

## Régimen legal de la admisión e inadmisión en el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo

**22.04.2016 Por Juan José Torres-Fernández Nieto, abogado del Estado en el Tribunal Supremo**

El próximo 22 de julio entrará en vigor la nueva regulación del recurso de casación que trae causa de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio que cambia por completo la regulación del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa. Sintéticamente, desaparecen las modalidades del recurso de casación (unificación de doctrina e interés de ley), y se da nueva regulación al recurso de casación (ordinario) ahora ya único, extraordinario como el anterior pero muy diferente tanto del régimen precedente como del régimen legal del recurso de casación civil (artículo 477 y siguientes Ley de Enjuiciamiento Civil).

### Características generales de la nueva casación

Como se ha dicho, el nuevo recurso de casación tiene que ver poco con el anterior, es un recurso basado en un único motivo de casación, el **interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia**. Debe destacarse que se trata de un interés casacional **“objetivo”**, es decir, independiente de los sujetos, las partes procesales y, además referido a **“la formación de jurisprudencia”**. El legislador **ha prescindido del “ius litigatoris”** y convertido el recurso de casación en una herramienta procesal al servicio exclusivo de la formación de jurisprudencia que, sin embargo viene lastrada porque: i) la jurisprudencia sigue siendo una fuente indirecta del Derecho en el ordenamiento jurídico español, complementaria del ordenamiento jurídico, pero no vinculante (artículo 1.6 del Código Civil). Es decir, no se instaura el sistema del precedente; ii) no se ha reformado el régimen del recurso de apelación como fue la intención de la propuesta elaborada por 21 Magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y los trabajos luego desarrollados en la Sección constituida en la Comisión General de Codificación, reforma necesaria para compensar un sistema jurisdiccional que relega el **“ius litigatoris”** a la única, primera instancia o apelación y lo destierra de la casación para convertirse en una herramienta para formar jurisprudencia y no para hacer justicia resolviendo conflictos entre partes, por más que, estimada la casación se dicte sentencia en cuanto al fondo del proceso (artículo 93 LJCA); iii) aunque, formalmente se amplían las sentencias susceptibles de recurso de casación (artículo 86 LJCA), lo cierto es que, los requisitos de admisión del recurso son tan estrictos que la previsión razonable es que aumente notablemente el ya elevado porcentaje de inadmisión de recursos de casación, puesto que, en definitiva, por más relevante que sea el conflicto planteado en el proceso y resuelto por la sentencia recurrida, la clave es si, en el mismo, existe o no interés casacional objetivo para formar jurisprudencia.

**Claves sobre la admisión e inadmisión del recurso de casación:** La finalidad del recurso de casación al servicio de la formación de jurisprudencia como objetivo exclusivo, va a configurar un régimen muy restrictivo de admisión porque, por ejemplo, cabe pensar que se ha excluido **“de iure”**, la admisión de recursos de casación respecto de materias en las que ya existe jurisprudencia con la sola excepción de que, la sentencia recurrida planteada dicha existencia, exponga las razones por las que no aplica la jurisprudencia y su criterio sobre la variación de la misma. Este parece ser el sentido razonable de la presunción de interés casacional recogida en el artículo 88.3.b LJCA objetivando la interpretación del término **“deliberadamente”** que se independiza de la mera voluntad de inaplicación de la jurisprudencia y exige que la sentencia refleje la motivación de dicha decisión y su finalidad.

En una primera aproximación podría decirse que pueden quedar fuera de la casación todas las infracciones de normas procesales o reguladoras de la sentencia, porque ya existe jurisprudencia y doctrina constitucional pacífica sobre la generalidad de las mismas (pertinencia y relevancia de la prueba, congruencia, motivación etc).

Igualmente puede afirmarse que, a pesar de que determinados autos siguen siendo recurribles en casación (artículo 87) es difícil imaginar un caso en el que un recurso de casación contra autos tendrá interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, situación que, desde luego no se advierte en los recursos contra autos de ejecución (provisional o definitiva) o de extensión de efectos. En el mismo sentido es difícil pensar en un debate cautelar en el que no exista jurisprudencia sobre los criterios y causas de adopción de medidas cautelares.

Cuando se trate de jurisprudencia sobre normas sustantivas, existe una dificultad que singulariza este recurso respecto del interés casacional utilizado para el recurso de casación civil (artículo 477 LEC). El ordenamiento jurídico administrativo es mucho más dinámico e inestable que el civil. La sucesión de normas y sus constantes reformas se ha convertido en algo cotidiano en el ordenamiento administrativo. No siempre es fácil identificar la jurisprudencia o señalar si la jurisprudencia establecida se aplica o no, a regulaciones que han variado en pocos meses y que pueden tener una mayor o menor (o ninguna) línea de continuidad. Eso puede llevar a un casuismo en el que asuntos de menor trascendencia sean admitidos por concurrir ese interés casacional para la formación de jurisprudencia y otros no se admitan –siendo más trascendentes económica, política o socialmente- porque ya existe jurisprudencia y el caso es una o varias sentencias que se apartan de la misma.

Como se ha dicho, la solución a este problema no vendría del supuesto de interés casacional objetivo presunto del artículo 88.3.b), porque la redacción de este precepto supone que el juzgador de instancia conoce la jurisprudencia y, señalada la misma en la sentencia, explica las razones por las que se aparta de la misma y, en su caso, la conveniencia de variar dicha jurisprudencia. La experiencia enseña que esta situación no siempre se plantea de este modo. A veces, esta situación resulta de la sentencia pero no se expresa en la sentencia, lo que ahora se puede corregir a través del motivo de casación del artículo 88.1.c) LJCA por infracción de normas reguladoras de la sentencia. Sin embargo, creo que no caben en el precepto comentado ninguna de ambas alternativas y que, por consiguiente, se trata de una vía muerta para el “ius litigatoris” de las partes.

La nueva regulación **configura un sistema desequilibrado** en el que, inmensas parcelas del ordenamiento jurídico, muy relevantes, se van a resolver a una sola sentencia, mientras que otros casos, no tan relevantes, pueden merecer hasta tres sentencias. Ese desequilibrio pudiera corregirse con una interpretación amplia de las causas de interés casacional objetivo enunciadas en sistema de “numerus apertus” por el artículo 88.2 LJCA. También podría corregirse si la jurisprudencia fijada es acatada por los juzgadores de instancia, en cuyo caso, lo razonable es que se reforzase la seguridad jurídica y que el resultado de los procesos sea predecible. Este ideal del legislador se basa en que el recurso permita formar jurisprudencia y que los juzgadores de instancia apliquen esa jurisprudencia y cuando no lo hagan expliquen “ad casum” o en general porque no lo hacen, lo que podría permitir variar esa jurisprudencia. Sin embargo, para que eso sucede debe cambiar un método de trabajo que –por variadas razones- cuenta con el respaldo de una fuerte inercia que, caso de mantenerse, puede hacer que el recurso de casación sea predecible, pero los procesos de instancia y apelación sean impredecibles, lo que desplazará la atención de las partes procesales a estos procesos en demérito de la casación ya que sus intereses se ventilan en definitiva en el debate concreto planteado en los mismos y no en una herramienta destinada a producir sentencias y doctrina excelente –seguro que será así- pero que no resuelve los conflictos ni satisface los intereses legítimos de las partes.

Dicho lo cual, quiero destacar el estricto régimen de admisión del recurso de casación. La propia literalidad del artículo 88.1, 2 y 3 prueba que el Tribunal Supremo tiene una amplia facultad para admitir el recurso. No basta que se alegue e incluso concorra infracción de norma o jurisprudencia. Es también necesario que de la misma se siga interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Por eso, aunque exista un supuesto de existencia de

interés casacional del artículo 88.2 LJCA, se puede inadmitir el recurso mediante providencia. Por eso, aunque se presume el interés casacional (artículo 88.3) se puede también inadmitir el recurso de casación.

Creo también que ese solo motivo de casación se basa en supuestos de existencia o presunción (artículo 88.2 y 3 LJCA), **permeables** y que debería admitirse esa permeabilidad. Por ejemplo el caso de los reguladores podría encajar en la presunción del artículo 88.3.d) pero también en las causas de interés casacional del artículo 88.2.a y b) por ejemplo. No se trata de elegir el supuesto. Se trata de que puede haber varios supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que puede dar lugar a autos de admisión parciales.

Además, la admisión se configura sobre la **regla de la “inaudita parte”**. La parte no interesa al legislador al que sin embargo, sí preocupa enseñar hasta el detalle del formato como se debe presentar un escrito de preparación (artículo 89.2) “enseñando al que ya sabe y debe saber” (el abogado). Prueba de que es “inaudita parte” es el artículo 90.1 y su literalidad: “excepcionalmente” y “solo si las características del asunto lo aconsejan”, términos que dejan al arbitrio de la Sección de admisión oír o no, a la partes y que sugieren que el legislador no ve con buenos ojos que las partes sean oídas a diferencia de lo que pasa ahora con el artículo 93 LJCA todavía vigente.

No obstante lo dicho, **sería útil oír a las partes** por lo menos en la primera fase de implantación del recurso de casación porque, sin duda, su participación podría enriquecer y ofrecer matices no desdeñables sobre el asunto y conviene recordar que la audiencia se ha referido “al asunto”, concepto no equivalente necesariamente con el motivo único en que se basa la ley o con los casos del artículo 88.2 y 3 LJCA.

### **Providencias de inadmisión**

Debo referirme también a las **providencias de inadmisión**. Sus motivos son los del artículo 90.4.a) a d). De ellos me interesa el d) porque es tautológico y puede dar lugar a que quien ha preparado el escrito basado en la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia obtenga una providencia de inadmisión que diga, escuetamente, que no tiene interés casacional objetivo para dicha formación. Por lo menos, en una primera fase de implantación y respecto de esta causa, no me parece satisfactorio. Creo que la parte necesita información, precisa saber por qué no se admite el recurso. Una información sucinta, máxime en tanto no hay un cuerpo de doctrina basado en autos de admisión, creo que sería necesaria y, además, útil como herramienta de colaboración de los operadores jurídicos con la Sala.

También quiero aludir a los **autos de admisión**. El legislador se ha preocupado de diseñar una Sección con una composición variable pero con un punto de partida de estabilidad (primer periodo anual) consciente de la importancia en esta primera etapa de esos autos que van a expresar el criterio o criterios a seguir y también van a acotar y señalar el camino de los escritos de interposición. Creo que el trabajo de la Sección es esencial y su expresión a través de los autos de admisión imprescindible para los operadores jurídicos.

Los autos de admisión van a ser la **herramienta imprescindible** para seleccionar los recursos de casación preparados en los que exista interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

El tenor literal de la reforma demuestra lo estricto del régimen de admisión del recurso de casación. Así:

88. El artículo **1 LJCA** dice que el Tribunal **podrá admitir** el recurso de casación exigiendo un presupuesto básico y un requisito o motivo esencial.
89. El presupuesto es que **pueda existir infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia**, que, “per se” **no determina la admisión del recurso ya que está encadenado al requisito o motivo único que es el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia** que la Sala debe valorar libremente.

90. Para realizar esa valoración, el artículo 88.2 señala una serie de supuestos en “*numerus apertus*” (un poco en la línea con la jurisprudencia actual sobre el artículo 93.2.d) LJCA), en los que existe interés casacional objetivo. Sin embargo, de nuevo se utiliza el término “**podrá**”, lo que señala que no basta con subsumir el asunto en alguno de los supuestos del artículo 88.2, sino que es preciso que, además, concorra ese interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.
91. Algunos de esos **supuestos revisten, además, problemas de interpretación** que será necesario ir resolviendo a medida que se admitan recursos de casación. Es el caso del apartado 2.d) del artículo 88 LJCA que admite una doble interpretación, ¿comprende un problema de falta de motivación de la sentencia? Ó, ¿comprende un problema de criterio?.
92. El artículo **3 LJCA**, de nuevo utiliza el término “**podrá**” que aquí tiene todavía mayor significado porque enumera una serie de casos en los que “se presume” el interés casacional objetivo, presunción sujeta a la valoración definitiva de la Sala al admitir el recurso.
93. Podemos aventurar, **relacionando los artículos 88.2 y 3 que los supuestos o motivos son permeables**, de modo que es factible que en un asunto concurren supuestos de existencia de interés casacional y de presunción de dicho interés, por ejemplo el caso de los reguladores del artículo 88.3.d) versus 88.2.

En este mismo sentido de rigor en la admisión del recurso encontramos el artículo 92.4 LJCA, en el que, ante una **duda sobre la admisión de un recurso que ya superó la fase de admisión y en el que se ha formalizado escrito de interposición, la Sala oye solo a la parte recurrente en punto a la admisión, único momento posible de contemplar “ex post” de la fase de admisión**, esta cuestión (que puede dar lugar a sentencias de inadmisión), ya que, la nueva regulación, a diferencia de la actual no permite que el recurrido, al oponerse alegue causas de inadmisión y circunscribe esta posibilidad al momento de la personación de éste ante el Tribunal Supremo (artículos 89.6), lo que podría plantear la duda de si, llegados a este punto podría aplicarse el artículo 90.1 LJCA y abrir el trámite también al recurrido.

Creo que no es así porque el recurso ya superó la fase de admisión, de modo que es dudoso que pueda abrirse el trámite al recurrido ex artículo 90.1 LJCA.

Otra de las cuestiones que pueden plantearse es que, como la experiencia ha demostrado, los criterios de admisión no son estables sino que varían. La variación de los mismos no está impedida por la regulación, sin embargo, parece que no puede exigirse la variación de criterios a quien ha preparado previamente a esa variación. La experiencia demostró lo contrario (v. STC 7/2015, seguida por otras muchas), por lo que cabe pensar que será subsanable la falta de adecuación a un criterio nuevo de admisión no existente a la fecha de la preparación, si bien parece que debe ser a iniciativa de parte y no de oficio.

A pesar de la importancia de la Sección de admisión, creo que sus funciones no van más allá de la admisión/inadmisión y no condicionan el ejercicio de la jurisdicción por la Sala de Enjuiciamiento correspondiente. Así lo demuestra el artículo 90.4 LJCA cuando permite que el enjuiciamiento se extienda a otras normas jurídicas distintas de las expresadas en el auto de admisión sí así lo exigiere el debate trabado en el recurso. Creo que esa posibilidad debe permitir que las partes también se extiendan a esos preceptos esenciales para resolver el debate planteado. En este mismo sentido apunta el artículo 93.1 que se refiere a la sentencia que se dictará una vez casada la recurrida en la que, además de fijar jurisprudencia, el Tribunal (como sucede ahora con el artículo 95 vigente) resolverá las cuestiones o pretensiones deducidas en el proceso (inclusive acordando la retroacción si fuese pertinente); o, incluso el artículo 93.3 cuando reitera la norma de integración de hechos recogida actualmente en el artículo 88.3 LJCA, si bien, ahora referida al motivo de casación de interés casacional objetivo y al objeto de resolver la controversia jurídica planteada.

No terminan aquí todas las dudas sobre el régimen de admisión de la nueva casación, así por ejemplo, puede plantearse si la admisión de recursos de casación que versen sobre la misma cuestión puede plantear la duda de que, formada jurisprudencia por dos o más sentencias, el resto de recursos vivos pero con un asunto ya resuelto por la Sala, podrían verse inadmitidos

por concurrir una **causa sobrevenida de pérdida del interés casacional objetivo que presidió su admisión**, lo que podría determinar que un recurso admitido sea finalmente inadmitido por esta causa mediante sentencia, o el papel que puede desempeñar el órgano de instancia en la admisión o, en fin, la utilidad nueva que puede tener el recurso de queja frente a decisiones de inadmisión.