetivo casacional—”*

*En la misma línea, razona el **ATS 8/5/2017, RQ 150/2017**, que “no puede prosperar un recurso de queja como el presente en el que la parte alega que su*

*escrito reúne los requisitos exigidos en los preceptos de la LEC que invoca, siendo que tales preceptos no son de aplicación al caso y no pueden servir de fundamento de sus pretensiones, que, por otra parte, no se fundan en la invocación de los preceptos de la Ley reguladora de esta Jurisdicción a los que se sujetan las actuaciones procesales en cuestión”.*

## **2.2.- Derecho transitorio. Régimen jurídico aplicable a los recursos promovidos contra sentencias dictadas antes del 22 de julio de 2016, que se hallaban en fase de preparación a dicha fecha.**

La Sección de admisión de la Sala tercera adoptó con fecha 22 de julio de 2016, fecha de entrada en vigor de la L.O. 7/2015, en su sesión constitutiva, unos criterios sobre la entrada en vigor de la nueva casación contencioso-administrativa instaurada por la Disposición Final 3.1 de dicha Ley Orgánica. En estos criterios interpretativos y de carácter orientador, que fueron difundidos a fin de dotarles de publicidad, se pone de manifiesto que la nueva regulación casacional se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante, mientras que las sentencias y autos pronunciados con anterioridad al 22 de julio de 2016 se regirán, a efectos del recurso de casación, por la legislación anterior, cualquiera que sea la fecha en que se notifiquen.

Pues bien, este criterio fue prontamente recogido y asumido en numerosas resoluciones de la Sección de admisión, como, por ejemplo, los **AATS de 17/11/2016 (rec. 79/2016), 1/12/2016 (recs. 80/2016 y 81/2016) y 15/12/2016 (rec. 97/2016)**, a los que han seguido otros muchos, de innecesaria cita específica por su reiteración.

La razón determinante de la adopción de este criterio se explica, entre otros, en **ATS 24/5/2017, RQ 151/2016**, en los siguientes términos: “[...] expresa un criterio objetivo, en la medida en que la aplicación de uno u otro régimen se ciñe a una fecha concreta y dependiente exclusivamente del órgano jurisdiccional del que procede la resolución recurrida, no quedando al albur de factores externos a la estricta actividad jurisdiccional la opción por uno u otro régimen. Se trata, en todo caso, de un criterio hermenéutico perfectamente posible desde el punto de vista de la legalidad, además de razonado y razonable. Más aún, no se trata de un criterio novedoso que se aparte de decisiones precedentes en materia de Derecho transitorio, pues, sin ir más lejos, el régimen transitorio derivado de la reforma de la Ley 29/1998, operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, se rigió por similares parámetros, al disponer dicha Ley en su disposición transitoria única que “Los procesos que estuvieren en trámite en cualquiera de sus instancias a la entrada en vigor de la presente Ley, continuarán sustanciándose hasta que recaiga sentencia en dicha instancia conforme a la legislación procesal anterior”; con la consecuencia de que las sentencias dictadas antes de la entrada en vigor de dicha Ley se rigieron a efectos casacionales por la Ley antigua mientras que las sentencias dictadas con posterioridad a esa entrada en vigor se rigieron -a los mismos efectos- por las nuevas reglas [v.gr. autos de 12 de julio de 2012 (rec. 821/2012) y 19 de julio de 2012 (rec. 582/2012)]”.

### **2.3.- Derecho transitorio. Inaplicabilidad de las disposiciones transitorias de la Ley Jurisdiccional 29/1998.**

Consecuencia de la adopción del criterio *supra* expuesto ha sido el rechazo de la tesis sostenida por algunos recurrentes, que con invocación de las disposiciones transitorias de la Ley 29/1998, consideraban que el recurso debía regirse por la nueva Ley si al tiempo de la entrada en vigor de esta estuviera abierto el plazo de preparación. Así, v.gr., el **ATS 8/2/2017, RQ 146/2016**, señala que frente a los criterios adoptados por la Sección de admisión no cabe oponer la aplicación de la Disposición transitoria tercera de la Ley de la Jurisdicción, *“pues no es a este régimen transitorio al que ha de estarse, sino al de la propia disposición que modificó la regulación, en este caso, del recurso de casación.... sin que tengan cabida regímenes transitorios de otras modificaciones anteriores”*.

### **2.4.- Derecho transitorio. Régimen jurídico aplicable a la preparación del recurso de casación frente a autos recurridos en reposición. La fecha del auto que resuelve la reposición, y no la del auto impugnado a través de dicho recurso, es la relevante para determinar la normativa aplicable a la casación.**

Una de las cuestiones más importantes en relación con la entrada en vigor del nuevo recurso de casación fue la determinación del llamado “Derecho transitorio”, rector del tránsito de la antigua a la nueva regulación. Sobre la aplicación de uno u otro sistema casacional a los autos recurridos en reposición se pronunció prontamente la Sección de admisión de la Sala, en **ATS 1/2/2017, RQ 2989/2016**, explicando que *“Los supuestos en los que la resolución impugnada reviste la forma de auto presentan la peculiaridad de que es necesario interponer un recurso de súplica (reposición, en la terminología derivada de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre) antes de acudir a la casación. Así se disponía en el art. 87.3 de la Ley Jurisdiccional, antes de la reforma operada por la LO 7/2015, y en los mismos términos se pronuncia el art. 87.2 en la redacción actualmente vigente. Y ello es especialmente importante, a los efectos de determinar la normativa aplicable, cuando, como en el caso que ahora nos ocupa, en la fecha en la que se dictó el primer auto en el que se acordaba la extensión de efectos (el 22 de junio de 2016) aún no había entrado en vigor el nuevo modelo de casación derivado de la Ley Orgánica 7/2015, siendo así que, cuando se dicta el auto resolviendo el recurso de reposición (el 28 de julio de 2016) ya se había producido la vigencia de la nueva normativa. Debe anticiparse que este Tribunal considera que ha de atenerse a la fecha del auto que resuelve el recurso de reposición, cualquiera que sea la decisión – estimatoria, desestimatoria o de inadmisión- que en este segundo auto se adopte. Y ello por las razones que a continuación se exponen. Como es sabido, el recurso de súplica (actual reposición), a diferencia de lo que sucede con la solicitud de aclaración o integración, puede determinar, de acogerse, una modificación de la decisión de fondo adoptada en la resolución impugnada. Consecuentemente, puede que el nuevo auto –al estimar el recurso- suprima, altere, matice o corrija la infracción jurídica que el afectado pretenda recurrir en casación. En estos casos, es indubitado que la resolución relevante para preparar el recurso será, cabalmente, la dictada con ocasión del recurso de*

*reposición, pues es ésta la que fija definitivamente la decisión del órgano de instancia. Además, la parte que pretende recurrir un auto no solo está obligada a interponer el recurso no devolutivo por expresa previsión legal, sino que lo está también a esperar el resultado de la decisión que se adopte para preparar su recurso de casación. Dicho de otro modo, es el segundo auto –sea cual sea su contenido- el que permite acudir al recurso extraordinario, lo que evidencia, a juicio de este Tribunal, que es esta última resolución la que condicionará las infracciones jurídicas relevantes sobre cuya admisibilidad y, eventualmente, sobre cuya viabilidad habrá de pronunciarse el Tribunal Supremo. Consideramos, por tanto, que el recurso que nos ocupa debió de ser preparado conforme a los artículos 86 y siguientes de la Ley Jurisdiccional, en la redacción que le proporcionó la LO 7/2015, de 21 de julio, lo que determina que el escrito de preparación no cumpla las exigencias del actual artículo 89 de la Ley Jurisdiccional, aplicable al caso”.*

Ahora bien, la Sala, consciente de las dudas que planteaba la cuestión, al haber en torno a la misma distintas alternativas hermenéuticas, todas defendibles en principio, y a fin de salvaguardar los derechos de los recurrentes, decide en este auto conferir a la parte recurrente que ha optado por la regulación inaplicable un trámite de subsanación a fin de que pueda preparar el recurso conforme a la regulación adecuada: *“Ahora bien, ello no puede determinar, sin más, la inadmisión del presente recurso, pues la ausencia de normas de derecho transitorio y de criterios de interpretación fiables que pudieran servir de guía para estos casos, pueden haber impedido a la parte conocer con seguridad, al tiempo de preparar su recurso de casación, cual era el régimen jurídico aplicable, siendo así que de ello dependía no solo el plazo para preparar el recurso, sino los requisitos y el enfoque que debería dar a su escrito de preparación. Ambas opciones eran, desde luego, posibles y razonablemente defendibles, sin que la que ahora hemos considerado acertada se presentara, a falta de previsión legal, como indubitada o evidente, por lo que no puede hacerse recaer sobre el recurrente las consecuencias del desacierto en la opción elegida, máxime cuando el órgano jurisdiccional de instancia, por el plazo concedido para preparar el recurso y por la tramitación dada a su escrito, también contribuyó a que entendiera aplicable el régimen anterior. Por todo ello debe acordarse la retroacción de actuaciones al momento en que se notificó a la parte recurrente el auto que resolvió el recurso de reposición, concediéndole un nuevo plazo de 30 días (artículo 89.1 de la Ley Jurisdiccional) para que pueda presentar, si así lo desea, escrito de preparación conforme a lo establecido en la Ley de esta Jurisdicción tras la modificación operada por la Disposición Final 3º de la LO 7/2015, y se le dé la tramitación correspondiente con arreglo a dicha norma.”*

## **2.5.- Régimen transitorio. Resoluciones dictadas antes del 22 de julio de 2016, aclaradas o rectificadas por resolución posterior a dicha fecha.**

Los criterios interpretativos sobre la entrada en vigor del nuevo recurso de casación, adoptados el 22 de julio de 2016 por la Sección de admisión de la Sala en su constitución, establecen que *“Cuando al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio), se solicite la aclaración o integración de una sentencia o de un*

*auto, la fecha a tomar en consideración para determinar el sometimiento de la resolución al régimen casacional será la de la resolución aclarada o integrada, sin perjuicio de que el plazo para preparar el recurso de casación se compute desde la fecha de notificación del auto de aclaración o integración”. Este criterio ha sido asumido por la Sala, entre otros, en **AATS 15/2/2017 (RQ 147 y 148/2016)**.*

**2.6.- Derecho transitorio. El recurso puede ser admitido aun habiéndose anunciado con invocación de la regulación casacional no aplicable, si aun así cumple suficientemente las exigencias de la regulación realmente aplicable.**

Explica, así, el **ATS 3/5/2017, RQ 2952/2016**, que la Sala está obligada a considerar el escrito de preparación presentado ante la Sala *a quo* por la parte recurrente *“desde un punto de vista garantista y procurando que la tutela judicial efectiva del recurrente no se vea amenazada si del contenido de su escrito puede inferirse que éste cumplía con las exigencias del régimen jurídico que le resulta aplicable por razones temporales. Es decir, analizando si, el mismo, a pesar de su articulación al amparo de un régimen normativo inaplicable, cumple con los requisitos y presupuestos que exigía la ley Jurisdiccional”*. Si así se aprecia, procederá la admisión del recurso de casación, en el bien entendido de que habrá de tramitarse conforme a la regulación procesal aplicable *ratione temporis* al caso.

**2.7.- Régimen jurídico del recurso de casación contra resoluciones del tribunal de cuentas.**

El artículo 86.4 de la Ley Jurisdiccional establece en su nueva redacción que *“las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento”*. Este precepto planteaba numerosas dudas interpretativas, que han sido en gran medida clarificadas por el **ATS 31/5/2017, RC 60/2017**. Señala esta resolución que 1º) son recurribles en casación – además de los autos referidos en el artículo 81.2, apartados 2º y 3º de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas- las sentencias definitivas pronunciadas por las Salas del Tribunal de Cuentas en apelación o en única instancia en materia de responsabilidad contable con independencia de la cuantía del procedimiento en el que se hubieran dictado; y 2º) el recurso de casación que se prepare contra aquellas sentencias deberá ajustarse a las exigencias previstas en el actual artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin que haya de fundarse en los motivos previstos en el artículo 82.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

### **3.- RESOLUCIONES RECURRIBLES (art. 86). LAS RESOLUCIONES DE LOS JUZGADOS.**

**3.1.- Sentencias susceptibles de “extensión de efectos”. Delimitación del concepto. Remisión a los arts. 110 y 111 LJCA.**

El artículo 86.1, párrafo 2º, de la Ley Jurisdiccional establece que *“en el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos”*.

Acerca del inciso “susceptibles de extensión de efectos” apunta el **ATS 26/4/2017, RQ 177/2017**, que *“la alusión a la extensión de efectos no puede entenderse de otra manera que referida a la contemplada en los arts. 110 y 111 de la Ley de esta Jurisdicción. En lo que aquí concierne, el mencionado art. 110 LJCA establece la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación individualizada a favor de una o varias personas, si se ha dictado en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública o de unidad de mercado y si concurren las circunstancias enumeradas en el precepto. No se produce en este sentido innovación alguna; la reforma de la casación no altera conceptos presentes en la ley de la jurisdicción”*

**3.2.- Resoluciones de los Juzgados de lo contencioso-administrativo susceptibles de recurso de casación: no lo son las sentencias desestimatorias, porque una sentencia de signo desestimatorio no reconoce ninguna situación jurídica individualizada a la parte actora que sea susceptible de extensión de efectos; y, por esta razón, no se cumple el presupuesto de recurribilidad que exige el art. 86.1 in fine LJCA.**

También en relación con el inciso “susceptibles de extensión de efectos”, ha puntualizado el Tribunal Supremo que sólo entran dentro del ámbito del mismo las sentencias estimatorias de la pretensión del demandante, pues solo estas resultan susceptibles de ser extendidas. Así, el **ATS, 22/3/2017, RQ 143/2016**, señala que *“El nuevo artículo 86.1 LJCA establece -como pone de manifiesto el Juzgado y en lo que aquí interesa- que las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo serán recurribles en casación únicamente cuando concurren -de forma cumulativa- los dos presupuestos mencionados en el precepto: que la sentencia que se pretende impugnar contenga doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y que se trate de una resolución susceptibles de extensión de efectos. Esta previsión ha de ponerse, en efecto, en relación con el art. 89.2 que, al enumerar los requisitos que debe reunir el escrito de preparación del recurso, establece en primer lugar –en su apartado a)- la necesaria acreditación “[d]el cumplimiento de los requisitos reglados en orden al plazo, la legitimación y la recurribilidad de la resolución que se impugna”*.

*La alusión a la extensión de efectos no puede entenderse de otra manera que referida a la contemplada en los arts. 110 y 111 de la Ley de esta Jurisdicción. En lo que aquí concierne, el mencionado art. 110 LJCA establece la posibilidad de extender los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación individualizada a favor de una o varias personas, si se ha dictado en materia tributaria, de personal al servicio de la Administración pública o de unidad de mercado y si concurren las circunstancias enumeradas en el precepto. No se produce en este sentido innovación alguna; la reforma de la casación no altera conceptos presentes en la ley de la jurisdicción.*

*Atendiendo a la perspectiva desde la que ha sido formulado este recurso de queja, la cuestión estriba en determinar si la sentencia dictada por el Juzgado reúne las características que determinan su posible extensión de efectos, para verificar así si es susceptible de recurso de casación. Y no puede sino darse la razón al Juzgado de instancia puesto que la sentencia que se impugna es de signo desestimatorio y, por tanto, no reconoce ninguna situación jurídica individualizada a la Fundación recurrente —esto es, alguna titularidad básica (derecho subjetivo) o, al menos, subordinada adoptando, en su caso, cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma [artículos 31.2 y 71.1.b) LJCA]— que sea susceptible de extensión de efectos; y, por esta razón, no se cumple el presupuesto de recurribilidad que exige el art. 89. 2 a) LJCA en relación al ya citado art. 86. 1 in fine LJCA.”*

**3.3.- Si la resolución del Juzgado no es recurrible conforme al art. 86.1, huelga examinar el interés casacional de las cuestiones planteadas en el recurso de casación.**

Obvio es que si se determina que la sentencia dictada por un Juzgado de este Orden Jurisdiccional no es recurrible conforme a lo dispuesto en el artículo 86.1 LJCA, esa irrecurribilidad no podrá eludirse por mucho que se enfatice la importancia o interés casacional de las cuestiones en liza en dicho recurso. En palabras del **ATS de 15/2/2017, RQ 120/2016**, *“resulta evidente, contra lo pretendido por la actora, que la constatación del carácter recurrible (en casación) de la resolución que se impugna es el presupuesto básico que determina la accesibilidad al recurso. Esto es, no procede el análisis de los eventuales supuestos de interés casacional objetivo aducidos en el escrito de preparación si la resolución que se impugna no es susceptible del mismo o no se ha acreditado suficientemente este extremo conforme a los criterios establecidos en el art. 86 LJCA. En definitiva, la relación entre los arts. 86 y 88 de la Ley de esta Jurisdicción es secuencial y no autónoma o independiente: así, únicamente cuando se haya verificado que la resolución es susceptible de recurso y que este ha sido interpuesto en plazo y por persona legitimada, podrá verificarse el cumplimiento del resto de requisitos exigidos por el art. 89 LJCA al escrito de preparación del recurso, incumbiendo a esta Sala, en caso de tenerse por preparado el recurso en la instancia, la decisión sobre la concurrencia efectiva o no de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia a efectos la admisión o inadmisión del recurso (art. 88 y 90.2 LCA)”*.

**3.4.- Facultades del titular del Juzgado a la hora de valorar si el escrito de preparación cumple los requisitos de viabilidad y procede, consecuentemente, tenerlo por preparado. Improcedencia de que tal órgano se pronuncie sobre si, materialmente, concurre el interés casacional o sobre si la sentencia sienta una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.**

Anticipando cuestiones en las que infra se entrará con más profundidad y detalle, puede señalarse, al hilo de la exposición de la recurribilidad de las resoluciones de los Juzgados de este Orden Jurisdiccional, que no corresponde al Juzgador de instancia valorar, en la fase de preparación, si la

resolución impugnada es o no gravemente dañosa para los intereses generales, pues esa es labor que sólo compete al Tribunal Supremo. Lo argumenta así el **ATS 28/2/2017, RQ 40/2017**: “[...] preparado el escrito del recurso de casación, el órgano judicial a quo debe verificar (i) que la sentencia es susceptible de extensión de efectos, (ii) que se ha argumentado por el recurrente que dicha sentencia contiene doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y (iii) que el escrito de preparación reúne los requisitos a los que se refiere el artículo 89.2 LJCA. La primera de esas circunstancias (la posibilidad de extensión de efectos de la resolución recurrida) es objetiva: nuestra Ley Jurisdiccional determina en los artículos 110 y 111 qué sentencias son susceptibles de extensión de efectos, de suerte que el órgano judicial que ha dictado la resolución que pretende recurrirse en casación puede comprobar que la misma reúne los requisitos que aquellos preceptos determinan objetivamente; ello, obviamente, sin perjuicio del control que, sobre tal actuación, corresponde efectuar a esta Sala al adoptar la decisión que corresponda sobre la admisión (o no) del recurso. Cuestión distinta es la referida al segundo de aquellos requisitos que debe reunir la sentencia del órgano unipersonal (que siente una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales), respecto del cual las potestades del juzgado a quo deben ceñirse a determinar si el escrito de preparación del recurso de casación contiene un razonamiento específico encaminado a justificar la existencia de esa doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, pues la determinación de si, efectivamente, tal requisito concurre materialmente en el supuesto analizado es competencia que ha de reputarse reservada a esta Sección de Admisión.”

#### **4.- LIMITACIÓN DEL EXAMEN CASACIONAL A LAS CUESTIONES DE DERECHO.**

Dispone el art. 87 bis 1 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 93.3, el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho”. En relación con este precepto ha señalado la Sección de admisión de la Sala tercera del Tribunal Supremo lo siguiente:

##### **4.1.- La discusión sobre las cuestiones fácticas no tiene encaje posible en ningún supuesto de interés casacional.**

Es esta una regla general ligada a la naturaleza extraordinaria y a la función institucional del recurso de casación, que adquiere plasmación en resoluciones como, v.gr., el **ATS 10/4/2017, RC 227/2017**, donde leemos: “Es más, en términos generales, la sentencia recurrida pondera las circunstancias del caso, y concluye que las reuniones, y la correspondencia obrante en el expediente administrativo, evidencian el cartel existente desde enero/2006 hasta marzo/2011 en los que la recurrente, junto a otra asociación, fijaban los precios y condiciones comerciales o de servicios, en el reparto de mercado, y limitaban el sector de transporte terrestre de contenedores con origen o destino (final o escala) en el puerto de Barcelona, restringiendo la libre competencia. Elementos fácticos todos ellos, concurrentes al asunto del caso, valorados por la Sala a quo, cuyo reexamen no tiene encaje en ninguno de los apartados



*del artículo 88 LJCA ni en ningún otro, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho. “*

Esto es así incluso cuando la discusión sobre la apreciación de los hechos concurrentes intenta camuflarse bajo la apariencia de una discusión de carácter jurídico. En palabras del **ATS 8/3/2017, RC 242/2016**, *“siendo así, por más que la recurrente pretenda disfrazar la cuestión que suscita de ropajes jurídicos, en realidad se trata de una cuestión de prueba en la que el Tribunal de casación no puede adentrarse, pues conforme al artículo 87bis LJCA, apartado 1, el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo «se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho».* “

#### **4.2.- Sobre el acceso a la casación cuando se alega que la valoración probatoria efectuada en la instancia resulta ilógica, irracional o arbitraria, o contraria a las reglas de la sana crítica.**

Como es bien sabido, en el marco de la antigua regulación del recurso de casación, la jurisprudencia matizó que aun estando excluida del recurso de casación la valoración de la prueba, aun así, tal valoración podía ser cuestionada en casación en circunstancias que expresamente se calificaban de "excepcionales", entre las que destacaba la referida a los casos en que se denunciara que la valoración probatoria efectuada por el tribunal de instancia hubiera sido no ya equivocada, sino más aún, manifiestamente ilógica, irracional o arbitraria. Pues bien, el **ATS 19/6/2017, RQ 273/2017**, estudia hasta qué punto esa doctrina es o no aplicable al nuevo recurso de casación. Recuerda esta resolución, como premisa de su razonamiento, que son ajenas a la finalidad del recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas, carentes como tales de una dimensión hermenéutica del Ordenamiento que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos; *“como son, por principio, las impugnaciones circunscritas a la discusión sobre la apreciación por el órgano judicial de instancia de los hechos subyacentes en el pleito”*. Dicho esto, añade la Sala que *“si en el antiguo recurso de casación la discusión sobre la valoración de la prueba ya se admitía con carácter excepcional y restrictivo, mucho más excepcional y restrictiva ha de ser su admisión en la actual y novedosa regulación del recurso, que como hemos dejado expuesto centra su objetivo en la interpretación del Derecho y no en los asuntos o cuestiones con perfiles marcadamente casuísticos y circunstanciados, precisamente porque estos últimos carecen de la dimensión de interés casacional objetivo que es inherente al nuevo sistema casacional. Por ello han de quedar excluidas del actual recurso de casación la cuestiones en las que la parte manifiesta su discrepancia con el resultado valorativo de la prueba realizado por el tribunal a quo, del que deduce unos hechos con trascendencia jurídica en cumplimiento de las previsiones legales sobre la valoración de la prueba, cuando estas, como en el caso de la prueba pericial, le permitan un margen valorativo (conforme a las reglas de la “sana crítica”) que la parte pretende discutir alegando que el juicio valorativo ha sido ilógico o arbitrario, pues ello revela, en definitiva, una discrepancia con el resultado de dicha valoración sin plantear, en realidad, una infracción de la norma jurídica*

que establece los criterios de valoración que debe utilizar un tribunal al enjuiciar este tipo de pruebas”.

## **5.- EL “INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO PARA LA FORMACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA”, CLAVE DEL NUEVO RECURSO DE CASACION.**

Dispone el artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción que *“el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, 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”*. Esta regla, que como antes quedó apuntado se erige como la piedra angular del nuevo recurso de casación, ha sido ampliamente explicada y desarrollada por la Sección de admisión de la Sala tercera del Tribunal Supremo; pudiendo llamarse especialmente la atención sobre las siguientes notas:

### **5.1.- Relevancia del “interés casacional” en el trámite de admisión del recurso. Carga del recurrente en la articulación del escrito de preparación. Doctrina general.**

Argumenta con carácter general la Sala en **ATS 8/5/2017, RQ 257/2017**, que

*“En lo concerniente a la causa que fundamenta en este caso la denegación de la preparación del recurso, conviene recordar, como señalamos en el auto de 1 de febrero de 2017 (recurso de queja 98/2016) y hemos reiterado, entre otros, en el auto de quince de marzo de 2017 (recurso de queja 56/2017) que <<la reforma de la regulación del recurso de casación contencioso-administrativo supone un cambio trascendente al pivotar ahora el sistema sobre la existencia (o no) de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. El nuevo artículo 88 LJCA, en su segundo y tercer apartados, enumera los supuestos en los que podrá apreciarse (apartado 2) o se presume (apartado 3) la existencia de ese interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que justifica un pronunciamiento de la Sala Tercera de este Tribunal. En esta nueva lógica casacional, el escrito de preparación del recurso de casación ante el órgano judicial de instancia adquiere un papel esencial o decisivo como anuncio de las infracciones que se desarrollarán en el escrito de interposición del mismo y la justificación o argumentación de la concurrencia de ese interés casacional objetivo>>”*.

*Entre los diversos requisitos que el nuevo art. 89. 2 LJCA exige al escrito de preparación del recurso se encuentra, sin duda con especial relevancia por relacionarse directamente con el elemento que determina la admisibilidad del recurso -esto es, el interés objetivo casacional para la formación de jurisprudencia que se acaba de mencionar-, lo dispuesto en su apartado f) que establece la especial obligación de <<fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo>>, anudándose el incumplimiento de este requisito, según dispone el apartado 4 del artículo 89 LJCA, a la denegación*

*del emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo (en definitiva, a no tener por preparado el recurso de casación).*

*Lo que impone este precepto como carga procesal insoslayable del recurrente, tal como subrayamos en los citados autos de 1 de febrero y 15 de marzo, es que argumente (de forma expresa y autónoma) la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos del artículo 88. 2 y 3 LJCA que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala Tercera. Argumentación, además, que no cabe realizar de forma abstracta o desvinculada del caso concreto planteado, sino que debe proyectarse sobre él como se desprende de la expresión “con singular referencia al caso” que contiene el citado artículo 89.2. f) LJCA. Es decir, esa argumentación específica que exige la ley no se verá satisfecha con la mera alusión o cita a alguno(s) de los supuestos en que la Sala Tercera de este Tribunal podría apreciar ese interés objetivo casacional para la formación de jurisprudencia, sino que será preciso razonar por qué el caso concreto se inscribe o subsume en el supuesto o supuestos que se aducen.”*

**5.2.- Problemas de la justificación del interés casacional cuando se aducen infracciones *in procedendo*. La mera invocación de la existencia de vicios *in procedendo* con infracción de derechos fundamentales, en la resolución judicial que se impugna, no constituye *per se* un supuesto de interés objetivo casacional. Doctrina general.**

Una vez sentado que la admisibilidad del recurso de casación está ligada al interés casacional objetivo, esta regla resulta igualmente extensible a las llamadas “infracciones *in procedendo*” o infracciones de naturaleza formal/procedimental, cuya pertinencia y prosperabilidad en el nuevo recurso de casación se liga al planteamiento, a través de ellas, de una cuestión efectivamente dotada de tal interés, más allá de la dimensión puramente casuística o circunstanciada del pleito concernido en cada caso. Así se explica en el **ATS 4/5/2017, RQ 142/2016**:

*“En efecto, como hemos sostenido en otros asuntos, la mera invocación de la existencia de vicios *in procedendo* con infracción de derechos fundamentales en la resolución judicial que se impugna no constituye *per se* un supuesto de interés objetivo casacional. Así, en el auto de 21 de marzo de 2017 (recurso de queja 308/2016) pusimos de relieve que en esta nueva regulación del recurso de casación se ha sustituido un sistema de articulación de motivos autónomos de revisión por la invocación de infracciones sustantivas o procesales, que solo posibilitan la admisión a trámite cuando esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estima que, atendiendo a la infracción denunciada, el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Y de ahí concluimos que:*

*«Desde este planteamiento normativo, en principio la invocación de incongruencia puede no presentar interés casacional objetivo, en la medida que el incumplimiento de tales normas de regulación de las sentencias no repercuta en la aplicación o inaplicación de una norma o jurisprudencia, para la resolución de alguna de las cuestiones suscitadas en el proceso, cuya interpretación presente interés casacional objetivo, ello por limitarse la controversia a la resolución o no de una determinada pretensión o cuestión*

*planteada por la parte, que solo atañe al caso y al derecho subjetivo de la misma.»*

*Y ello es así, como pusimos de manifiesto en el auto de 1 de marzo de 2017 (recurso de queja 88/2016), por «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»; preceptos que 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, salvo en aquellos supuestos en los que el vicio in procedendo que se denuncia se refiera o se proyecte sobre una pretensión de fondo que presente dicho interés objetivo para la formación de la jurisprudencia y se invoquen como infringidos, por su inaplicación, los preceptos que la disciplinan.*

**5.3.- Interés casacional e infracciones “in procedendo”. Incongruencia omisiva. La denuncia del vicio *in procedendo* de incongruencia puede presentar interés casacional objetivo en la medida que dicha incongruencia haya repercutido en la aplicación o inaplicación de una norma o jurisprudencia, para la resolución de alguna de las cuestiones suscitadas en el proceso, sobre cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casacional objetivo.**

En el sentido que se acaba de exponer, la incongruencia puede erigirse como una llave adecuada para abrir la puerta al recurso de casación cuando a través de ella se pone de manifiesto una cuestión realmente dotada de interés casacional que pudo y debió haber sido examinada y resuelta por la Sala de instancia. Acudimos al **ATS de 21/3/2017, RC 308/2016:**

*“En una primera apreciación ha de partirse de la desaparición en esta nueva regulación del recurso de casación del sistema de articulación de motivos autónomos de revisión, que permitía examinar la admisibilidad de cada uno de ellos, sistema que se sustituye por la invocación de infracciones sustantivas o procesales, que solo posibilitan la admisión a trámite cuando esta Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo estima que, atendiendo a la infracción denunciada, el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. La admisibilidad del recurso no responde al solo reconocimiento del derecho del recurrente a la revisión de los pronunciamientos efectuados en la instancia, respecto de sus pretensiones, en razón de las infracciones denunciadas, sino que es preciso y solo podrá admitirse a trámite el recurso cuando el examen de tales infracciones presente ese interés casacional objetivo.*

*Desde este planteamiento normativo, en principio la invocación de incongruencia puede no presentar interés casacional objetivo, en la medida que el incumplimiento de tales normas de regulación de las sentencias no repercuta en la aplicación o inaplicación de una norma o jurisprudencia, para la resolución de alguna de las cuestiones suscitadas en el proceso, cuya interpretación presente interés casacional objetivo, ello por limitarse la*

*controversia a la resolución o no de una determinada pretensión o cuestión planteada por la parte, que solo atañe al caso y al derecho subjetivo de la misma.*

*Sin embargo, la infracción procesal denunciada trasciende al caso cuando repercute en la aplicación (incongruencia omisiva o por error) de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casación objetivo, en cuyo caso habrá de examinarse tal invocación para determinar la admisibilidad del recurso”.*

#### **5.4.- Interés casacional e infracciones “in procedendo”. Incongruencia omisiva “manifiesta”. Necesidad de seguir el trámite de los artículos 267.5 LOPJ y 215 LEC antes de promover el recurso de casación.**

La problemática prosperabilidad casacional de los llamados vicios “in procedendo” ha llevado a dar mayor realce y significación al llamado complemento de sentencias, regulado en los artículos referidos de la LOPJ y la LEC. En este sentido, dice el **ATS 1/3/2017, RC 88/2016**:

*“**TERCERO.**- 1. El artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 2 de julio) [«LOPJ»], una vez afirmado que los tribunales no pueden variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, salvo para aclarar conceptos oscuros y rectificar errores materiales (apartados 1 a 4), dispone en el apartado 5 que, cuando las sentencias y autos omitan «manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla». El apartado 6 añade que «[s]i el tribunal advirtiese en las sentencia y autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado». Esta disciplina se reitera en el artículo 215 LEC, apartados 2 y 3, de aplicación supletoria al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (disposición final 1ª LJCA y artículo 4 LEC).*

*2. Rectamente entendidas las anteriores normas permiten concluir que el legislador ha previsto un trámite específico para subsanar la incongruencia ex silentio, esto es, aquellas taras consistentes en dejar imprejujada una pretensión o sin respuesta los argumentos centrales que la sustentan. La interpretación de los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, en relación con los artículos 31 y 33.1 LJCA, autoriza a entender que, tratándose del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los dos primeros contemplan tanto la falta de respuesta a una pretensión (bien la anulación o declaración de nulidad del acto o de la disposición impugnada –o su confirmación-, bien el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o la adopción de medidas adecuadas para su restablecimiento) como a los motivos que la fundamentan, siempre que la omisión sea manifiesta.*

**3.** Por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 89.2.c) LJCA, cuando, como ocurre en este caso, el recurrente se queje en casación de la incongruencia omisiva de la sentencia que combate, haciendo pivotar sobre tal silencio jurisdiccional su pretensión ante el Tribunal Supremo, resulta legítimo exigirle que antes acredite, como presupuesto de procedibilidad, haber instado sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC.

**4.** Ciertamente, bajo la disciplina del recurso de casación contencioso-administrativo anterior a la reforma operada por la disposición final 3ª de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE de 22 de julio), y en el marco del motivo de casación previsto en el antiguo artículo 88.1.c) LJCA, este Tribunal Supremo no ha exigido que, con arreglo al apartado 2 del mismo precepto, para abordar el análisis de la incongruencia omisiva que pudiera aquejar a la sentencia impugnada con carácter previo se hubiera intentado la subsanación del defecto por aquel cauce. Pero nada impide que, situados bajo la nueva regulación del recurso de casación, esta Sala considere que antes de interponerlo denunciando la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada el recurrente ha de intentar la reparación del defecto promoviendo el incidente contemplado en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC. Las razones son las siguientes:

**4.1.** El incidente en cuestión ha sido diseñado por el legislador para, mediante un trámite contradictorio instado por quien se considere perjudicado por el silencio y con audiencia de todos los intervinientes, integrar las sentencias que no hayan dado respuesta a una pretensión o a uno de los motivos que la sustenten. Va de suyo que, con arreglo a los términos del precepto, esa integración puede traer como consecuencia cualquier cambio en su contenido, incluido el sentido en el fallo. No puede entenderse de otra manera si se tiene en cuenta que la norma ordena, en su caso, completar la resolución con el pronunciamiento omitido. No sería lógico permitir que se abra un trámite para obtener respuesta sobre aquello a lo que no se contestó, que luego carece de incidencia en la situación jurídica de quien insta el complemento. Los artículos 267.6 LOPJ y 215.3 LEC corroboran esta interpretación cuando expresamente indican que si la integración o complemento se lleva a cabo de plano y de oficio, el resultado no puede modificar ni rectificar lo que ya hubiere sido acordado, de donde se colige que sí cabría hacerlo si la integración o complemento se realiza a instancia de parte.

**4.2.** Exigir, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 89.2.c) LJCA, a los recurrentes en casación que denuncien incongruencias omisivas que, antes de instar el recurso, pidan por el trámite de los indicados preceptos que se subsane la falta no supone añadir un obstáculo formal más, desproporcionado, para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos. Muy al contrario, redundaría en una mayor y efectiva protección de los mismos, porque se les brinda la oportunidad de que la Sala autora de la sentencia “incompleta” la integre si realmente se ha producido el incongruente silencio en relación con una pretensión o una causa de pedir, sin necesidad de afrontar los costes económicos y temporales inherentes a un recurso de casación.

**4.3.** Aún más, se le ahorra un recorrido procesal que puede resultar desalentador y tortuoso. Desalentador 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, salvo en aquellos supuestos en los que la omisión se refiera precisamente a una pretensión de fondo que presente dicho interés objetivo para la formación de la jurisprudencia y se invoquen como infringidos, por su inaplicación, los preceptos que la disciplinan.*

**4.4.** *Tortuoso porque, estando desde el planteamiento del recurrente, implicado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para que se le abran las puertas del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y entender agotada la vía judicial previa, se verá obligado a promover el recurso de casación y un posterior incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 LOPJ, que puede ser evitado en los casos manifiestos por el propio órgano judicial autor de la resolución que se reputa incongruente, remediando la omisión a través del incidente previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC.*

**4.5.** *Por todo ello, esta Sala estima que exigir, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, que frente a situaciones de incongruencia omisiva los recurrentes en casación antes de promover el recurso intenten la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, refuerza los derechos procesales de los litigantes y redundante en una mayor agilidad y eficacia del trámite procesal de admisión de los recursos de casación preparados”*

## **6.- LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL DEL ARTÍCULO 88.2 LJCA**

**6.1.- carácter de numerus apertus del listado del artículo 88.2 LJCA. El carácter no exhaustivo del listado de supuestos de interés objetivo casacional contemplado en el artículo 88 LJCA no permite, sin embargo, la mera invocación de “otros supuestos” o “circunstancias” sin mayor argumentación. Cuando se invoca un interés casacional no contemplado en este precepto resulta exigible a quien así lo hace una cuidada y rigurosa justificación del interés casacional que esgrime.**

El art. 88.2 LJCA establece que “*el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna [.....]*”. El Tribunal Supremo ha señalado, en relación con la expresión “entre otras”, que el listado o enumeración de supuestos de interés casacional que incluye este precepto es enunciativo y no exhaustivo, por lo que no puede descartarse que el recurso se plantee legítimamente con amparo en escenarios de interés casacional distintos de los expresamente contemplados en el artículo, si bien tal posibilidad se condiciona a la plasmación de un

razonamiento detallado que la sostenga. Dice, en efecto, el **ATS 15/3/2017, recurso nº 93/2017**:

*“6.1. El carácter abierto de la enumeración de circunstancias [«entre otras»] que permiten apreciar la presencia de interés casacional objetivo para la formación jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.2 LJCA, conduce a entender que a este Tribunal Supremo puede reputar existente el interés casacional objetivo del recurso preparado con sustento en otras circunstancias distintas, no contempladas en ese artículo 88.2 LJCA, ni tampoco incluidas en el artículo 88.3 LJCA, y, por ende, que el recurrente también podrá invocarlas para justificar el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado.*

*6.2. La excepcionalidad de la invocación de estas otras circunstancias de interés casacional en la configuración legal del recurso de casación, repárese en que el artículo 89.2.f) LJCA ni las menciona, puesta en relación con el deber especial que dicho precepto impone al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, exige del recurrente que en el escrito de preparación justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del artículo 88 LJCA.*

#### **6.2.- El supuesto de interés casacional del art. 88.2.a) LJCA. Pronunciamientos jurisdiccionales contradictorios.**

El art. 88.2.a) dispone que *“el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna: a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido”*.

Es este uno de los supuestos de interés casacional más frecuentemente empleados por los recurrentes al articular su impugnación, por lo que resulta de especial interés conocer lo que ha dicho la Sala sobre el mismo.

#### **6.2.1.- No nos hallamos ante una mera reformulación del antiguo recurso de casación para unificación de doctrina, por lo que no son exigibles las clásicas “identidades” de aquel recurso.**

Así lo expresa el **ATS de 7/2/2017, RC 161/2016**: *“el artículo 88.2.a) LJCA no opera sólo en presencia de una rigurosa identidad de hechos, sino también cuando se aprecia la existencia de disparidades o contradicciones insalvables entre las sentencias sometidas a contraste, en cuanto concierne a la interpretación de las mismas normas y en relación con un problema de interpretación y aplicación sustancialmente coincidente.”*

#### **6.2.2.- No cabe descartar la posibilidad de invocar fructuosamente, a efectos de contraste, sentencias de la propia Sala tercera del Tribunal**



**Supremo que se hayan pronunciado sobre el tema litigioso, cuando se aprecie la conveniencia de reafirmar, reforzar o completar aquel criterio, o, en su caso, cambiarlo o corregirlo.**

Como hemos visto, el artículo 88.2.a) dice que puede haber interés casacional cuando la doctrina sentada en la resolución impugnada contradice la expuesta por “otros órganos jurisdiccionales”.

Se ha planteado si en esta expresión tiene encaje la doctrina de la misma Sala tercera del Tribunal Supremo, lo que en principio parece tener una respuesta negativa, en la medida que si la cuestión litigiosa ya está esclarecida y resuelta por la jurisprudencia, no habría en puridad interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, como dice el artículo 88.1. En tales supuestos Como dice el **ATS 3/5/2017, 189/2017**, la regla general es que *“si la jurisprudencia está formada, el interés casacional objetivo del recurso preparado existiría únicamente si fuera necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en esa jurisprudencia”*.

Como puntualización a lo que se acaba de decir, la Sección de admisión de la Sala Tercera no ha dejado de admitir, en atención a las circunstancias de cada caso, recursos en los que la doctrina de contraste estaba fijada en sentencias del propio Tribunal Supremo, cuando se ha entendido que la admisión es procedente no sólo desde la perspectiva de reafirmar, reforzar, completar, ampliar o matizar esa doctrina, sino también, en su caso, de corregirla.

Así, el **ATS 16/5/2017, RC 685/2017** apunta, en un caso en el que ya existe una sentencia del Tribunal Supremo sobre el tema litigioso, que *“la existencia de una única sentencia de este Tribunal hace aconsejable –para formar jurisprudencia mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil- que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo en los términos –en ambos supuestos- que la Sección de Enjuiciamiento tenga por conveniente”*. En la misma línea que este auto que se acaba de anotar, el **ATS 6/6/2017, RC 1137/2017**, acuerda la admisión del recurso aun existiendo ya una sentencia de la Sala sobre un caso sustancialmente igual, atendiendo a *“las muy acertadas razones que expone el escrito de preparación para defender que en el caso enjuiciado concurren los supuestos de interés casacional previstos en las letras b) y c) del artículo 88.2 de la LJCA. También, porque dicho escrito es de fecha anterior a la citada sentencia de esta Sala. Y, en fin, por ser aconsejable, en una situación como la que describe ese escrito, y para formar jurisprudencia mediante la doctrina reiterada a la que se refiere el artículo 1.6 del Código Civil, que la Sala se pronuncie para reafirmar, reforzar o completar aquel criterio o, en su caso, para cambiarlo o corregirlo en los términos -en ambos supuestos- que la Sección de Enjuiciamiento tenga por conveniente”*. En fin, puede citarse también, en la misma línea de admisión de recursos en los que se invoca a efectos de contraste la doctrina jurisprudencial de la Sala tercera del Tribunal Supremo, el **ATS 22/2/2017, RC 170/2016**.

**6.2.3.- Cuando se denuncia la existencia de una doctrina contradictoria emanada de otros órganos jurisdiccionales, no puede excluirse como improcedente la invocación de la jurisprudencia recaída en otros órdenes jurisdiccionales, concretamente la procedente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo.**

Lo explica de forma pedagógica el **ATS 19/6/2017, RQ 346/2017**:

*“Hemos de empezar por destacar que ya en el marco del antiguo recurso de casación contencioso-administrativo (regulado por la LJCA en su redacción anterior a la L.O. 7/2015) no era inhabitual la invocación y el manejo de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en pleitos concernientes a materias regidas en alguna medida por normas civiles o mercantiles, (como es el caso, por ejemplo, de la contratación, los bienes públicos, la responsabilidad de los órganos de gobierno de las personas jurídicas o la responsabilidad patrimonial) en los que la jurisprudencia de dicha Sala resulte trasladable al ámbito contencioso-administrativo. Simplemente a título de muestra, podemos citar, en este sentido, sentencias como las de 30 de abril de 2013 (recurso nº 5927/2011), 30 de mayo de 2014 (recurso nº 2765/2012), 20 de abril de 2015 (recurso nº 4540/2012), 9 de febrero de 2016 (recurso nº 3429/2014), 24 de enero de 2017 (recurso nº 3034/2015), y 1 de marzo de 2017 (recurso nº 100/2015). Pues bien, esta posibilidad no se ha visto cercenada por la nueva regulación del recurso de casación. No hay razón alguna para que en este nuevo marco legal las cosas tengan que ser de otra manera.*

*De hecho, la Ley de la Jurisdicción, en su nueva regulación dada por la L.O. 7/2015, se sitúa en esta misma posibilidad. Así, en el artículo 88.2.a), que establece como supuesto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que la resolución impugnada <<fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido>>. Este precepto no puede ser interpretado en el sentido reduccionista de que por tales órganos jurisdiccionales sólo pueden entenderse los incardinados en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, pues aun siendo esta la regla general no es posible descartar, a priori, la invocación de una jurisprudencia civil con una clara incidencia en la decisión de las cuestiones planteadas en el seno del proceso contencioso-administrativo”.*

**6.2.4.- Carga del recurrente en relación con la alegación de este supuesto: citar con precisión las sentencias de contraste, y argumentar de forma circunstanciada tanto la sustancial igualdad de las cuestiones resueltas en las resoluciones judiciales contrastadas como el carácter divergente e incompatible de la solución dada a unos y otros casos.**

El mismo **ATS 7/2/2017, RC 161/2016**, expone que “cuando la parte recurrente fundamenta el interés casacional de su impugnación en el artículo 88.2.a), le es exigible razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante un problema coincidente de

*interpretación del Ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia impugnada ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste, lo cual, a sensu contrario, implica que si la parte recurrente se limita a verter la afirmación de que la sentencia impugnada entra en contradicción con la de contraste, sin argumentar cumplidamente tal aseveración, no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el artículo 89.2.f] LJCA)”.*

En similares términos, leemos en el **ATS 8/3/2017, RC 40/2017:**

*“Con arreglo al artículo 88.2.a) LJCA, el Tribunal Supremo puede apreciar que existe interés casacional objetivo si la sentencia recurrida fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas del Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamente el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.*

*El juego combinado de este último precepto con el artículo 89.2.d) LJCA exige de quien pretende recurrir en casación, al menos: (i) la cita precisa y detallada, que habilite sin mayor esfuerzo su identificación y localización, de las sentencias firmes de otros órganos jurisdiccionales eventualmente contradictorias con la recurrida; (ii) el análisis que permita constatar la “sustancial igualdad” de las cuestiones resueltas en unas y otra, en el bien entendido de que la “cuestión” cuya igualdad se predica viene determinada tanto por la norma aplicada como por la realidad a la que se aplica; y (iii) la expresión de que las sentencias confrontadas optan por tesis hermenéuticas divergentes, contradictorias e incompatibles. Por lo tanto, si la parte recurrente se limita a afirmar que la sentencia impugnada contradice las de contraste, sin argumentar cumplidamente tal aseveración, no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el artículo 89.2.f) LJCA”*

**6.2.5.- A la hora de invocar el supuesto del art. 88.2.a), no resulta útil someter a contraste diversas resoluciones judiciales cuando la solución distinta dada a uno y otro caso está ligada al examen casuístico de las circunstancias concurrentes en cada pleito.**

El contraste entre las sentencias que se comparan debe ir referido a las cuestiones jurídicas suscitadas en los pleitos concernidos, lo cual implica un cierto grado de objetivación, por encima de las facetas puramente casuísticas de los mismos. Acudimos, para entender este aserto, al **ATS 8/3/2017, RQ 126/2016:**

*“Tiene razón el tribunal de instancia cuando afirma que no existe en su escrito de preparación un mínimo razonamiento que justifique el interés casacional invocado, pues no basta con citar dos sentencias que versan sobre la denegación de nacionalidad por residencia para sustentar la contradicción ante supuestos sustancialmente iguales ni para invocar que puede afectar a un gran número de situaciones. Para ello, el recurrente tendría que haber argumentado, con singular referencia a las circunstancias concretas del caso enjuiciado, la existencia de pronunciamientos, en supuestos sustancialmente iguales, en los que se contuviese una interpretación del derecho contradictoria (no basta que los pronunciamientos alcancen soluciones diferentes), situación que, por otra*

*parte, resulta complicada cuando la solución alcanzada respecto del grado de integración depende de las circunstancias concretas de cada recurrente y de las carencias apreciadas en cada uno de ellos. No basta para entender cumplida esta carga, que recaee sobre el escrito de preparación, con la cita dos sentencias (con circunstancias fácticas diversas) para entender justificada mínimamente esa discordancia y, desde luego, no basta con afirmar que la doctrina sentada puede afectar a un gran número de casos similares, sin incluir cualquier otra consideración que avale esta afirmación. Máxime cuando las sentencias que contraponen analizan las circunstancias concurrentes en cada uno de esos recursos, sin que la problemática enjuiciada en cada una de ellas resulte coincidente, por lo que no puede sostenerse, a la vista de su propia argumentación, que nos encontrásemos ante supuestos sustancialmente iguales ni que la doctrina sentada pueda entenderse contradictoria. Pero es que, además, tal y como razona el tribunal de instancia, el recurrente no razona mínimamente la relación de tales casos con el supuesto analizado en la sentencia de instancia, para concluir afirmando que el interés casacional se encuentra en la falta de motivación de la sentencia que le ha generado indefensión. No existe, por tanto, una específica fundamentación que con singular referencia al caso y la doctrina que se fija en la sentencia de instancia justifique mínimamente el interés casacional invocado, por lo que debe concluirse, confirmando el criterio del tribunal de instancia, que es acertada la decisión de no tener por preparado el recurso de casación.*

### **6.3.- El supuesto de interés casacional del art. 88.2.b). Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.**

Nos referimos ahora al supuesto de interés casacional del art. 88.2.b), que establece que el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna ... “b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales”.

#### **6.3.1.- El interés casacional viene dado cuando la “doctrina” sentada, que no la cuantía debatida, es gravemente dañosa para los intereses generales.**

Así lo afirma, literalmente, el **ATS 25/1/2017, RC 15/2016**.

#### **6.3.2.- Requisitos para la apreciación de este supuesto; explicitar las razones por las que puede producirse ese daño, y vincular ese daño con la realidad a la que aplica su doctrina la resolución judicial impugnada.**

El **ATS 29/3/2017, RC 302/2016**, explica los requisitos para la adecuada invocación de este supuesto de interés casacional, que es también uno de los más frecuentemente utilizados por los recurrentes:

*“En lo que respecta a la circunstancia de interés casacional del artículo 88.2.b) LJCA, la satisfacción de la carga especial que pecha sobre el recurrente de fundamentar, con singular referencia al caso, que concurre interés casacional*

*objetivo para la formación de la jurisprudencia, ex artículo 89.2.f) LJCA, obliga a que en el escrito de preparación: (i) se expliciten, de manera sucinta pero expresiva, las razones por las que la doctrina que contiene la sentencia discutida pueda resultar gravemente dañosa para los intereses generales, (ii) vinculando el perjuicio a tales intereses con la realidad a la que la sentencia aplica su doctrina, (iii) sin que baste al respecto la mera afirmación apodíctica de que el criterio de la sentencia los lesiona”.*

#### **6.4.- El supuesto de interés casacional del art. 88.2.c). Afección a gran número de situaciones**

Se regula este supuesto en el artículo 88.2.c), a cuyo tenor *“el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando, entre otras circunstancias, la resolución que se impugna: [...] c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso”.*

##### **6.4.1.- Requisitos de este supuesto y carga de la parte recurrente a la hora de su invocación.**

Con carácter general, y siguiendo el **ATS de 8/3/2017, RC 40/2017**, podemos sistematizar los siguientes requisitos para la válida invocación de este supuesto:

*“La afección de un gran número de situaciones por la sentencia que se combate, puesta en relación con el deber especial que incumbe al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia [artículo 89.2.f) LJCA], pide del recurrente que, salvo en los supuestos notorios, en el escrito de preparación (i) haga explícita esa afección, exteriorizando en un sucinto pero ineludible análisis la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos, (ii) sin que sean suficientes las meras referencias genéricas y abstractas, que presupongan sin más tal afección, (iii) ni tampoco baste la afirmación de que se produce por tratarse de la interpretación de una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de su naturaleza intrínseca”*

##### **6.4.2.- Para apreciar la presencia de este supuesto se debe atender de forma prioritaria a la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la sentencia recurrida.**

Por su misma naturaleza y significación, este supuesto de interés casacional difícilmente puede ser apreciado respecto de cuestiones litigiosas puntuales o casuísticas. El **ATS 1/2/2017, RC 31/2016**, indica que *“para apreciar la presencia de esta circunstancia de interés casacional se debe atender de forma prioritaria a la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la sentencia recurrida, que en el caso de autos ni resulta diáfana ni se concreta, más allá de los cuarenta y ocho recursos presentados por la misma entidad recurrente –*

*según informa- y del nítido interés subjetivo de ésta que su existencia pone de manifiesto”.*

#### **6.5.- El supuesto de interés casacional del artículo 88.2.e). Requisitos para su apreciación.**

El supuesto de interés casacional contemplado en este apartado se refiere a que la sentencia impugnada *“interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional”.*

Sobre el mismo declara el **ATS 31/5/2017, RQ 191/2017**, que *“de la misma manera que hemos manifestado, en relación con la invocación del supuesto previsto en el artículo 88.2.a) LJCA, que no basta la mera cita de sentencias contradictorias con el fallo de la resolución que se impugna, sino que es necesario argumentar por qué se trata de supuestos iguales y en qué forma se ha adoptado un criterio diferente —por todos, auto de 8 de marzo de 2017 (recurso de queja 126/2016)—, la invocación del supuesto previsto en el artículo 88.2.e) LJCA requiere de una argumentación centrada en cómo y de qué manera la sentencia que se impugna ha interpretado y aplicado con aparentemente error la doctrina constitucional; y en este sentido no resulta suficiente la manifestación de una mera discrepancia jurídica con el fallo de la resolución que se impugna”.*

#### **6.6.- El supuesto de interés casacional del artículo 88.2.g). Relación con la presunción del artículo 88.3.c).**

El artículo 88.2.g) configura el supuesto de interés casacional consistente en que la resolución que se impugna *“resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general”*, mientras que el artículo 88.3.c) presume dicho interés cuando *“la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente”*. El **ATS 3/5/2017, RC 189/2017**, indica que la relación entre ambos preceptos es de especificidad, en el sentido de que la regla del artículo 88.3.c) es más específica que la del 88.2.g).

#### **6.7.- El supuesto de interés casacional del artículo 88.2.h). El hecho de que la sentencia haya recaído en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales constituye un indicio sobre su posible interés casacional, pero no convierte dicha sentencia en susceptible de casación de forma automática.**

EL **ATS 15/3/2017, RQ 110/2017**, razona en relación con el supuesto de interés casacional recogido en el artículo 88.2.i) que *“la parte recurrente se limita a señalar que la sentencia recurrida, dictada en apelación, trae causa de un procedimiento de protección de los derechos fundamentales, sin sostener ninguna razón que, por singular referencia al caso de autos, permita tener por justificada la concurrencia de interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de esta Sala, en los términos exigidos por el artículo 89.2.f) de la LJCA. El hecho de que la sentencia haya recaído en un procedimiento especial de protección de derechos fundamentales constituye un indicio sobre*

*su posible interés casacional, pero no convierte dicha sentencia en susceptible de casación de forma automática, ya que pesa sobre la recurrente la carga de justificar este extremo mediante una referencia circunstanciada al caso controvertido y al concreto derecho fundamental afectado”.*

## **7.- LAS PRESUNCIONES DE INTERÉS CASACIONAL DEL ART. 88.3.**

**7.1.- Con carácter general, no basta con anotar sin más la concurrencia de un supuesto de presunción de los establecidos en este apartado, sino que además ha de justificarse la concurrencia del interés casacional objetivo.**

*Leemos en el ATS de 8/3/2017, RC 75/2017: “el hecho de que concurra un supuesto de presunción de interés casacional no conlleva, de forma automática, que se deba admitir el recurso de casación, como parece dar a entender el Ayuntamiento recurrente, siendo preciso, así mismo, que la parte recurrente cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 89.2 LJCA, exigiéndose, por tanto, que la parte recurrente fundamente, con especial referencia al caso, por qué considera que en ese supuesto concreto existe interés casacional objetivo, que exija un pronunciamiento por parte de este Tribunal Supremo”.*

**7.2.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.a). Inexistencia de jurisprudencia.**

EL Art. 88.3.a) establece que *“se presumirá que existe interés casacional objetivo: a) cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia”.* Esta presunción, habitualmente invocada por los recurrentes en casación, presenta al nivel de su redacción numerosas dudas hermenéuticas que han sido solventadas en su mayor parte por la jurisprudencia de la Sección de admisión de la Sala tercera del Tribunal Supremo

**7.2.1.- La mera invocación del artículo 88.3.a) LJCA no resulta suficiente para integrar su contenido y dar así acceso al recurso de casación contencioso-administrativo, requiriéndose una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la resolución correspondiente adopte la forma jurídica de auto. En este supuesto no cabe incluir la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo.**

Que esto es así se razona en el **ATS 9/2/2017, RC 131/2016**, en los siguientes términos:

*“la mera invocación del precepto no resulta suficiente para integrar su contenido y dar así acceso al recurso de casación contencioso-administrativo ante esta Sala, requiriéndose una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la*

*resolución correspondiente adopte la forma jurídica de auto [...] El recurrente no aclara en qué particular dicha jurisprudencia es inexistente, sin que pueda pretenderse en el contexto de un recurso de casación con vocación nomofiláctica y de generación de jurisprudencia uniforme que en este supuesto quepa incluir la inexistencia de una resolución específica que resuelva un supuesto singular idéntico en sus aspectos fácticos al que se recurra en cada momento ante el Tribunal Supremo”*

**7.2.2.- Para que opere la presunción, no basta con argumentar que el precepto cuya infracción se denuncia carece, objetivamente, de jurisprudencia que lo interprete, sino que además ha de razonarse la existencia de interés casacional en la impugnación formulada, tal como esta se plantea.**

*El ATS 8/5/2017, RC 1439/2017, puntualiza que “el hecho objetivo de que la norma cuya infracción se denuncia carece de jurisprudencia que la haya interpretado y aplicado, por tratarse de una norma de reciente aprobación, no implica que solo por tal circunstancia el recurso de casación merece ser admitido. Al contrario, en todo caso habrá que dar el paso añadido de justificar de forma convincente que el problema interpretativo concretamente planteado en relación con esa norma huérfana de doctrina jurisprudencial, puesto en relación con las circunstancias del caso, ostenta el “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia” al que se refiere el apartado 1º del artículo 88, como pórtico de los supuestos que dicho precepto enuncia a continuación; y eso no ocurre en el presente caso”.*

**7.2.3.- Concurre este supuesto no sólo cuando no existe jurisprudencia en absoluto, sino también cuando habiendo jurisprudencia, resulte necesario matizarla, precisarla o concretarla para realidades distintas de las ya contempladas por la doctrina jurisprudencial.**

Leemos en el **ATS 15/3/2017, RC 93/2017**, lo siguiente:

*“SEGUNDO.- [...] 7. El artículo 88.3.a) LJCA presume que existe interés casacional objetivo cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.*

*8. La «inexistencia de jurisprudencia» a que se refiere ese artículo no ha de entenderse en términos absolutos, sino relativos, por lo que cabe hablar de la misma, estando llamado el Tribunal Supremo a intervenir, no sólo cuando no haya en absoluto pronunciamiento interpretativo de la norma en cuestión, sino también cuando, habiéndolo, sea necesario matizarlo, precisarlo o concretarlo para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en la jurisprudencia.*

*9.1. Para cumplir la exigencia del artículo 89.2.f) LJCA, el recurrente deberá dejar expresa constancia en el escrito de preparación de alguna de tales circunstancias, determinando con precisión la cuestión jurídica sobre la que no existe jurisprudencia en absoluto, o*



sobre la que la jurisprudencia existente necesita ser matizada, precisada o concretada.

9.2. Pero no basta para que concurra la presunción con razonar que sobre el particular supuesto examinado en la resolución recurrida no existe jurisprudencia, porque la formación de jurisprudencia obedece necesariamente a parámetros más generales y a la interpretación de las normas jurídicas para su común aplicación [véase el auto de 25 de enero de 2017 (RCA 15/2016; ES:TS:2017:274A)]. De ahí la necesidad de justificar siempre en el escrito de preparación la conveniencia de que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre la cuestión planteada.”

### **7.3.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.b). apartamiento deliberado de la jurisprudencia.**

Dispone el art. 88.3.b) que se presumirá que existe interés casacional objetivo “cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea”.

**7.3.1.- Para que opere esta presunción es necesario que el apartamiento lo sea de la jurisprudencia propiamente dicha, que es únicamente la del Tribunal Supremo, y que además se trate de un apartamiento deliberado, esto es, consciente y reflexivo.**

Esta aseveración se razona y justifica, entre otros, en el **ATS 10/4/2017, RC 91/2017**:

“tiene razón el Abogado del Estado cuando sostiene que no concurre el supuesto previsto en el apartado b) del artículo 88.3 LJCA (“cuando la resolución impugnada se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea”). En primer lugar porque, tal y como señala el Abogado del Estado, la presunción opera tan solo cuando el apartamiento deliberado lo sea en relación con la “jurisprudencia existente” sin que como tal puede tener la existencia de una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia. En segundo lugar, porque para que opere la presunción el legislador requiere que el “apartamiento sea deliberado” y además que la razón estribe en considerar “errónea” la jurisprudencia y, tal y como hemos señalado en el ATS de 8 de marzo de 2017 (rec. 40/2017) ello exige que la “[...] separación ha de ser, por tanto, voluntaria, intencionada y hecha a propósito porque el juez de la instancia considera equivocada la jurisprudencia. Con ello quiere decirse que en la sentencia impugnada tiene que hacerse explícito el rechazo de la jurisprudencia por la indicada causa. No basta, por tanto, con una mera inaplicación de la jurisprudencia por el órgano de instancia, sino que se exige que (i) haga mención expresa a la misma, (ii) señale que la conoce y la valore jurídicamente, y (iii) se aparte de ella por entender que no es correcta [vid. auto de 15 de febrero de 2017 (recurso de queja 9/2017, FJ 3º)]”. Sin que en el supuesto que nos ocupa se identifique cual sería esa jurisprudencia de la que se aparta deliberadamente ni, por supuesto, existe un pronunciamiento en la sentencia de instancia en la que se aparta de la misma por considerar la

*jurisprudencia errónea, por lo que no concurre este pretendido interés casacional”.*

En el mismo sentido, señala el **ATS 24/4/2017, RC 611/2017**, que *“lo cierto es que, tal y como hemos afirmado en los ATS de 15 de febrero de 2017 (recurso de queja 9/2017, FJ 3º)] y 8 de marzo de 2017 (rec. 40/2017), no concurre el presupuesto exigido por el art. 88.3. b) de la LJ por cuanto no se desprende que se haya producido una separación “... voluntaria, intencionada y hecha a propósito porque el juez de la instancia considera equivocada la jurisprudencia”, sin que baste, por tanto, con una mera inaplicación o eventual contradicción con la jurisprudencia por el órgano de instancia, sino que se exige que haga mención expresa a la misma, señale que la conoce y la valore jurídicamente, y se aparte de ella por entender que no es correcta”.*

**7.3.2.- La mera afirmación, por el recurrente en casación, de que la Sala de instancia omite toda referencia a la jurisprudencia citada en el escrito de demanda resulta a todas luces insuficiente para considerar que rechaza expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo por considerarla errónea.**

Así se dice en el **ATS 8/3/2017, RC 40/2017**.

**7.4.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.c). Declaración de nulidad de un reglamento.**

Pasamos a examinar la doctrina jurisprudencial sobre el art. 88.3.c), a cuyo tenor se presumirá que existe interés casacional objetivo: *“c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente”.*

**7.4.1.- Improcedencia de invocar la presunción de interés casacional objetivo en los supuestos de anulación parcial de la disposición impugnada, cuando lo controvertido en casación es la parte de la disposición que no resulta anulada en la instancia.**

Esta aseveración se contiene en el **ATS 28/4/2017, RC 433/2017**:

*“Habida cuenta que la entidad recurrente en casación actuó también en tal condición en la instancia, en esta sede dicha entidad no puede combatir el pronunciamiento emitido por la Sala de instancia sino en la parte del mismo que le resultó adverso -esto es, en la parte de dicho pronunciamiento en que sus pretensiones resultaron desestimadas-. Siendo así, en casación a dicha entidad no le es dable invocar la presunción de interés casacional objetivo establecida por el artículo 88.3 c) LJCA, en tanto que previsto, sí, para los supuestos en que la sentencia declara nula una disposición general; pero para cuando lo que se cuestiona es la propia declaración de nulidad (total o parcial) de dicha disposición. No cuando, en los supuestos de anulación parcial de una disposición general acordada en la instancia, la controversia suscitada en casación se sitúa en cambio en la parte de dicha disposición que no es declarada nula, que es lo que acontece en el supuesto de autos.*

*Es por lo que concluimos en definitiva que la entidad recurrente no puede ampararse en este caso en el art. 88 3 c) LJCA y tratar de hacer valer la concurrencia de la presunción de interés casacional objetivo establecida en dicho precepto”.*

**7.4.2.- También cuando se invoca esta presunción subsiste la carga que pesa sobre la parte recurrente de justificar el interés casacional ex art. 89.2.f) LJCA.**

Así se dice en el **ATS 8/3/2017, RQ 75/2017**, que apunta lo siguiente, en relación con la presunción que nos ocupa: *“el hecho de que concurra un supuesto de presunción de interés casacional no conlleva, de forma automática, que se deba admitir el recurso de casación, como parece dar a entender el Ayuntamiento recurrente, siendo preciso, así mismo, que la parte recurrente cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 89.2 LJCA, exigiéndose, por tanto, que la parte recurrente fundamente, con especial referencia al caso, por qué considera que en ese supuesto concreto existe interés casacional objetivo, que exija un pronunciamiento por parte de este Tribunal Supremo”.*

**7.5.- Presunción de interés casacional del art. 88.3.d). Actos provenientes de organismos reguladores, de supervisión o agencias enjuiciables por la Sala de la Audiencia Nacional.**

Pasamos a examinar la jurisprudencia recaída en relación con el Art. 88.3.d), que dispone que se presumirá el interés casacional objetivo: *“d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional”.*

**7.5.1.- El artículo 88.3.d) LJCA se refiere solamente a los actos de órganos reguladores, supervisores o agencias para los que exista una específica atribución competencial revisora en única instancia (y no en apelación) a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.**

Dice el **ATS 18/4/2017, RC 114/2016**:

*“Según afirma la parte recurrente, concurre en el presente caso el supuesto de presunción de interés casacional del artículo 88.3.d) LJCA, que como hemos dejado anotado establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo cuando la resolución judicial impugnada resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.*

*El acto impugnado en el proceso fue dictado por el Comisionado para el Mercado de Tabacos, organismo autónomo de la Administración General del Estado que ejerce competencias “de carácter regulador y de vigilancia para salvaguardar la aplicación de los criterios de neutralidad y las condiciones de libre competencia efectiva en el mercado de tabacos en todo el territorio*

nacional" (Art. 5.3 de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria); caracterizándose, pues, como un ente público que encaja inicialmente dentro de la tipología de organismos reguladores o de supervisión a los que se refiere el mencionado artículo 88.3.d) LJCA.

Ahora bien, el mismo precepto circunscribe su ámbito de aplicación a los actos o disposiciones emanados de organismos reguladores o de supervisión "cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional"; y este inciso debe ser interpretado en el sentido de que el precepto se refiere sólo a los recursos tramitados y resueltos en instancia única por la Sala de la Audiencia Nacional, no extendiéndose por consiguiente a las sentencias dictadas por dicha Sala en apelación.

Esta apreciación se corrobora si atendemos a la redacción del precepto, pues en él se contempla literalmente el escenario de que la sentencia impugnada ha enjuiciado y resuelto el recurso contra el acto o disposición del regulador, lo que sólo puede hacer referencia a la sentencia dictada en instancia única, ya que la sentencia de apelación no resuelve el recurso contra el acto o disposición sino contra la resolución judicial de instancia dictada por el Juzgado.

En definitiva, el citado artículo 88.3.d) LJCA se refiere solamente aquellos actos de reguladores, supervisores o agencias para los que exista una específica atribución competencial revisora en única instancia (y no en apelación) a la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (y no a los Juzgados centrales). Para las sentencias de la misma Sala dictadas en apelación, aunque se refieran a actos dictados por organismos reguladores o agencias, no cabrá más vía para sostener su interés casacional que su eventual incardinación en otros supuestos de los contemplados en este artículo 88."

**7.5.2.- Entra dentro del ámbito de esta presunción el litigio entablado contra una resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad (por delegación del Ministro), desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la previa resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que impuso a la mercantil recurrente una multa.**

En el **ATS 12/6/2017, RC1883/2017**, se estudia el recurso de casación anunciado contra una sentencia de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso interpuesto contra una resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad (por delegación del Ministro), desestimatoria del recurso de alzada formulado contra la previa resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV) que impuso a la mercantil recurrente una multa. Habiéndose invocado por la recurrente la presunción casacional que ahora nos ocupa, el sr. abogado del Estado opuso la no concurrencia de la misma, atendiendo precisamente al dato de que lo recurrido ante la Audiencia Nacional no era la resolución del regulador sino la resolución dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro. Sin embargo, la Sala rechaza la oposición y aprecia la concurrencia de esta presunción del art. 88.3.d), entendiendo que "una lectura contextualizada e integrada del mencionado precepto en relación con lo dispuesto en la

*Disposición adicional cuarta y en el art. 11. 1 b) de la Ley de esta Jurisdicción nos lleva a la conclusión contraria”.*

Considera el Tribunal Supremo que

*“la competencia de la Audiencia Nacional para conocer del pleito del que trae causa la preparación del recurso de casación no nace de lo dispuesto, con carácter general, en el art. 11. 1 b) LJCA, sino de lo dispuesto de forma específica en la Disposición adicional cuarta de la Ley de esta jurisdicción, en cuya previsión lo determinante es la naturaleza del órgano que dicta el acto, sea éste recurrible directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sea susceptible de recurso ordinario. Se trata, en definitiva, de una regla específica de atribución competencial en función del órgano de procedencia y de la materia sobre la que versa el recurso, que modifica la regla general. Esta previsión especial concierne a las resoluciones y disposiciones de organismos con especiales funciones de regulación y/o supervisión en determinados ámbitos (como el económico, en este caso). Y en concordancia con esta previsión especial el nuevo art. 88. 3 d) LJCA, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, parte de la premisa de que los actos y disposiciones emanados por estos organismos reguladores o de supervisión, dado el ámbito y las materias sobre las que se proyectan, son susceptibles de plantear cuestiones de interés objetivo casacional cuando su enjuiciamiento, como es el caso, esté atribuido a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de que esta Sección pueda inadmitir el recurso por auto motivado en caso de constatar que el asunto planteado carece manifiestamente de dicho interés”.*

**7.5.3.- En todo caso, aun procediendo formalmente el acto impugnado en el proceso de un organismo regulador o de supervisión, el recurso de casación podrá ser inadmitido si carece manifiestamente de interés casacional.**

Apunta, en este sentido, el **ATS 25/5/2017, RC 1132/2017**, que el hecho objetivo de que el acto impugnado en el proceso reúna formalmente los requisitos previstos en el art. 88.3.d) no implica que solo por tal circunstancia el recurso de casación merece ser admitido. Al contrario, advierte la Sala, el mismo artículo 88, in fine, puntualiza que un recurso de casación amparado en esta inicial presunción podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Añade este auto que *“en tal sentido, ha señalado esta Sala y Sección, a título de ejemplo, que el recurso puede ser inadmitido mediante auto, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (AATS de 6 de marzo y 10 de abril de 2017, recursos 150/2016 y 227/2017)”.*

**7.6.- Régimen jurídico de la resolución de inadmisión en supuestos de presunción de interés casacional.**

Nos referimos ahora a la interpretación y aplicación jurisprudencial de los artículos 88.3 y 90.3.b de la Ley Jurisdiccional, que establecen, respectivamente, lo siguiente:

Art. 88.3 “in fine”.- “[...] *en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) [del artículo 88.3] el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*”.

Art. 90.3.b).- “*La resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso adoptará la siguiente forma: [...] b) En los supuestos del apartado 3 del artículo 88, en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo, la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquél se establecen*”.

**7.6.1.- Interpretación del adverbio “manifiestamente” del art. 88.3 in fine LJCA. Puede acordarse la inadmisión si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios.**

Las presunciones anotadas en el artículo 88.3 *in fine* LJCA no son absolutas o *iuris et de iure*, sino que incluso apreciándose su inicial concurrencia, aun en tal caso puede acordarse finalmente la inadmisión del recurso si, con todo, se aprecia una manifiesta carencia de interés casacional de la impugnación tal como se ha planteado. Así, dice el **ATS 10/4/ 2017, RC 225/2017**, lo siguiente:

*“Junto a la invocación del artículo 88.2.a) de la LJCA, en el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estos últimos, conviene aclarar que la presunciones recogidas en los meritados apartados no son absolutas pues el propio artículo 88.3, in fine, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones:*

*1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y 2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 in fine LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la*

*jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).”*

**7.6.2.- Cabe la inadmisión mediante providencia aun habiéndose invocado los supuestos citados del artículo 88.3 cuando se constata que no concurre el presupuesto para que opere la presunción legal que se invoca.**

Lo argumenta, entre otros, el **ATS de 30/3/2017, RC 266/2016**:

*“no puede ser acogida la alegación de que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 90.3.b) LJCA, la decisión de inadmitir el recurso debió adoptar la forma de auto por haber aducido el recurrente el supuesto de presunción de interés casacional previsto en el artículo 88.3.a) LJCA [...] Recapitulando; la forma de auto ordenada en el artículo 90.3.b) LJCA no resulta exigible cuando se constata que no concurre el presupuesto para que opere la presunción legal que se invoca.”*

## **8.- REQUISITOS DEL ESCRITO DE PREPARACION.**

**8.1.- Requisitos formales de elaboración del escrito de preparación. Inadmisión del recurso de casación por el Tribunal a quo por defecto de carátula. Interpretación excesivamente rigorista. Carácter meramente orientativo de los criterios del Acuerdo de 20 de abril de 2016 para el escrito de preparación.**

Son bien conocidos los criterios orientadores establecidos por el Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Pues bien, interesa resaltar que en relación con el escrito de preparación se trata de requisitos orientativos, y así se resalta en el **ATS 12/6/2017, RQ 255/2017**, que, concretamente, explica que la falta de cumplimentación de la llamada “carátula” constituye un defecto subsanable:

*“la ausencia de carátula, aun prevista en el Acuerdo de 20 de abril de 2016 conforme a la normativa citada, es una mera recomendación, que no se eleva a requisito exigible, y cuya cumplimentación, en cualquier caso, no supone un vicio sustancial que afecta al contenido mismo de la actuación procesal de parte, constituyendo un simple defecto de forma de los que, de conformidad con el artículo 138 de la Ley Jurisdiccional, admite la posibilidad de subsanación”.*

**8.2.- Legitimación en caso de “personación tardía”.**

Se ha planteado ante la Sala la determinación del contenido y alcance del Artículo 89.1 LJCA, a cuyo tenor “el recurso de casación se preparará ante la

*Sala de instancia en el plazo de treinta días, contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre, estando legitimados para ello quienes hayan sido parte en el proceso, o debieran haberlo sido”.*

Pues bien, explica el **ATS 29/3/2017, RQ 142/2017**, que la jurisprudencia recaída en relación con el artículo 89.3 LJCA, en su inicial redacción, es trasladable a la interpretación del actual artículo 89.1 (en la redacción dada por la L.O. 7/2015), de manera que están habilitados para preparar el recurso de casación quienes hubiesen sido parte o podido serlo en el recurso contencioso-administrativo en que se dictó la resolución impugnada, lo que no supone la exigencia absoluta de haberse personado en él antes de la sentencia, pero sí, desde luego, dentro del plazo legalmente establecido para la preparación del recurso de casación. Es decir, basta con que aquella personación, aún posterior a la sentencia, se haya verificado antes de que ésta gane firmeza. Leemos, en efecto, en esta resolución:

*“La jurisprudencia de esta Sala en relación con el artículo 89.3 de la LJCA, perfectamente trasladable a la interpretación del actual artículo 89.1 que mantiene redacción similar, sostiene que están habilitados para preparar el recurso de casación quienes hubiesen sido parte o podido serlo en el recurso contencioso-administrativo en que se dictó la resolución objeto de recurso, lo que no supone la exigencia absoluta de haberse personado en él antes de la sentencia, pero sí, desde luego, dentro del plazo legalmente establecido para la preparación del recurso de casación (Auto de 15 de enero de 2009 -recurso 1201/2008-). Es decir, basta con que aquella personación, aún posterior a la sentencia, se haya verificado antes de que ésta gane firmeza (AATS de 20 de noviembre de 2008 -recurso 1/2007-; 15 de enero de 2009 -recurso 1201/2008-, y 13 de diciembre de 2012 -recurso 112/2012- entre otros)”.*

### **8.3.- Contenido del escrito de preparación. Identificación de las normas o jurisprudencia infringidas, y “juicio de relevancia”**

El artículo 89.2.b) exige a la parte recurrente en casación *“identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que se consideran infringidas, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por la Sala de instancia, o que ésta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas”*; a lo que añade el apartado d) del mismo precepto la carga de *“justificar que la o las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir”*. En relación con estos apartados ha dicho la reciente jurisprudencia de la Sección de admisión de la Sala tercera:

#### **8.3.1.- No cabe plantear “cuestiones nuevas” en casación.**

Lo argumenta con detalle el **ATS 3/2/2017, RC203/2016**:

*“[...] debemos empezar por afirmar que la doctrina jurisprudencial que ha sostenido que no cabe introducir cuestiones nuevas en casación sigue siendo plenamente aplicable a la nueva regulación del recurso de casación introducida por la L.O. 7/2015. Dicha doctrina se ha venido apoyando de forma constante*



*en dos razones, a saber: 1º) que desde el momento que el recurso de casación tiene como finalidad propia valorar si se vulneraron por el Tribunal "a quo" las normas o jurisprudencia cuya infracción se denuncia por la parte recurrente, resulta lógicamente imposible que pueda producirse aquella infracción en relación con una cuestión que ni siquiera fue considerada en el pleito de instancia; y 2º) que el planteamiento de cuestiones nuevas en casación afecta gravemente al derecho de defensa del recurrido, que ante tales cuestiones carecería de las posibilidades de la alegación y de la prueba que corresponden a la instancia. Por eso, son numerosas las resoluciones de esta Sala que han inadmitido recursos de casación en los que se identificaba con claridad este defectuoso planteamiento del recurso, por aplicación de la causa de inadmisión antes establecida en el artículo 93.2.d) LJCA en su inicial (y ahora derogada) redacción, consistente en carecer el recurso manifiestamente de fundamento. La nueva regulación de la casación no contempla explícitamente esta causa de inadmisión, pero no hay duda de que un recurso de casación que se sitúe en este inadecuado escenario podrá ser inadmitido, bien por no justificarse debidamente que las normas cuya infracción se denuncia fueron alegadas en el proceso o tomadas en consideración por el Tribunal (o que este debió tomarlas en consideración aún sin ser alegadas), ex arts. 89.2.b) y 90.4.b) LJCA; bien por no justificarse la relevancia sobre el "fallo" de tales infracciones, ex arts. 89.2.d) y 90.4.b) LJCA"*

### **8.3.2.- Las normas o jurisprudencia cuya infracción se denuncia han de identificarse "con precisión".**

Por eso, apunta el **ATS 15/6/2017, RQ 318/2017**, que no se cumple la carga procesal del art. 89.2.b) cuando la parte recurrente formula una alusión global y genérica a una norma jurídica completa, o cuando se hace una vaga referencia a "la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la que se alude en la sentencia contra la que se prepara el recurso...", sin más especificaciones.

### **8.3.3.- Es carga de quien prepara el recurso de casación realizar el exigible juicio de relevancia, ex art. 89.2.d) LJCA, en el sentido de razonar de forma expresa cómo, por qué y en qué forma la infracción que se denuncia ha sido determinante del fallo.**

De esta forma se pronuncia, recogiendo la doctrina jurisprudencial ya elaborada en el marco del antiguo recurso de casación, el **ATS 15/6/2017, RQ 297/2017**, que añade que no resulta suficiente a tal efecto la mera cita o mera reproducción de las infracciones normativas denunciadas, sin ponerlas en relación de las circunstancias concurrentes con el caso examinado. Como explica, entre otros, el **ATS 8/6/2017, RQ 105/2017**, corresponde a quien anuncia el recurso llevar a cabo en el escrito de preparación un "esfuerzo argumentativo" tendente a la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo. No es, desde luego, suficiente para cumplir con esta carga procesal limitarse a la mera cita de las normas que se tienen por infringidas y alegar apodócticamente que dichas normas han sido invocadas en la demanda y consideradas por la sentencia que se pretende recurrir, cuando tal afirmación no va acompañada o seguida de ninguna

explicación sobre la incidencia que esos preceptos han tenido en la decisión de la Sala de instancia (**ATS 3/5/2017, RQ 171/2017**).

**8.3.4.- No puede tenerse por cumplimentado el exigible esfuerzo argumentativo derivado de estos apartados cuando la sentencia impugnada se apoya expresa y detalladamente en la doctrina jurisprudencial, y en el escrito de preparación nada se dice para razonar la impertinencia o inaplicabilidad de esa jurisprudencia.**

Señala el **ATS 19/6/2017, RQ 317/2017**, que no existe realmente ese "esfuerzo argumental" que permite superar el trámite de preparación cuando habiendo expuesto el Tribunal de instancia un criterio que se sostiene expresamente en la doctrina jurisprudencial, la parte que anuncia el recurso de casación no desarrolla una argumentación dirigida a justificar que la cita de esa doctrina jurisprudencial resulta, en el contexto en que se utiliza, equivocada, impertinente o inadecuada a los efectos pretendidos.

**8.4.- Contenido del escrito de preparación. Fundamentación del interés casacional objetivo.**

El Artículo 89.2. f) LJCA se refiere al requisito más relevante del escrito de preparación. Establece este apartado que el escrito de preparación deberá *“especialmente, fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo”*. Repasemos a continuación lo que ha dicho la Sección de admisión de la Sala tercera del Tribunal Supremo sobre este precepto.

**8.4.1.- La enunciación de las normas infringidas, y el llamado juicio de relevancia, son cuestiones distintas de la justificación del interés casacional.**

El **ATS de 24 de abril de 2017, RC 109/2016**, distingue uno y otro concepto:

*“En efecto, deben diferenciarse netamente la articulación de las infracciones sustantivas y procesales que se imputan a la resolución recurrida, por una parte, y la justificación de los supuestos en los que concurre interés casacional, cuya fundamentación jurídica, con singular referencia al caso, debe hacerse constar en el escrito de preparación, no siendo este el caso de autos”*.

**8.4.2.- La mera invocación de los supuestos de interés casacional descritos en el artículo 88 LJCA resulta insuficiente si nada se añade para justificar su concurrencia.**

Así lo declara uno de los primeros autos de la Sección de admisión de la Sala tercera del Tribunal Supremo, el **ATS 25/1/2017, RC 15/2016**:

*“Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad [...]Ello se extiende también a los supuestos previstos en el art. 88.3 LJCA que gozan de la singular presunción favorable al interés casacional objetivo y que requieren asimismo una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la resolución correspondiente adopte la forma jurídica de auto”.*

**8.4.3.- La exposición sobre la concurrencia de los supuestos de interés casacional del artículo 88 no puede formularse de forma abstracta, sino vinculada o relacionada con las concretas circunstancias del caso litigioso.**

Esto es así porque al fin y al cabo el recurso de casación no opera como una suerte de dictamen abstracto sobre cuestiones interpretativas problemáticas, sino que opera como una vía procesal para la resolución de litigios concretos. Así se resalta en el **ATS 19/4/2017, RQ 170/2017**:

*“Debemos reiterar aquí que lo exigido, con carácter novedoso, en el artículo 89.2 f) LJCA tiene una especial importancia ya que se encuentra directamente relacionado con el cambio cualitativo experimentado por el recurso de casación contencioso-administrativo tras su reforma. Lo que impone este precepto como carga procesal insoslayable del recurrente es que, de forma expresa y autónoma, argumente la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos del artículo 88. 2 y 3 LJCA que permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala Tercera. Argumentación, además, que no cabe realizar de forma abstracta o desvinculada del caso concreto planteado, sino que debe proyectarse sobre él como se desprende de la expresión <<con singular referencia al caso>> que contiene el citado artículo 89.2. f) LJCA. Es decir, esa argumentación específica que exige la ley no se verá satisfecha con la mera alusión o cita a alguno(s) de los supuestos en que la Sala Tercera de este Tribunal podría apreciar ese interés objetivo casacional para la formación de jurisprudencia, sino que será preciso razonar por qué el caso concreto se inscribe o subsume en el supuesto o supuestos que se aducen”.*

#### **9.- FACULTADES DEL ORGANO JUDICIAL DE INSTANCIA EN CUANTO A LA DECISION DE NO TENER POR PREPARADO EL RECURSO DE CASACION.**

Nos ocupamos a continuación del examen de la jurisprudencia sobre el artículo 89.4 LJCA, a cuyo tenor *“si, aun presentado en plazo, no cumpliera los requisitos que impone el apartado 2 de este artículo, la Sala de instancia, mediante auto motivado, tendrá por no preparado el recurso de casación, denegando el emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo. Contra este auto únicamente podrá interponerse recurso de queja, que se sustanciará en la forma establecida por la Ley de Enjuiciamiento Civil”.*

**9.1.- Regla general: facultades del órgano judicial de instancia en orden a la decisión sobre la válida preparación del recurso de casación. No le compete determinar la concurrencia del interés casacional aducido por la parte recurrente.**

La determinación de la extensión de las facultades del órgano judicial de instancia en la valoración del escrito de preparación fue una de las cuestiones más controvertidas en los momentos inmediatamente posteriores a la entrada en vigor del nuevo modelo casacional, si bien puede considerarse que actualmente se encuentra en gran medida esclarecida, por obra de resoluciones como el **ATS 2/2/017, RQ 110/2016**:

*“Conforme a lo dispuesto en el art. 89.4 de la Ley de esta Jurisdicción lo que atañe a la Sala o Juzgado de instancia es la verificación de si el escrito de preparación cumple con las exigencias previstas en el art. 89.2 LJCA. Le incumbe, en particular y desde una perspectiva formal, el análisis sobre el cumplimiento de los requisitos de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, así como la constatación de que en el escrito de preparación hay un esfuerzo argumentativo tendente a la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo y también, en especial, si se contiene una argumentación específica, con singular referencia al caso, de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, conforme a los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo.*

*No le compete, en cambio, enjuiciar si concurre o no la infracción de fondo alegada por el recurrente, como hace aquí la Sala de instancia, ni pronunciarse sobre la efectiva concurrencia de ese interés objetivo casacional que determina la admisión del recurso, pues esa es una función que corresponde en exclusiva a esta Sala (arts.88 y 90.2 LJCA). Todo ello sin perjuicio de que el tribunal pueda, si lo considera oportuno, emitir el informe previsto en el art. 89.5 de la LJ.”*

**9.2.- El órgano judicial de instancia no puede enjuiciar la concurrencia o no del interés casacional invocado, pero sí puede verificar que en el escrito de preparación existe una argumentación dirigida a justificar ese interés casacional, pudiendo denegar la preparación del recurso si dicha argumentación no existe.**

Este es un relevante matiz sobre la regla general que se acaba de apuntar. Ha sido resaltado en numerosos autos de la Sección de admisión de la Sala tercera, como, v.gr., el **ATS 8/5/2017, RQ 155/2017**:

*“En este caso la Sala de apelación fundamenta la denegación de la preparación del recurso de casación en la ausencia de justificación suficiente sobre la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, con arreglo a lo previsto en el artículo 88.2 y 3 LJCA a que se remite el artículo 89.2.f) LJCA. Y, en efecto, tal como pone de manifiesto la Sala, resulta evidente que el escrito de preparación del recurso no cumple con esa “especial” argumentación referida a en qué forma la sentencia impugnada se inscribe en uno de los supuestos establecidos en el artículo 88 .2 y 3, o en*

*otro no enumerado por la Ley, pero que podría ser justificado de forma expresa (para los supuestos del apartado 2), en los que puede apreciarse el interés casacional objetivo.*

*[...] debemos confirmar la decisión de la Sala de instancia pues, como se adelantó supra, no se cumplimenta en modo alguno la exigencia prevista en el artículo 89.2. f) LJCA, ya que la parte recurrente se limita a manifestar que el interés casacional objetivo <<[...] se fundamenta en lo establecido en el art. 88 punto 2 apartado b y c, que literalmente dispone: b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales. c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso>>, pero sin razonar por qué el caso concreto se inscribe o subsume en los supuestos que se aducen, pues toda la argumentación posterior va referida a las cuestiones de fondo sobre las que pretende que esta Sala de pronuncie en casación.*

*[...] A la anterior conclusión no obstan las alegaciones vertidas por el recurrente en su recurso de queja, contrarias a la doctrina que hemos expuesto, sin que la Sala de instancia se haya extralimitado en sus funciones, pues no ha denegado la preparación del recurso de casación porque considere que no existe interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, como da a entender la recurrente en queja, sino que la causa de la denegación ha sido el incumplimiento de la exigencia contenida en el apartado f) del artículo 89.2 LJCA y, como hemos dicho anteriormente, la Sala de instancia puede verificar que el escrito de preparación reúne los requisitos previstos en el artículo 89.2 LJCA y puede, en el caso de que no se cumplan, denegar la preparación del recurso, que es lo que ha ocurrido en el presente caso”.*

**9.3.- Entra dentro del ámbito legítimo de facultades del órgano de instancia tener por no preparado el recurso de casación si habiéndose invocado por el recurrente la existencia de resoluciones judiciales contradictorias, no se razona de forma argumentada, con singular referencia a las circunstancias concretas del caso enjuiciado, la existencia de pronunciamientos, en supuestos sustancialmente iguales, en los que se contuviese una interpretación del derecho contradictoria; pudiéndose tener asimismo por no preparado el recurso si la parte recurrente se limita a afirmar, para justificar el interés casacional, que la doctrina sentada puede afectar a un gran número de casos similares, sin incluir cualquier otra consideración que avale esta afirmación.**

Leemos en el **ATS de 8 de marzo de 2017, RQ 126/2016:**

*“Tiene razón el tribunal de instancia cuando afirma que no existe en su escrito de preparación un mínimo razonamiento que justifique el interés casacional invocado, pues no basta con citar dos sentencias que versan sobre la denegación de nacionalidad por residencia para sustentar la contradicción ante supuestos sustancialmente iguales ni para invocar que puede afectar a un gran número de situaciones. Para ello, el recurrente tendría que haber argumentado, con singular referencia a las circunstancias concretas del caso enjuiciado, la existencia de pronunciamientos, en supuestos sustancialmente iguales, en los que se contuviese una interpretación del derecho contradictoria (no basta que los pronunciamientos alcancen soluciones diferentes), situación que, por otra parte, resulta complicada cuando la solución alcanzada respecto del grado de integración depende de las circunstancias concretas de cada recurrente y de*

*las carencias apreciadas en cada uno de ellos. No basta para entender cumplida esta carga, que recae sobre el escrito de preparación, con la cita dos sentencias (con circunstancias fácticas diversas) para entender justificada mínimamente esa discordancia y, desde luego, no basta con afirmar que la doctrina sentada puede afectar a un gran número de casos similares, sin incluir cualquier otra consideración que avale esta afirmación. Máxime cuando las sentencias que contraponen analizan las circunstancias concurrentes en cada uno de esos recursos, sin que la problemática enjuiciada en cada una de ellas resulte coincidente, por lo que no puede sostenerse, a la vista de su propia argumentación, que nos encontrásemos ante supuestos sustancialmente iguales ni que la doctrina sentada pueda entenderse contradictoria. Pero es que, además, tal y como razona el tribunal de instancia, el recurrente no razona mínimamente la relación de tales casos con el supuesto analizado en la sentencia de instancia, para concluir afirmando que el interés casacional se encuentra en la falta de motivación de la sentencia que le ha generado indefensión”*

**9.4.- El órgano judicial de instancia puede denegar la preparación del recurso de casación si constata que el escrito de preparación, con toda evidencia, suscita únicamente cuestiones de hecho y no de Derecho.**

Regla, esta, que es pura consecuencia de la especial naturaleza de este recurso extraordinario, y de la consiguiente imposibilidad de cuestionar a través del mismo la apreciación de los hechos concurrentes efectuada en la instancia. Lo dice el **ATS 8/3/2017, RQ 8/2017**:

*“el artículo 87 bis LJCA (introducido por la Ley Orgánica 7/2015) establece que “el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho”. Desde esta perspectiva, si el anuncio del recurso de casación se mueve con evidencia por tales derroteros, es decir, si resulta claro que se limita a plantear la mera discrepancia de la parte recurrente con la apreciación de los hechos efectuada por el órgano judicial de instancia, corresponde al legítimo ámbito de su competencia tener por no preparado el recurso de casación, al ser al fin y al cabo no menos claro que ha sido preparado desbordando su ámbito legítimo, no pudiendo superar el trámite de admisión.*

*Es esta una facultad del órgano judicial de instancia que, aun no estando explícitamente contemplada en el artículo 89 LJCA, se desprende con toda lógica jurídica de la interpretación conjunta y sistemática de este artículo y del precitado artículo 87 bis, pues una vez sentado que las cuestiones de hecho quedan excluidas del recurso de casación, no tiene sentido tener por preparado -so pretexto de que cumple los requisitos formales propios del escrito de preparación- un recurso que se mueve únicamente por el terreno vedado de las apreciaciones fácticas (obvio es que la decisión del órgano judicial de instancia en este sentido podrá ser discutida por la parte recurrente, si no está de acuerdo con ella, a través del oportuno recurso de queja ante este Tribunal Supremo).*

*No obstante, si este obstáculo para dar curso al escrito de preparación no resulta con evidencia de su lectura (como puede ocurrir, v.gr., cuando en él no*

*se discuten tanto los hechos como las consecuencias jurídicas anudadas a ellos) lo procedente es tener el recurso por bien preparado y proceder de conformidad con lo dispuesto en el artículo 89.5 LJCA (siempre, por supuesto, que se cumplan los demás requisitos a los que la Ley condiciona la viabilidad de dicho escrito)”.*

## **10.- SIGNIFICACIÓN JURÍDICA DEL AUTO QUE TIENE POR PREPARADO EL RECURSO DE CASACION Y DEL INFORME SOBRE EL INTERÉS CASACIONAL.**

*Continuamos el examen de la jurisprudencia sobre el nuevo recurso de casación deteniéndonos en el artículo 89.5, que establece que “si se cumplieran los requisitos exigidos por el apartado 2, dicha Sala, mediante auto en el que se motivará suficientemente su concurrencia, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, así como la remisión a ésta de los autos originales y del expediente administrativo Y, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión”.*

**10.1.- Que la Sala haya dictado auto teniendo por preparado el recurso no equivale a la emisión del informe favorable a que se refiere el precepto. No ha de confundirse la motivación que pueda tener el auto que tiene el recurso por preparado con el informe ex art. 89.5 LJCA.**

Leemos esto en el **ATS 30/3/2017, recurso nº 266/2016:**

*“Por tanto, que la Sala de instancia haya tenido por preparado el recurso de casación en modo alguno significa que haya apreciado y afirmado la existencia de interés casacional objetivo, pues su examen debe limitarse a constatar que el escrito de preparación contiene una argumentación específica encaminada a justificar, con singular referencia al caso, la concurrencia de alguno de los supuestos de interés casacional. Por lo demás, aunque la Sala de instancia haya tenido por preparado el recurso, es competencia de esta Sala del Tribunal Supremo verificar si ciertamente concurren o no los requisitos legales para admitir el recurso de casación.*

*En fin, no cabe confundir la necesaria motivación del auto que tiene por preparado el recurso con la previsión del artículo 89.5 LJCA, en cuya virtud el tribunal de instancia puede emitir opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, opinión ésta que, caso de emitirse, unirá al oficio de remisión. Y no constando que en este caso el tribunal de instancia haya hecho uso de esa posibilidad que contempla el artículo 89.5 LJCA, decae el argumento de la parte recurrente de que la inadmisión debería haber adoptado la forma de auto motivado.”*

## **11.- FORMA DE LA RESOLUCIÓN DE INADMISIÓN ACORDADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO: MEDIANTE PROVIDENCIA O MEDIANTE AUTO.**

El Artículo 90.3.a) LJCA dispone que *“la resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso adoptará la siguiente forma: a) En los supuestos del apartado 2 del artículo 88, en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite”*.

Este precepto debe ponerse en relación con el artículo 88.3, in fine, por lo que nos remitimos a lo expuesto al hilo del examen de la jurisprudencia sobre este último precepto; pudiéndose añadir ahora lo siguiente:

**11.1.- La providencia de inadmisión no carece de motivación en la medida que apunta la causa de inadmisión prevista legalmente que se ha tenido en cuenta para acordar esa inadmisión.**

Sobre esta cuestión, de gran trascendencia práctica, explica el **ATS de 30/3/2017, RC 266/2016**, que

*“[...] de ninguna manera cabe aceptar que la utilización de la forma de providencia sea en sí misma anómala y generadora de indefensión. Muy al contrario, la regla general es que la inadmisión del recurso de casación ha de adoptar la forma de providencia -artículo 90.3.a) LJCA- siendo exigible la forma de auto únicamente en los supuestos específicos a los que se refieren el propio artículo 90.3.a) in fine [cuando el tribunal de instancia hubiese emitido la “opinión” a que se refiere el artículo 89.5 en su último inciso] y el artículo 90.3.b) de la misma Ley [esto es, en los supuestos del artículo 88.3 LJCA en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo]. Fuera de estos casos la forma legalmente prevista para acordar la inadmisión es la providencia. Y no es ésta una resolución carente de motivación, pues el artículo 90.4 LJCA señala las indicaciones que ha de contener la providencia para explicar las razones de la inadmisión, si bien la propia norma determina que la motivación sea sucinta (“Las providencias de inadmisión únicamente indicarán...”).*”

**11.2.- El auto que acuerda la inadmisión por haberse invocado presunciones del artículo 88.3 LJCA puede extenderse a las cuestiones suscitadas al amparo de los supuestos de interés casacional del artículo 88.2 cuya inadmisión se decide en principio por providencia.**

Nos hallamos ante una regla que responde a elementales razones de sentido común y economía procesal, que se argumentan en el **ATS 8/3/2017, RC 40/2017**:

*“La inadmisión de un recurso de casación cuyo interés casacional se sustenta en alguna de las letras del artículo 88.2 LJCA debe acodarse en providencia limitada a indicar la razón que determina su rechazo liminar [artículo 90 LJCA, apartados 3.a) y 4]. Ahora bien, nada impide integrar razonamientos sobre el particular en el auto que inadmite un recurso de casación en resolución motivada al haberse invocado razonadamente que debía presumirse dicho*



*interés objetivo por darse alguna de las circunstancias definidas en el artículo 88.3 LJCA [artículo 90.3 LJCA].”*

## **12.- RELACION ENTRE AUTO DE ADMISION Y ESCRITO DE INTERPOSICION.**

La regulación del recurso de casación operada por la Ley Orgánica 7/2015 plantea numerosas dudas hermenéuticas, que, como hemos visto, han sido resueltas en su mayor parte por la jurisprudencia a lo largo del primer año de su vigencia. Quedan, con todo, por resolver definitivamente en todos sus aspectos algunas cuestiones relevantes, como la relación entre el contenido del auto de admisión y el escrito de interposición, tema este sobre el que se exponen algunas consideraciones en el **ATS 3/5/2017, RC 212/2017**:

*“PRIMERO.- 1. En la nueva regulación de la casación contencioso-administrativa, en vigor desde el 22 de julio de 2016, el recurso sólo es admisible si, invocada una concreta infracción –procesal o sustantiva- del ordenamiento jurídico estatal o de la Unión Europea, presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia (artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 86.3 LJCA), según es definido ese interés en los apartados 2 y 3 del citado artículo 88 LJCA.*

*2. La presencia del interés casacional objetivo es, por lo tanto, un presupuesto de procedibilidad del recurso de casación. Si concurre en alguna de las infracciones denunciadas, el recurso ha de ser admitido mediante auto (artículo 90.3 LJCA), que precisará la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificará la norma o normas jurídicas que “en principio” serán objeto de interpretación, «sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso» (artículo 90.4 LJCA), debate que queda delimitado por las infracciones denunciadas (artículo 88.1 LJCA) y las pretensiones deducidas en torno a las mismas (artículo 87 bis.2 LJCA).*

*3. El auto de admisión ha de precisar, pues, todas las cuestiones que, suscitadas al hilo de infracciones de normas del Derecho estatal o de la Unión Europea que han sido determinantes y relevantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir, presenten interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, identificando la norma o normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, pero no debe pronunciarse sobre aquellas otras que carezcan de tal interés, para rechazarlas expresamente. El nuevo recurso de casación no se articula en torno a motivos, sino a la noción de “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”, de modo que, estando presente en alguno de los aspectos suscitados, el recurso resulta admisible, haciéndose innecesario todo pronunciamiento sobre los demás que carezcan de él. Por ello, cuando el recurso no presenta interés casacional objetivo la Ley ordena que, salvo que concurra alguno de los presupuestos que determinan las presunciones del artículo 88.3 LJCA, la inadmisión se acuerde en providencia reducida a indicar la causa legal que determina el rechazo liminar [artículo 90 LJCA, apartados 3.a) y 4] . Estas reflexiones explican la práctica de la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo consistente en que, detectado aquel interés en alguna de las cuestiones*

suscitadas, en los autos de admisión no se pronuncia sobre aquellas que no lo reúnen.

4. Dada tal configuración del recurso de casación, el artículo 92.3.a) LJCA exige del recurrente que en el escrito de interposición exponga «razonadamente por qué han sido infringidas las normas o la jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces». Repárese en que el precepto no se refiere a las normas cuya infracción ha determinado la admisión del recurso por presentar la cuestión o cuestiones suscitadas en torno a ella interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, sino a las identificadas en el escrito de preparación. Y por ello, el artículo 93.1, después de indicar que la sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo, precisa que, con arreglo a tal interpretación y a las restantes normas que fueran aplicables, «resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso».

SEGUNDO.- De todo lo anterior se obtienen las siguientes dos conclusiones, que sirven para rechazar la solicitud de complemento y, subsidiaria, de aclaración del auto dictado el 15 de marzo de 2017 en este recurso de casación:

1ª) La Sección de admisión detectó interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en la cuestión suscitada al hilo de la primera de las infracciones denunciadas, pero no en las otras dieciocho.

2ª) En el escrito de interposición, el recurrente debe limitarse a cumplir con lo que dispone el artículo 93.2.a) LJCA, sin que sea competencia de esta Sección de admisión pronunciarse sobre un extremo que corresponde a la de enjuiciamiento: la determinación y delimitación del debate de fondo en el recurso de casación.

-O-O-O-O-

