

## Los primeros pasos de la nueva casación contencioso-administrativa

Las siguientes páginas versan sobre algunos Autos de la Sección 1ª, Sala 3ª, Tribunal Supremo, relativos a la nueva casación contencioso administrativa, introducida en la Ley 29/1998 reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJCA) por la Ley Orgánica 7/2015, que se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante, con especial atención, naturalmente, a la materia tributaria. De estos novedosos Autos nos interesan tanto los de admisión como los de inadmisión que tratan más que nada sobre cuestiones formales, más allá de los concretos casos en los que se ha entendido que si existe interés casacional objetivo, puesto que trazan las primeras líneas del modo en que han de plantearse los recursos de casación.

La mayoría de los autos de admisión se refieren a recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Pero no debe ignorarse que también pueden interponerse recursos de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, según dispone el artículo 86.1 LJCA, contra sentencias dictadas *en única instancia* por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, pero no en todos los casos, puesto que "*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". Potencialmente, esa circunstancia puede darse con relativa frecuencia. Como se sabe, respecto de la materia tributaria cabe la extensión de efectos de sentencias estimatorias que reconozcan situaciones jurídicas individualizadas (artículo 110.1 LJCA). De hecho, a la fecha en la que escribimos estas líneas, conocemos dos autos en los que se han admitido a trámite sendos recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Badajoz contra dos sentencias del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 2 de Badajoz, relativas a liquidaciones del Impuesto sobre bienes inmuebles, (ATS 1451/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1451A, rec. 128/2016, de 1 de marzo de 2017 y ATS 2069/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2069A, rec. 11/2017, de fecha 15 de marzo de 2017). La admisión de ambos recursos se ha producido por entender el Tribunal Supremo que presenta interés casacional objetivo "determinar si, con ocasión de la impugnación de liquidaciones del IBI y para obtener su anulación, el sujeto pasivo puede discutir la calificación (y la consiguiente valoración) catastral de su inmueble, cuando no lo hizo (o haciéndolo dejó que alcanzara firmeza) al tiempo en que le fue notificado indi-

vidualmente el valor catastral del bien inmueble sujeto a tributación por dicho impuesto”.

En diferentes preceptos de la LJCA se hace referencia a que serán susceptibles de recurso ante el Tribunal Supremo las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea. No parece que, en principio, el Derecho autonómico sea susceptible de recurso ante el Tribunal Supremo. En ese sentido, el artículo 86.3 LJCA establece, en su párrafo primero, que “las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia *sólo* serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de *normas de Derecho estatal o de la Unión Europea* que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”. En su párrafo segundo, este mismo precepto establece que “cuando el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma será competente la Sala de lo Contencioso-administrativo que tenga su sede en el Tribunal Superior de Justicia”. Lo cierto es que no siempre será así, puesto que, en línea con lo que ya venía ocurriendo antes, cuando el contenido del derecho autonómico objeto de interpretación tiene el mismo contenido que el derecho estatal la sentencia dictada por el tribunal de instancia será susceptible de casación ante el Tribunal Supremo”. Así lo han entendido el ATS, 1449/2017 - ECLI: ES: TS: 2017:1449A, rec. 28/2017, de 1 de marzo de 2017 y el ATS, 2045/2017 - ECLI: ES: TS: 2017:2045A, rec. 163/2016, de 13 de marzo de 2017, puesto que han admitido a trámite sendos recursos por considerar que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, interpretando el artículo 7, apartado 5, de la de la Norma Foral 3/1989, de 21 de marzo, del Territorio Histórico de Bizkaia, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y el artículo 9, apartado 5, de la homónima Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Territorio Histórico de Bizkaia [que coinciden literalmente con el artículo 7 del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (BOE de 20 de octubre)], determinar si la transmisión de metales preciosos por un particular a un empresario o profesional del sector está o no sujeta al Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.

Por otro lado, como señala el ATS, rec. 40/2017, de 28 de febrero de 2017, es improcedente que el órgano *a quo* se pronuncie sobre si concurre o no el interés objetivo casacional puesto de manifiesto en el escrito de preparación del recurso. Le atañe “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 del 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 encaminado 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, 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 (artículos 88 y 90.2 LJCA)".

Como se sabe, el artículo 88.2 LJCA establece que el Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional objetivo en determinadas circunstancias. El ATS 2313/2017 –ECLI: ES: TS: 2017: 2313A de 29 de marzo de 2017, señala que el carácter abierto de la enumeración de tales circunstancias que se desprende de la expresión "entre otras" que se contiene en dicho precepto, "conduce a entender que el Tribunal Supremo puede reputar existente el interés 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". Ahora bien, aclara acto seguido, "la excepcionalidad de la invocación de estas otras circunstancias de interés casacional en la configuración legal del recurso de casación (...) 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, le exige que en el escrito de preparación justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada".

A estas alturas ya son varios los autos que se refieren a esta cuestión. Por su interés reflejamos algunos criterios que se plasman en ellos.

- Por un lado, 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 fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido. Pues bien, el juego combinado de dicho 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 (por todos, ATS, rec. 40/2017, de 8 de marzo de 2017)

- Por otro lado, también le cabe al Tribunal Supremo apreciar la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia si la sentencia recurrida, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso, afecta a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA]. Pues bien, en este caso se 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 (por todos, ATS, rec. 40/2017, de 8 de marzo de 2017).

El artículo 83.3 LJCA contiene un listado de supuestos en los que se presumirá la existencia de interés casacional objetivo. No es ocioso tener presente que en todos ellos se requiere una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción, no siendo suficiente su mera invocación para integrar su contenido y abrir la puerta al recurso de casación (Cfr. por todos, ATS, rec. 15/2016, de 25 de enero de 2017).

Entre los supuestos previstos en el artículo 83.3 LJCA nos interesan, a los presentes efectos, dos de ellos: uno, aquel que se produce cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia; y otro, el que se produce cuando la resolución del juez o tribunal *a quo* se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea. En relación con el primero nos importa el ATS 2313/2017 –ECLI: ES:TS 2017: 2313A, de 29 de marzo de 2017, que declara: “La “inexistencia de jurisprudencia” a que se refiere este artículo (88.3.a) LJCA) 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 contenidas en la jurisprudencia”. En relación con el segundo, el previsto en la letra b) del artículo 88.3 LJCA nos interesa el Auto de inadmisión del recurso de casación, ATS, Sala 3ª, Sección 1ª, rec. 40/2017, de 8 de febrero de 2017 que declara: “Para que opere la presunción, el legislador requiere que (i) el apartamiento sea deliberado y, (ii) además, que la razón estribe en considerar errónea la jurisprudencia. 3. 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. La mera afirmación 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”.

Aunque el recurrente haya expuesto varias razones de las que, a su juicio se desprende la existencia de interés casacional, en distintos autos se indica que la concurrencia de interés casacional objetivo por una de las razones expuestas hace innecesario determinar si concurren las otras que alegue el recurrente en el escrito de preparación del recurso para justificar su admisión. Si interpretamos bien la nueva regulación del recurso de casación, ello no significa que el recurso quede circunscrito a esa única razón. Eso es lo que, desde nuestro punto de vista, se desprende del artículo 90.4 LJCA a cuyo tenor “los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán 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*”.

Finalmente, la sección de admisión de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, ante la parquedad de la reforma, ya se ha tenido que pronunciar sobre cuestiones que no están expresamente previstas en la nueva regulación de la casación. En ese sentido, la letra c) del artículo 89.2 LJCA establece que el escrito de preparación del recurso de casación deberá acreditar, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello. Pues bien, en un supuesto en el que la exclusiva razón esgrimida por el recurrente para impugnar la sentencia de instancia, denunciando la infracción de los preceptos constitucionales y legales que exigen a las resoluciones judiciales ser coherentes y congruentes y que repudian, en particular, la conocida como incongruencia *ex silentio*, por defecto u omisiva, ha manifestado mediante el ATS 2126/2017 –ECLI: ES:TS: 2017:2126A, 49/2017, de 22 de marzo de 2017, entre otros, “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”.

Ahora bien, ¿Qué sucede cuando el recurrente no ha instado la subsanación de la incongruencia que denuncia mediante el incidente que habilitan los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC? Es evidente que se ha incumplido con la carga que incorpora el artículo 89.2.c) LJCA, por lo que no cabría tener por bien preparado el recurso de casación, disponiendo, como disponía el recurrente de momento procesal idóneo para intentar la subsanación de la tacha que atribuye a la sentencia que intenta recurrir, y, por tanto, de tal incumplimiento, en principio, se deriva-

ría sin más la inadmisión del recurso. Pues bien, el ATS 2126/2017 –ECLI: ES:TS: 2017:2126A, 49/2017, de 22 de marzo de 2017, entre otros, considera que sería desproporcionado hacer recaer sobre el recurrente, con un desenlace de inadmisión, las consecuencias anudadas a la no utilización del cauce de subsanación referido (artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC), y, por ello, si bien inadmite el recurso de casación, tal y como ha sido preparado por el recurrente, realiza una declaración de la máxima importancia, cual es que ordenar “la retroacción de las actuaciones al momento en que se notificó a la parte aquí recurrente la sentencia de instancia, para que, conforme a lo previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, pueda presentar, si así lo estima oportuno, escrito interesando su complemento, dando la oportunidad a la Sala de instancia de, si procede, ofrecer una respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas, que se dicen no contestadas, de manera que así quede satisfecha la exigencia prevista en el artículo 89.2.c) LJCA”.

A estas alturas ya se conocen distintos autos declarando la existencia de interés casacional por concurrir alguno de los supuestos previstos en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJRC, vgr. cuando la resolución impugnada fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido, cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia, cuando la resolución impugnada se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea, pero hemos desistido de analizar dicha casuística esta vez, por considerar suficiente, en una primera aproximación a la nueva casación, con referirnos a la vertiente más que nada formal de distintos autos de admisión e inadmisión. Este primer grupo de autos, como hemos podido comprobar, ofrece ya un buen conjunto de criterios de extraordinario valor que marcarán el camino a seguir. Sin duda, la doctrina contenida en el ATS 2126/2017 –ECLI: ES:TS: 2017:2126A, 49/2017, de 22 de marzo de 2017, entre otros, ordenando la retroacción de actuaciones es la que más nos ha llamado la atención.

**Isaac Merino Jara**

*Director*