



La nueva casación contencioso-administrativa (primeros pasos)

Joaquín Huelin Martínez De Velasco

La casación contencioso-administrativa estaba dejando de ser un instrumento adecuado para la formación de la jurisprudencia y para que el Tribunal Supremo cumpliera su papel de establecer pautas interpretativas uniformes del ordenamiento jurídico estatal. Las últimas reformas, elevando el umbral cuantitativo para acceder a la casación a sumas casi estratosféricas (600.000 euros), provocaron que quedaran al margen de la tarea jurisprudencial del Tribunal Supremo amplios sectores del ordenamiento administrativo y fiscal español. La Ley Orgánica 7/2015, en su disposición final tercera, modificó la Ley 29/1998 para reformar en profundidad el recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, ampliando el catálogo de resoluciones recurribles y haciendo pivotar la admisión del recurso sobre un nuevo concepto: “el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia”. Este trabajo explica las razones de la reforma, analiza la nueva disciplina legal y da cuenta de los primeros criterios del Tribunal Supremo en la puesta en marcha del nuevo recurso de casación.

Joaquín Huelin Martínez De Velasco es Magistrado del Tribunal Supremo

El artículo se publicó en el número 24 de la Revista General de Derecho Constitucional (Iustel, abril 2017)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LOS PRECEDENTES Y LA SITUACIÓN INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA REFORMA. II. UN NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA: EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO. 1. Los primeros impulsos. 2. Los dos claves de la reforma. 2.1. Las resoluciones recurribles. 2.2. La razón que justifica la admisión del recurso: el interés casacional objetivo. 3. Los supuestos de interés casacional objetivo del artículo 88.2 LJCA. 3.1. Resoluciones contradictorias ante supuestos sustancialmente iguales. 3.2. Sentencia con doctrina gravemente dañosa para los intereses generales. 3.3. Afección a un gran número de situaciones. 3.4. La incidencia constitucional. 3.5. El Derecho de la Unión Europea. 3.6. Disposiciones de carácter general. 3.7. Convenios interadministrativos. 3.8. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales. 4. Las presunciones de interés casacional objetivo del artículo 88.3 LJCA. 4.1. Inexistencia de jurisprudencia. 4.2. Apartamiento deliberado de la jurisprudencia. 4.3. Declaración de nulidad de una disposición general. 4.4. El interés casacional “protocolario”. III. LA PREPARACIÓN Y LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. 1. La preparación del recurso. 1.1. Las infracciones procedimentales causantes de indefensión: en especial, las incongruencias omisivas. 1.2. El juicio de relevancia. 1.3. La fundamentación del interés casacional objetivo. 1.3.1. Sentencias contradictorias [artículo 88.2.a) LJCA]. 1.3.2. Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.b) LJCA]. 1.3.3. Afección a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA]. 1.3.4. Incidencia constitucional [artículo 88.2. LJCA, letras d) y e)]. 1.3.5. El Derecho de la Unión Europea (artículo 88.2.f) LJCA]. 1.3.6. Los supuesto de interés casacional objetivo “inominados” del artículo 88.2 LJCA. 1.3.7. Inexistencia de jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA]. 1.3.8. Apartamiento deliberado de la jurisprudencia [artículo 88.3.b) LJCA]. 1.4. La fundamentación sobre la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo. 2. Las decisiones sobre la preparación y la admisión del recurso. 2.1. La decisión sobre la preparación por el órgano autor de la resolución impugnada. 2.2. La decisión de admisión por el Tribunal Supremo. IV. LA TRAMITACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS RECURSOS ADMITIDOS. V. LA SENTENCIA.

THE NEW CASSATION APPEAL BEFORE THE ADMINISTRATIVE DIVISION OF THE SUPREME COURT (FIRST STEPS)

ABSTRACT: The cassation appeal was ceasing to be an appropriate instrument for the formation of jurisprudence and for the Supreme Court to fulfill its role of establishing uniform interpretative guidelines of the state legal system. The last reforms, raising the quantitative to access the cassation appeal to sums almost stratospheric (600,000 euros), caused that were left to the margin of the jurisprudential task of the Supreme Court ample sectors of the Administrative and Fiscal Spanish order. The Organic Law 7/2015, in its third final provision, amended the Law 29/1998 to reform in depth the cassation appeal in the administrative jurisdiction, expanding the catalog of appealable decisions and pivoting the admission of the appeal on a new concept: "objective cassational interest for the formation of jurisprudence". This work explains the reasons for the reform, analyzes the new legal discipline and shows the first criteria of the Supreme Court in the implementation of the new appeal cassation.

I. INTRODUCCIÓN: LOS PRECEDENTES Y LA SITUACIÓN INMEDIATAMENTE ANTERIOR A LA REFORMA

La configuración actual de la jurisdicción contencioso-administrativa en el ordenamiento jurídico español nace en 1956, con la Ley de 27 de diciembre.

En ese diseño inicial, se prescindió del recurso de casación. El control jurisdiccional de los actos y disposiciones de las administraciones públicas se estructuró en una única instancia (las salas de lo contencioso-administrativo de las audiencias territoriales –después tribunales superiores de justicia- y, a partir de 1977, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional), con posibilidad de recurso de apelación de plena jurisdicción ante el Tribunal Supremo (sin motivos tasados, alcanzando la revisión no sólo al Derecho, sino también a los hechos) frente a las sentencias dictadas en asuntos que superaran determinada cuantía, y siempre que no fueran de ciertas materias. También se contemplaban un recurso de apelación –extraordinario- en interés de la ley y otro de revisión.

La jurisdicción contencioso-administrativa actuó, pues, durante 36 años articulada sobre una doble instancia limitada.

En el año 1992, mediante la Ley 10/1992, de 30 de abril, la apelación contencioso-administrativa fue sustituida por el recurso de casación. Se configuró así un medio de impugnación extraordinario, en cuanto se sustentaba en motivos tasados, del que, en principio, quedaba excluida la reconsideración de los hechos, y limitado, en la medida en que no alcanzaba a determinadas sentencias, tanto por la cuantía como por la materia. También se preveía un recurso de casación en interés de la ley (cuya legitimación quedaba muy restringida) y otro para la unificación de doctrina (cuando, no cabiendo casación común por razón de la cuantía, existiesen pronunciamientos contradictorios ante situaciones sustancialmente iguales).

Entre 1992 y 1998, año de entrada en vigor de la nueva Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), dicha jurisdicción pivotó sobre una instancia colegiada (los tribunales superiores de justicia y la Audiencia Nacional), con posibilidad de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

En 1998, con la Ley 29/1998, se dio carta de naturaleza a la previsión de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 relativa a la creación de órganos unipersonales (juzgados, provinciales y centrales) para controlar los actos de las administraciones locales, así como algunos de las autonómicas y de la Administración del Estado. Contra sus sentencias, siempre que el interés en litigio superara determinada cuantía –actualmente, 30.000 euros- o fuese indeterminada, se previó un recurso de apelación ante los tribunales superiores de justicia (sentencias de los juzgados provinciales) y la Audiencia Nacional (sentencias de los juzgados centrales).

Así pues, a partir de 1998 la jurisdicción contencioso-administrativa quedó estructurada del siguiente modo:

Una primera instancia ante los juzgados, con posibilidad (si se alcanzaba determinada cuantía) de apelación ante los tribunales superiores de justicia y la Audiencia Nacional, cuyas sentencias en apelación ponían fin a la vía jurisdiccional. Las sentencias de los juzgados que no eran susceptibles de apelación excepcionalmente podían ser objeto de un recurso de casación en interés de la ley, para la fijación de doctrina legal frente a pronunciamientos erróneos que contuviesen criterios gravemente dañosos para el interés general

Una única instancia ante los tribunales superiores de justicia y la Audiencia Nacional, con posibilidad de casación (común: si el interés económico en litigio era indeterminado o superaba cierto montante –en los últimos tiempos 600.000 euros-; o para la unificación de doctrina) ante el Tribunal Supremo. Las sentencias de los tribunales superiores de justicia contra las que no cabía ninguna de las dos citadas modalidades de casación podían ser objeto de recurso de casación en interés de la ley, con los mismos condicionamientos ya expuestos para las sentencias de los juzgados. Frente a las sentencias de los tribunales superiores de justicia que interpretaban y aplicaban Derecho autonómico cabía un recurso de casación para la unificación de doctrina ante una sección especial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del correspondiente Tribunal Superior de Justicia.

Una única instancia ante el Tribunal Supremo (en esencia, control del Gobierno y de los órganos constitucionales del Estado), sin posibilidad de recurso alguno, salvo el de unificación de doctrina cuando existiese contradicción entre sentencias de distintas secciones de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

El resultado de esta alambicada construcción, que ha permanecido durante 18 años, ha sido desalentador: amplísimos sectores del ordenamiento jurídico-administrativo español no han tenido acceso al Tribunal Supremo, con el efecto de que sobre los mismos no exista pronunciamientos del más alto órgano jurisdiccional de nuestra sistema ni, por ende, labor jurisprudencial alguna. Respecto de ellos, la llamada “jurisprudencia menor” de los tribunales superiores de justicia y de la Audiencia Nacional es variopinta, con el déficit de seguridad jurídica que ello comporta.

En los ámbitos a los que alcanzaba la jurisprudencia, la propia mecánica del recurso de casación diseñado inicialmente en la Ley 10/1992, y prolongado por la Ley 29/1998, muy apegada a las circunstancias del caso, dificultaba la creación de jurisprudencia. No resulta extravagante (aunque no sea común) encontrar respuestas distintas del propio Tribunal Supremo para resolver iguales cuestiones, en interpretación del mismo precepto legal y ante situaciones semejantes.

Y aun no siendo así, dado el diseño de nuestro ordenamiento para la revisión de los actos y disposiciones de la Administración, la intervención del Tribunal Supremo se producía tarde, normalmente en relación con preceptos que perdieron vigencia hace tiempo. ¿Para qué iluminar un camino que ya nadie transita? Tanto esfuerzo para nada, salvo para que algunos litigantes (pocos: aquellos cuya pretensión fuese susceptible de análisis en casación) pudiesen disfrutar de una segunda oportunidad.

Se hacía inexcusable modificar el sistema de la casación contencioso-administrativa.

II. UN NECESARIO CAMBIO DE PARADIGMA: EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

1. Los primeros impulsos

El cambio de paradigma parecía obligado, resultaba preciso abrir un cauce que permitiese al Tribunal que se sitúa en la cúspide de la pirámide jurisdiccional llegar allí donde fuere menester para preservar la unidad del sistema jurídico y la igualdad en su aplicación. De este modo, cumpliendo el papel que le asigna el artículo 123.1 de la Constitución Española, daría satisfacción a los designios a los que responden los artículos 9.3 y 14 de la propia Normal Fundamental.

Aquel sombrío panorama y estas anheladas metas impulsaron a veintiún magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a elevar, en el año 2006, una “exposición razonada” con el fin de proponer una reforma de la casación contencioso-administrativa que potenciase el empleo del “interés casacional”, convirtiéndolo en razón única para la admisión del recurso. Al mismo espíritu respondía la propuesta de anteproyecto de Ley de eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, elaborado por la Sección especial de la Comisión General de Codificación para la reforma de la Ley de dicho orden jurisdiccional, integrada por miembros de las distintas categorías de la Carrera Judicial (magistrados del Tribunal Supremo, magistrados y jueces), catedráticos y profesores de Derecho administrativo y abogados del Estado.

Esa propuesta fue el sustrato sobre el que actuó la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que, en un pleno no jurisdiccional celebrado el 5 de mayo de 2014, elaboró un proyecto articulado de nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo, pivotando sobre la idea del “interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia” como criterio determinante para la admisión de un recurso de casación. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en un informe de 3 de junio siguiente, dio alas a la propuesta emanada de la Sala Tercera. Tras su consideración por el Ministerio de Justicia, que la hizo suya con alguna modificación, se convirtió en proyecto de ley y, una vez tramitado en las cámaras legislativas, en la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015.

Esta disposición da nueva redacción a los artículos 86 y siguientes de la Ley 29/1998, cuyo texto responde al espíritu que inspiró en el año 2006 a un número significativo de magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Su entrada en vigor se produjo el 22 de julio de 2016.

2. Los dos claves de la reforma

La reforma supone un profundo cambio de modelo. Su objetivo consiste en reforzar el recurso de casación para asegurar la homogeneidad en la aplicación judicial del Derecho, por considerar que la tarea central del Tribunal Supremo es sembrar seguridad jurídica, fijando criterios uniformes en la interpretación del ordenamiento jurídico. Dicho Tribunal está llamado a prestar tutela judicial, pero también –y preferentemente- a promover la seguridad jurídica. Dicho de otro modo, tienen derecho al recurso de casación y pueden acceder al Tribunal Supremo, que ha de suministrarles una respuesta razonada y fundada en Derecho (*ius litigatoris*), quienes, al ejercitar sus pretensiones, facilitan la labor nomofiláctica y unificadora de la jurisprudencia (*ius constitutionis*).

Por ello, el recurso de casación es admisible cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico (estatal o de la Unión Europea –si la infracción es del Derecho autonómico la Ley prevé, sin desarrollarlo, un recurso de casación específico ante el correspondiente Tribunal Superior de Justicia-) o de la jurisprudencia, el Tribunal Supremo aprecia que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de esta última (artículo 88.1 LJCA). Es decir, el recurso sólo es admisible si, al hilo de la infracción que afecta a los derechos e intereses legítimos del recurrente, el Tribunal Supremo considera que debe pronunciarse con el fin de sentar jurisprudencia.

De este modo, el Tribunal Supremo presta “tutela inmediata” al recurrente, resolviendo sus pretensiones, tras interpretar las normas aplicables para la resolución del debate, al tiempo que suministra una “tutela mediata” a los demás justiciables, fijando criterios claros y definidos, así como marcando la senda a seguir por los demás órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y por las administraciones públicas.

Con tales objetivos, la nueva casación pivota sobre dos ideas centrales: ampliación del catálogo de resoluciones susceptibles del recurso de casación y reducción a una de las razones que justifican la admisión del recurso.

2.1. Las resoluciones recurribles

Conforme a la primera, cabe recurso de casación contra todas las sentencias, cualquiera que sea el órgano que las dicte y el grado en que lo haya sido, siempre y cuando se funde en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sean relevantes y determinantes del fallo que se impugna. Sólo quedan excluidas las pronunciadas en los procedimientos contencioso-electorales y en el especial en materia de derechos de reunión y manifestación (artículo 86 LJCA). También cabe impugnar algunos autos (artículo 87 LJCA).

Tratándose de las sentencias que procedan de los juzgados, deben contener una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y ser susceptibles de extensión de efectos. Estos dos requisitos son concurrentes. Si falta uno de los dos, la sentencia no es recurrible en casación.

En cuanto al segundo de los requisitos, ha de tratarse, por tanto, de sentencias que, resolviendo cuestiones tributarias, de personal al servicio de las administraciones públicas o de unidad de mercado, estimen el recurso y reconozcan una situación jurídica individualizada (artículo 110.1 LJCA). Deben añadirse las sentencias dictadas en pleitos testigos, cuyos efectos también pueden ser objeto de extensión (artículo 111 LJCA, en relación con el 37.3 LJCA).

Parece, a la vista de la anterior disciplina, que el legislador ha querido que las sentencias dictadas por los juzgados sólo se recurran por las administraciones públicas autoras de las disposiciones y actos impugnados, pues únicamente son susceptibles de extensión de efectos las sentencias estimatorias que reconozcan una situación jurídica individualizada. Frente a las contrarias a los intereses de los demandantes no cabe recurso alguno. Esta disciplina recuerda al viejo recurso de casación en interés de la ley. Incluso parece más restrictiva. El recurso de casación en interés de la ley era un instrumento puesto a disposición de las administraciones públicas territoriales y de las corporaciones y entidades que ostentasen la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, legitimadas en el asunto, así como del Ministerio Fiscal, para reaccionar frente a las sentencias que, no siendo recurribles a través de otra modalidad de recurso de casación, contuviesen una doctrina errónea gravemente dañosa para el interés general (antiguo artículo 100.1 LJCA). En la disciplina hoy derogada, tratándose de sentencias de los juzgados frente a las que no fuera viable otra modalidad de recurso de casación, cabía pues el recurso de casación en interés de la ley, con independencia de la materia y del sentido del fallo, sin otro límite que la doctrina que contuvieran fuera gravemente lesiva para los intereses generales. En esa regulación, al menos en los términos de la Ley, cabía que una corporación o entidad, representativa de intereses de carácter general o corporativo, que hubiese actuado en el caso, impugnara la sentencia desestimatoria de un juzgado por considerar que contenía una doctrina con aquel alcance lesivo para el interés general o corporativo que representaba [*vid.* autos de 19 de mayo de 2011 (casación en interés de la ley 2342/2011, FJ 2º) y 21 de diciembre de 2011 (casación en interés de la ley 5425/2011, FJ 1º)] .

En cualquier caso, aun reconociendo que desde la perspectiva del derecho al recurso (*ius litigatoris*) la nueva regulación constituye una auténtica limitación respecto de la anterior, atendiendo a la formación de la jurisprudencia (*ius constitutionis*) la acotación es más teórica que real. Las materias tratadas por los juzgados de lo contencioso-administrativo distintas de aquellas en las que cabe la extensión de efectos y estas mismas cuando la sentencia sea desestimatoria o siendo estimatoria no reconozca una situación jurídica individualizada, podrán acceder a la casación si la sentencia del juzgado es recurrida en apelación, en cuyo caso, la pronunciada en la segunda instancia será susceptible de casación, siempre, claro está, que se trate de interpretar normas del Derecho estatal o del ordenamiento jurídico de la Unión Europea que hayan sido relevantes o determinantes del fallo (*vid.* artículo 86.3 LJCA, párrafo primero).

Por lo demás, cabe preguntarse si pueden recurrirse en casación los autos de los juzgados. Parece que no, si se tiene en cuenta que el artículo 87.1 LJCA guarda absoluto silencio sobre ellos y se refiere únicamente a los dictados por las salas de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los tribunales superiores de justicia. Aun cuando se interpretara ese silencio como un lapsus del legislador, se ha de tener en cuenta que el precepto dispone

que los autos a los que se refiere son recurribles con las mismas limitaciones que los apartados 2 y 3 del artículo 86 establecen para las sentencias. Por lo tanto, habría de concluirse que los autos de los juzgados serían recurribles también con iguales acotaciones que las dispuesta en el apartado 1 del artículo 86 para sus sentencias. Siendo ello así, sería necesario que, además de contener una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, fueran susceptibles de extensión de efectos, cualidad que no se reconoce en la ley a los autos (sólo permite extender los efectos de las sentencias, no de otras resoluciones judiciales).

Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán recurribles en casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento (artículo 86.4 LJCA). Como quiera que dicha Ley (nº 7/1988) sigue operando con el criterio de la cuantía (artículo 81.2), parece que sus resoluciones sólo serán susceptibles de casación cuando la superen. Surge la duda de si, una vez traspasado el umbral cuantitativo y siendo, por ello, procedente el recurso, deberá fundarse en alguno de los motivos que indica su artículo 82 (que responden a la filosofía del régimen hoy derogado) o si, por el contrario, la impugnación en casación habrá de adaptarse al nuevo modelo establecido por la Ley 29/1998, esto es, fundarse en el interés casacional objetivo definido en el artículo 88 LJCA.

2.2. La razón que justifica la admisión del recurso: el interés casacional objetivo

La segunda de las dos ideas sobre las que pivota el nuevo recurso de casación, que constituye la clave de bóveda del sistema, consiste en que únicamente es admisible el recurso cuando la cuestión que suscite presente “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia” (artículo 88.1 LJCA). No basta con que el asunto presente “interés casacional objetivo”, sino que ese interés ha de serlo “para la formación de la jurisprudencia”. Por ello, la Ley exige del recurrente que, en el escrito de preparación del recurso, además de fundamentar con singular referencia al caso que concurre alguno o alguno de los supuestos que, conforme a la propia Ley, permiten apreciar (artículo 88.2 LJCA) u obligan a presumir (artículo 88.3 LJCA) el interés casacional objetivo, razone sobre la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA]. Se trata de dos conceptos jurídicos indeterminados cuyo *halo de incertidumbre* es bien diferente. El primero (“interés casacional”) ha sido delimitado con mayor o menor precisión por el legislador. El segundo (“para la formación de la jurisprudencia”), sólo enunciado. Consecuentemente, la posición del Tribunal Supremo frente a uno y otro es distinta.

El artículo 88.2 LJCA dice que el Tribunal Supremo “podrá” apreciar la existencia de interés casacional objetivo, suministrando, a través de una lista abierta (“entre otras circunstancias”, dice el precepto), nueve “criterios delimitadores” del concepto jurídico indeterminado. Por su parte, el artículo 88.3 LJCA obliga al Tribunal Supremo a “presumir” que existe interés casacional en los cinco supuestos que enumera –se trata de una lista cerrada-, los cuales se erigen en otros tantos “criterios prefiguradores” del concepto jurídico indeterminado.

En la definición del “interés casacional objetivo” la tarea del Tribunal Supremo se acerca mucho a un juicio de subsunción: ha de comprobar si la cuestión que se suscita es encuadrable en alguna de las nueve letras del artículo 88.2 LJCA (o en otro supuesto no expresamente previsto: *numerus apertus*) o en alguna de las cinco del artículo 88.3 LJCA. Una vez realizada tal operación, “puede” considerar o “debe” presumir que la cuestión suscitada tiene interés casacional objetivo [salvo que motive en contrario –artículo 88.3 LJCA, último párrafo-, con excepción de los supuestos del artículo 88.3, letras b) y c), que establecen presunciones *iuris et de iure*, si bien en el caso de la letra c) la presunción desaparece cuando la disposición general declarada nula, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente].

Pero tal constatación no determina automáticamente la admisión del recurso de casación. Resulta menester que el Tribunal Supremo considere necesario formar jurisprudencia sobre tal cuestión. Por ejemplo, es posible que el precepto sobre el que no exista jurisprudencia sea de tal factura que no pida ser interpretado, que pese al silencio jurisprudencial no haya controversia acerca de su exégesis entre los órganos de la jurisdicción contencioso-

administrativa, sin que el Tribunal Supremo encuentre razones para discrepar, o que la divergencia interpretativa en las instancias inferiores tenga lugar en relación con una norma que ya no se encuentra en vigor o con nula o escasa proyección general. En estos casos, pese a estar presente en abstracto el interés casacional objetivo, según ha sido definido por el legislador, no lo es para la formación de la jurisprudencia. En el particular controvertido, el ordenamiento jurídico no necesita ser esclarecido, no demanda el establecimiento de criterios firmes y uniformes. Aquí la tarea del Tribunal Supremo no es de subsunción, sino de elección. Su margen de maniobra es de gran amplitud.

Ese margen de maniobra, ciertamente amplio, es distinto en los supuestos del artículo 88.2 LJCA y del artículo 88.3 LJCA. En estos segundos, si bien la presunción legal no alcanza a la necesidad de formar jurisprudencia (se limita a la presencia del interés casacional objetivo), comunica a esa necesidad una mayor intensidad, lo que obliga a una justificación explícita por parte del Tribunal Supremo. Por ello, en estos casos la inadmisión se acuerda por auto motivado [*vid.* artículo 90.3.b) LJCA].

3. Los supuestos de interés casacional objetivo del artículo 88.2 LJCA

El artículo 88.2 LJCA relaciona nueve situaciones en las que el Tribunal Supremo puede apreciar que la cuestión que suscita el recurso tiene interés casacional objetivo. Vaya por delante que es una lista abierta (“entre otras circunstancias”, dice el precepto) y que es muy previsible que la Sección Primera (que es la de admisión) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo aprecie el interés casacional objetivo por razones distintas de las expresamente previstas en la norma. Téngase en cuenta que el interés casacional lo es “para la formación de la jurisprudencia” y que este concepto jurídico indeterminado no se refiere sólo a la creación en sentido estricto de la misma, sino también a su evolución. La jurisprudencia no sólo se establece, sino que también se matiza, corrige, defiende e, incluso, cambia.

3.1. Resoluciones contradictorias ante supuestos sustancialmente iguales

La letra a) del precepto se refiere a aquellos casos en los que la sentencia <<[f]ije, 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>>.

La dicción del precepto evoca al derogado recurso de casación para la unificación de doctrina; su designio es el mismo: conducir a la unidad los criterios dispersos y discrepantes de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, estableciendo la “paz jurídica” al servicio de la igualdad y seguridad en la interpretación y la aplicación del ordenamiento. Ahora bien, su potencialidad es mucho mayor, pues aquí ya no se exige la vieja tríada reclamada por la jurisprudencia (identidades subjetiva, objetiva y causal), sino tan sólo que las cuestiones tratadas de forma jurídicamente distinta sean “sustancialmente iguales”. Igualdad que se proclama de la “cuestión”, noción que viene determinada tanto por la norma aplicada como por la realidad a la que se aplica (*vid.* auto de 8 de marzo de 2017, RCA/40/2017, FJ 2º, punto 4.2). Hay que atender, pues, a una noción “sustancial” de la “igualdad de cuestiones”, sin hacer una disección analítica que conduzca, como ocurría con el antiguo recurso de casación para la unificación de doctrina, a un callejón sin salida en el que siempre había algún elemento diferenciador que hacía inviable el recurso.

En la noción de “otros órganos jurisdiccionales” se integra cualquier juzgado o tribunal del orden contencioso-administrativo, incluido el propio Tribunal Supremo (*vid.* auto de 29 de marzo de 2017, RCA/176/2017, FJ 2º, punto 2). Así lo viene entendiendo la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha considerado que presentan interés casacional objetivo al amparo del artículo 88.2.a) LJCA aquellos casos en los que la sentencia impugnada establezca un criterio interpretativo distinto del señalado en sentencias de otros órganos jurisdiccionales, entre otros, del Tribunal Supremo. Nada que objetar a esta línea, pero debe ser manejada con prudencia para evitar convertir, por este cauce, el recurso de casación fundado en el “interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia” en un recurso “por infracción de la jurisprudencia”. Debe acortarse su aplicación a aquellos casos

en los que la sentencia recurrida, además de contradecir el criterio del Tribunal Supremo, también se oponga al señalado por otros órganos jurisdiccionales que siguen la jurisprudencia del Alto Tribunal. En aquellas situaciones excepcionales en que la sentencia recurrida deja inaplicada una jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin expresar que se separa de ella por considerarla errónea [supuesto de presunción del artículo 88.3.b) LJCA] y sin entrar en contradicción con pronunciamientos de otros órganos jurisdiccionales distintos del Tribunal Supremo, en lugar de “sobreexplotar” la veta que ofrece el artículo 88.2.a), sería conveniente hacer uso de la facultad que el artículo 88.2 LJCA reconoce al Tribunal Supremo para apreciar otras razones distintas de interés casacional objetivo. Al fin y al cabo, la jurisprudencia, como ya he apuntado, no sólo se crea, sino que también se “defiende”.

Cabe preguntarse si en la noción de “otros órganos jurisdiccionales” se integran el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Respecto de los dos primeros, creo que la respuesta es negativa, pues sus pronunciamientos tienen su tratamiento específico en las letras e) y f) del artículo 88.2. En lo que atañe al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, estimo que la respuesta también debe ser negativa por otro orden de razones. El recurso de casación se justifica en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, bloques normativos que el Tribunal de Estrasburgo no está llamado a interpretar (su papel se reduce a la interpretación del Convenio de Roma y sus protocolos adicionales), por lo que difícilmente puede establecer a través de sus sentencias criterios exegéticos de normas de aquellos dos bloques normativos (estatal y europeo) que la sentencia recurrida contradiga. Ello, sin perjuicio del carácter informador que ha de reconocerse a su jurisprudencia en la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución de 1978 proclama, por la vía de su artículo 10.2.

Estimo que las sentencias de otros órdenes jurisdiccionales no son virtuales para sustentar el interés casacional por el cauce del artículo 88.2.a), salvo que, al abrigo del artículo 4.1 LJCA, la resolución recurrida haya conocido con carácter prejudicial o incidental cuestiones no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con el recurso contencioso-administrativo (excepción hecha de las de carácter constitucional y penal), y al abordarlas haya interpretado instituciones jurídicas propias de esos otros órdenes, para cuestiones sustancialmente iguales, de forma contradictoria con la que establecen los jueces y tribunales de los mismos, siendo la interpretación de la sentencia recurrida relevante y determinante del fallo.

Las sentencias de contraste deben ser firmes (*vid.* auto de 8 de marzo de 2017, RCA/40/2017, FJ 2º, punto 4.2).

3.2. Sentencia con doctrina gravemente dañosa para los intereses generales

El artículo 88.2.b) permite al Tribunal Supremo apreciar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando la resolución discutida sienta una doctrina sobre las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea <<que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales>>.

Sobre la noción de “doctrina gravemente dañosa para los intereses generales” son trasladables al nuevo recurso de casación los criterios fijados por el Tribunal Supremo para el derogado recurso de casación en interés de la ley. Esto es, cabe hablar de un daño de esa índole cuando la doctrina errónea de la sentencia sea en sí misma productora de esa clase de daños o resulte razonable pensar que vaya a ser seguida posteriormente de forma repetida por los tribunales de instancia, e incluso las administraciones públicas, al conocer de casos iguales.

Según ya ha quedado indicado, las sentencias de los juzgados sólo son recurribles cuando, siendo susceptibles de extensión de efectos, contengan una doctrina que se repute gravemente dañosa para los intereses generales. Cabe preguntarse, entonces, si en el caso de las sentencias de los órganos unipersonales en el orden contencioso-administrativo su condición de recurribles lleva ínsita la posibilidad de que se aprecie el interés casacional

objetivo. Parece ser así, pues los términos utilizados por el legislador en el segundo párrafo del artículo 86.1 LJCA son los mismos que emplea en el artículo 88.2.b) LJCA.

Ahora bien, esa premisa no lleva como corolario que deba admitirse automáticamente todo recurso dirigido contra una sentencia de un juzgado que reúna las dos condiciones señaladas en el artículo 86.1 LJCA, segundo párrafo. Ha de repararse en que las circunstancias del artículo 88.2 LJCA habilitan al Tribunal Supremo para admitir el recurso, pero no le obligan a ello. El Alto Tribunal goza, como ya he expresado, de una margen de maniobra para, concurriendo uno de los supuestos del precepto, concluir que no resulta admisible el recurso por no ser necesario formar jurisprudencia (en el sentido amplio que ya he expresado). Puede darse, por ejemplo, la tesis de que una sentencia de un juzgado contenga una doctrina gravemente dañosa para el interés general representado por el acto administrativo anulado (pongamos por caso, una liquidación sobre la tasa de basura mediante un criterio interpretativo cuya reiteración puede arruinar con la recaudación municipal por tal tributo), pero, sin embargo, que el Tribunal Supremo no considere necesario sentar jurisprudencia en interpretación de las normas del Derecho estatal o de la Unión Europea que, en su criterio erróneo, han llevado al juzgado a la resolución estimatoria.

Dicho en otras palabras, el hecho de que quepa apreciar interés casacional objetivo cuando la sentencia sienta una doctrina que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales no convierte automáticamente el recurso de casación en un instrumento para la defensa de esos intereses generales. Su objetivo sigue siendo fijar la interpretación de las normas del Derecho estatal y de la Unión Europea, con la intervención, en su caso, en esta segunda hipótesis, del Tribunal de Justicia de la Unión. Por lo tanto, si no es necesario formar jurisprudencia, el recurso no debe ser admitido, por muy intenso que sea ese daño para los intereses generales representados por la Administración recurrida.

Por lo demás, nada hay en la regulación del nuevo recurso de casación que habilite sólo a las administraciones públicas a actuar en defensa de los intereses generales. A diferencia de lo que ocurría en el recurso de casación en interés de la ley, el legislador no ha restringido la legitimación para recurrir. Sobre el papel, el interés general puede ser defendido por un particular que ha obtenido una sentencia desestimatoria que reputa gravemente dañosa para el mismo. Y es así porque no hay que confundir los intereses generales a los que alude el artículo 103.1 de la Constitución, y que las administraciones públicas deben servir con objetividad, con el interés que se juega en el proceso la administración demandada. En el ámbito tributario, la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha afirmado que <<desde la perspectiva fiscal, [el interés general] no consiste en recaudar más (mero "interés recaudatorio), sino en obtener la recaudación que derive de la realización de un sistema tributario justo, mediante la puesta en práctica de los principios que proclama el artículo 31 de la Constitución Española (verdadero "interés general")>> [auto de 29 de marzo de 2017, RCA/256/2017, FJ 2º, punto 3.1.2].

3.3. Afeción a un gran número de situaciones

El artículo 88.2.c) permite al Tribunal Supremo apreciar interés casacional objetivo cuando la resolución recurrida <<[a]fecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso>>.

La afeción a un gran número de situaciones puede ser, pues, una condición innata de la sentencia (piénsese en las que afectan a disposiciones de carácter general, aun cuando tienen cauces específicos de expresión del interés casacional objetivo, o a actos plúrimos masivos, o en sentencias que resuelven un gran número de recursos acumulados). También puede ser manifestación de las potencialidades del caso enjuiciado, si el criterio sentado en la resolución discutida es susceptible de ser reproducido en otros muchos supuestos para justiciables en situación semejante, o por la naturaleza de la norma interpretada y el ámbito material al que afecta (*v.gr.*: tributos, personal al servicio de las administraciones públicas).

Esta última precisión vuelve a suscitar el problema de si, en el caso de las resoluciones de los juzgados, la condición de recurrible (recuérdese que son susceptibles de extensión de efectos

las sentencias estimatorias que reconozcan una situación jurídica individualizada, dictadas, entre otras, en materia tributaria y de personal al servicio de las administraciones públicas – artículo 110.1 LJCA-) lleva asociada la presencia del interés casacional objetivo. Valen aquí las reflexiones realizadas al hilo del requisito de que la sentencia contenga una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.

En cualquier caso, esta razón para considerar presente el interés casacional objetivo es una de las que mayor juego están dando durante los primeros pasos del nuevo recurso de casación, especial, y precisamente, en materia tributaria y de personal de las administraciones públicas, que son dos ámbitos en los que el antiguo recurso de casación, cuya admisión basculaba sobre la cuantía de la pretensión en juego, había producido su alejamiento del Tribunal Supremo, dejándolas huérfanas de criterios jurisprudenciales uniformes.

La Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha rechazado que el hecho, sin más, de que la sentencia impugnada interprete una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de su naturaleza intrínseca, determine que afecte a una gran número de situaciones (auto de 8 de marzo de 2017, RCA/40/2017, FJ 2º, punto 5.2).

Por otro lado, ha considerado, por ejemplo, que hay afección de un gran número de situaciones en asuntos de naturaleza fiscal cuando se trata de interpretar preceptos que regulan aspectos de los procedimientos tributarios (*vid.* auto de 8 de febrero de 2017, RCA/86/2016, FJ 2º, punto 6) o relativos a la impugnación de figuras impositivas de aplicación masiva (*vid.* auto de 1 de marzo de 2017, RCA/128/2016, FJ 2º, punto 7). En otros ámbitos, como el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataforma o aplicaciones digitales (*vid.* auto de 13 de marzo de 2017, RCA/313/2016, FJ 4º) o el del personal al servicio de las administraciones públicas (*vid.* auto de 6 de marzo de 2017, RCA/246/2016, FJ 1º, punto 2), también se ha apreciado interés casacional objetivo con fundamento en el artículo 88.2.c) LJCA. La misma caracterización han merecido asuntos en materia de extranjería (*vid.* auto de 6 de marzo de 2017, RCA/298/2016, FJ 1º).

3.4. La incidencia constitucional

La letra d) del artículo 88.2 autoriza al Tribunal Supremo a apreciar interés casacional objetivo si la sentencia que se recurre resuelve <<un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida>>. Por su parte, la letra e) hace lo propio cuando la sentencia <<interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional>>.

Estas dos razones para apreciar el interés casacional objetivo refuerzan la posición del Tribunal Supremo como vértice de la organización jurisdiccional contencioso-administrativa en nuestro sistema procesal. Permiten centralizar en él, antes de la intervención, en su caso, del Tribunal Constitucional, el control de aquellas sentencias (con las exiguas exclusiones que se contienen en el artículo 86 LJCA) que interpretan y aplican normas legales de cuya constitucionalidad cabe dudar o resuelven pretensiones en contradicción con la doctrina del máximo intérprete de la Constitución.

Permiten así al Tribunal Supremo controlar la constitucionalidad de normas legales, y las dudas ante ello, que antes, como consecuencia del criterio cuantitativo, difícilmente franqueaban las puertas de la casación, quedando como auténticos “zombis” en un “limbo constitucional”. Ahora, el Tribunal Supremo puede apreciar interés casacional objetivo y admitir el recurso para decidir definitivamente si la norma legal aplicada es constitucional o plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad si, pese al criterio del órgano de instancia, recela de su adecuación a la Constitución.

Y lo mismo ocurre cuando la resolución discutida resuelve aplicando, aparentemente con error, una doctrina del Tribunal Constitucional. Como parece obvio, la noción “aparentemente

con error” debe incluir no sólo los casos en los que parezca que el juez de la instancia no ha entendido cabalmente la doctrina del Tribunal Constitucional, sino aquellos otros en los que exista certeza sobre su error y en los que, sencillamente, ignore o se separe de los criterios contenidos en las sentencias de dicho Tribunal.

3.5. El Derecho de la Unión Europea

Con arreglo al artículo 88.2.f) LJCA, el Tribunal Supremo puede apreciar interés casacional objetivo cuando la resolución discutida <<[i]nterprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial>>.

Esta razón para apreciar el interés casacional objetivo es de la misma sustancia que las dos anteriores y coloca en una posición semejante al Tribunal Supremo en lo que se refiere a la aplicación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea y a la interpretación y aplicación de los componentes del ordenamiento jurídico interno que son trasposición del mismo o que, simplemente, inciden en su ámbito material.

Esta razón de interés casacional objetivo habilita al Tribunal Supremo para controlar la aplicación del Derecho de la Unión por los órganos jurisdiccionales de instancia, operando así como “cortafuegos” ante eventuales situaciones de incumplimiento de dicho ordenamiento y, consecuentemente, para enervar las consecuencias anudadas al mismo. En materia tributaria, está resultando un cauce privilegiado para admitir recursos contra sentencias que, en ámbitos armonizados, hacen caso omiso de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia e, incluso, resuelven en contradicción con sus criterios, dando a las normas del Derecho de la Unión una interpretación distinta a la sostenida por los jueces de Luxemburgo.

En relación con este último aspecto, el de la interpretación de las normas del Derecho de la Unión, el artículo 88.2.f) LJCA permite al Tribunal Supremo intervenir en aquellos casos en los que el órgano de instancia haya resuelto un litigio en el que está en juego una norma de dicho ordenamiento jurídico, por defecto (haciendo caso omiso de su existencia) o por exceso (interpretándola por su propia autoridad, en ausencia de las condiciones de la doctrina CILFIT), sin dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia.

En este sentido, el nuevo recurso de casación altera la posición de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa en cuanto al planteamiento de cuestiones prejudiciales se refiere. Salvo en los contados casos en los que la resolución no es recurrible en casación, en los demás –la inmensa mayoría- el Tribunal Supremo ha quedado convertido en el órgano jurisdiccional que resuelve en última instancia, resultando obligado, en los términos del artículo 267 TFUE, a plantear la cuestión prejudicial, con excepción de los supuestos en los que se den las citadas condiciones CILFIT. Los demás órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, ante la necesidad de interpretación de una norma del Derecho de la Unión para resolver el litigio, sólo están facultados para formular un reenvío prejudicial.

El nuevo recurso de casación refuerza la posición del Tribunal Supremo en la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión Europea en nuestro sistema contencioso-administrativo, permitiéndole centralizar las operaciones de aplicación e interpretación de dicho ordenamiento jurídico, sin perjuicio de la potestad soberana de los jueces de la instancia de, si lo estiman pertinente, plantear cuestión prejudicial. Supone un plus de responsabilidad que facilita un diálogo más flexible entre los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa española y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.6. Disposiciones de carácter general

El artículo 88.2.g) LJCA permite apreciar interés casacional objetivo cuando la resolución recurrida <<[r]esuelva un proceso en el que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general>>.

Esta razón para apreciar interés casacional objetivo debe ponerse en relación con la presunción del artículo 88.3.c) LJCA (declaración de nulidad de una disposición de carácter general), de ámbito más restringido.

El legislador ha querido ofrecer un cauce al Tribunal Supremo para examinar en casación sentencias en las que, de forma directa o a través de la impugnación de sus actos de aplicación, se ha enjuiciado la validez de una norma reglamentaria. Debe entenderse que ha querido que sea así porque en el debate sobre la validez de las disposiciones de esa naturaleza pueden encontrarse en juego principios nucleares de nuestro sistema jurídico, como son los de competencia, jerarquía normativa, seguridad jurídica o igualdad ante la norma.

En cualquier caso, la circunstancia de que se haya enjuiciado, directa o indirectamente, una disposición de carácter general permite apreciar el interés casacional objetivo, pero no convierte al recurso en un instrumento de defensa de la norma debatida [a diferencia de lo que ocurre con la presunción del artículo 88.3.b) LJCA]. El designio del recurso sigue siendo la interpretación de las normas del Derecho Estatal o de la Unión Europea que han sido manejadas para resolver el litigio, en el que, de forma directa o indirecta, se discutía la validez de la disposición reglamentaria.

Esa norma reglamentaria puede proceder de cualquier fuente de producción normativa: la Administración del Estado, las de las Comunidades Autónomas o las de las corporaciones locales. La nota decisiva es que se entienda que infringen normas del Derecho estatal, de la Unión Europea o la jurisprudencia que las interpreta.

3.7. Convenios interadministrativos

Conforme al artículo 88.2.h) el Tribunal Supremo puede apreciar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando la sentencia <<[r]esuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas>>.

No resulta fácil aprehender los móviles del legislador para incluir este supuesto de interés casacional objetivo, salvo que se entienda que la razón consiste en que contienen dos administraciones públicas. Esta explicación no resulta, sin embargo, convincente, pues hay otros litigios en los que se enfrentan administraciones públicas en los que el legislador no ha considerado que tal circunstancia, *per se*, puedan servir para apreciar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. Si tal fuera la justificación, así lo habría establecido la ley. Tampoco el contenido de los convenios da cuenta de la inclusión de este supuesto de interés casacional objetivo, pues su objeto puede ser de lo más variado.

Para dar contenido a la noción de convenio interadministrativo hay que acudir a los artículos 47 a 53 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Esta causa se encuentra inédita en la corta vida del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo.

3.8. Procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales

El Tribunal Supremo puede apreciar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia si la sentencia o el auto recurrido ha sido dictado en resolución del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales [artículo 88.2.i) LJCA], esto es, en el regulado por los artículos 114 a 122 *bis* LJCA.

Aquí el interés viene determinado por el cauce procesal en el que ha sido adoptada la decisión impugnada. Se entiende que sea así, pues se trata de pronunciamientos que tienen por objeto el amparo judicial de los derechos y libertades proclamados en los artículos 14 a 29 de la Constitución, más la objeción de conciencia del artículo 30. Es decir, el legislador ha querido que pueda el Tribunal Supremo apreciar interés casacional cuando se discute el

contenido constitucional de esos derechos y libertades, jugando en este supuesto un papel semejante al que le reserva el artículo 88.2.f) LJCA. El artículo 88.2.i) LJCA pone en juego, para permitir apreciar interés casacional objetivo, la interpretación de uno de los componentes centrales de nuestro sistema constitucional: el de las garantías fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

4. Las presunciones de interés casacional objetivo del artículo 88.3 LJCA

El artículo 88.3 LJCA obliga al Tribunal Supremo, en cinco supuestos, a presumir que la cuestión que suscita el recurso tiene interés casacional objetivo. De estas presunciones, que constituyen una lista cerrada, tres son los *iuris tantum* [las de las letras a), d) y e)] y dos *iuris et de iure* [letras b) y c)], si bien la segunda admite una “contrapresunción”.

4.1. Inexistencia de jurisprudencia

El artículo 88.3.a) LJCA presume *iuris tantum* que existe interés casacional objetivo <<[c]uando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia>>.

Esta disposición constituye, junto con la del artículo 88.2.a) LJCA, uno de los pilares de la nueva casación al servicio del *ius constitutivonnis*. La letra a) del apartado 2 permite establecer criterios interpretativos uniformes allí donde está instalada la contradicción. La letra a) del apartado 3 ofrece un cauce para hacer lo propio cuando no existe criterio alguno. De este modo, el Tribunal Supremo marca pautas interpretativas a los demás operadores jurídicos superando las discrepancias o llenando los vacíos.

La “inexistencia de jurisprudencia” a que se refiere este precepto no ha de tenderse en términos absolutos, sino relativos. Cabe hablar de ella, 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 (*vid.* auto de 15 de marzo de 2017, RCA/93/2017, FJ 2º, punto 8).

Se ha de reparar, según ya he apuntado, que, como en los demás supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, la concurrencia del interés casacional objetivo no determina automáticamente la admisión del recurso, pues ese interés lo es “para la formación de la jurisprudencia”. Por ello, pese a la inexistencia de ésta en relación con algún precepto legal puede acordarse la inadmisión por no ser necesaria su formación. En el auto de 22 de marzo de 2017 (RCA/218/2016, FJ 4º, punto 5), la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo razona, ante un supuesto en el que sobre la norma *decidendi* no existe jurisprudencia, que <<la formación de jurisprudencia necesariamente ha de obedecer a la interpretación de las normas jurídicas vigentes para su común aplicación>>, lo que no sucede en un caso en el que se trataba de una situación particular en relación con un precepto cuyo texto ya no se encuentra en vigor, por haber sido modificado.

Queda por dilucidar si a estos efectos se considera que existe jurisprudencia cuando hay un pronunciamiento del Tribunal Supremo o si, como se viene entendiendo en interpretación del artículo 1.6 del título preliminar del Código Civil, se necesitan al menos dos. Dilema que no es menor en la disciplina del nuevo recurso de casación, no sólo para su admisión, sino para precisar los efectos de las sentencias que se dicten por el Tribunal Supremo. ¿Bastará una sola sentencia pronunciada en resolución de un recurso de casación para entender que ya existe jurisprudencia?

4.2. Apartamiento deliberado de la jurisprudencia

El artículo 88.3.b) LJCA recoge un supuesto de presunción *iuris et de iure* de interés casacional objetivo, hasta el punto de que, de concurrir, el Tribunal Supremo queda obligado a admitir automáticamente el recurso, sin el menor margen de maniobra. Se trata del caso en

el que la resolución recurrida <<se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea>>.

El legislador ha querido que en estos casos el recurso sea siempre admitido, bien para defender la jurisprudencia de ese apartamiento deliberado, reafirmando, bien para corregirla cuando se constata que lleva razón el juez de la instancia cuando la considera equivocada y, por ello, la soslaya.

Para que opere la presunción se requiere que el apartamiento se deliberado y, además, que la razón estribe en considerar errónea la jurisprudencia. 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 haga mención expresa a la misma, señale que la conoce, la valore jurídicamente y se aparte de ella por entender que no es correcta [autos de 15 de febrero de 2017 (RCA/9/2017, FJ 3º) y 8 de marzo de 2017 (RCA/40/2017, FJ 3º, puntos 2 y 3)].

Dados los términos del precepto y la interpretación estricta realizada por la Sección de admisión del Tribunal Supremo cabe augurar escasa aplicación a esta presunción *iuris et de iure* de interés casacional. No obstante, ya se han dado algunos supuestos.

4.3. Declaración de nulidad de una disposición general

El artículo 88.3.c) LJCA presume, también *iuris et de iure*, que existe interés casacional objetivo sin la sentencia discutida declara nula una disposición general, salvo que ésta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

Se trata de un supuesto particular en el que el interés casacional objetivo no lo es para formación de la jurisprudencia. Resultan irrelevantes las cuestiones tratadas en el debate y el alcance de los preceptos cuya interpretación y aplicación han conducido a la declaración de nulidad. El interés viene determinado por el hecho de que se haya declarado nula la disposición general. Cuando un órgano judicial contencioso-administrativo controla la potestad reglamentaria de las administraciones públicas y declara nulos sus productos, la ley quiere proteger el ejercicio de esta potestad mediante una revisión de la decisión por el Tribunal Supremo. El legislador ha dispuesto que siempre que se pronuncie la nulidad de una disposición de carácter general intervenga el Tribunal Supremo en casación, salvo que, <<con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente>>.

Se ha de reparar en que el precepto no distingue las disposiciones generales en función del autor de la norma anulada, por lo que puede operar tanto si procede del Estado (excepción hecha de los reales decretos y las disposiciones generales de las comisiones delegadas del Gobierno, que son controlados por el Tribunal Supremo en primera y única instancia), como de las Comunidades Autónomas o de las corporaciones locales. No obstante, debe quedar claro que la razón de la declaración de nulidad debe encontrarse en la interpretación y aplicación de una norma del Derecho estatal o de la Unión Europea. No tendría ningún sentido presumir el interés casacional para hacer intervenir al Tribunal Supremo cuando la norma autonómica o local ha sido expulsada del mundo del Derecho por vulnerar el ordenamiento jurídico de la correspondiente Comunidad Autónoma o el propio de la corporación local autora de la norma declarada nula. No cabe olvidar que el recurso de casación ante el Tribunal Supremo debe sustentarse en la infracción de normas del ordenamiento jurídico del Estado o de la Unión Europea, o de la jurisprudencia que las interpreta (*vid.* artículos 86.3 y 88.1 LJCA).

La Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aplicando el último inciso del artículo 88.3.c) LJCA, ha negado interés casacional objetivo en casos en los que la norma anulada era un plan de ordenación urbana, con el argumento de que no planteaba en su interpretación y aplicación un problema jurídico digno de relieve, habida cuenta de que es abundantísima la jurisprudencia sobre la modificación sustancial de los planes urbanísticos en

el curso del procedimiento de elaboración y la necesidad de una nueva información pública (auto de 13 de febrero de 2017, RCA/28/2016, FJ 3º; en el mismo sentido se han producido otros autos). Parece confundir aquí la Sección de admisión la trascendencia de la norma anulada (que es a la que se refiere la Ley) con la trascendencia de las consideraciones jurídicas que han conducido a su declaración de nulidad. En otros casos, sin embargo, ha atendido, correctamente en mi opinión, a la relevancia de la norma declarada nula (*vid.* auto de 27 de febrero de 2017, RCA/189/2016, FJ 3º).

4.4. El interés casacional “protocolario”

Las dos últimas letras del artículo 88.3 presumen *iuris tantum* el interés casacional objetivo cuando la resolución 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 [letra d)] y contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas [letra e)].

Estas disposiciones parecen responder a razones de “protocolo”: las resoluciones de los organismos reguladores, de supervisión y de las agencias estatales, así como los actos y disposiciones de los gobiernos autonómicos merecen la atención del Tribunal Supremo.

Esa clase de motivación resulta evidente en la letra e). Si los actos y disposiciones del Gobierno del Estado son revisados directamente por el Tribunal Supremo en única instancia, los de los gobiernos de las Comunidades Autónomas deben acceder al Tribunal Supremo al menos en casación. Téngase en cuenta que la norma no hace salvedad alguna, de modo que se presume que tiene interés casacional objetivo el recurso preparado frente a la sentencia de un Tribunal Superior de Justicia que resuelve un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de un Consejo de Gobierno autonómico resolviendo un concurso entre funcionarios públicos, con independencia del alcance de las cuestiones jurídicas tratadas, forzando un auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo para inadmitirlo por falta de interés casacional [artículo 88.3 LJCA, *in fine*]. En cualquier caso, la razón de decidir de la sentencia debe encontrarse y el recurso sustentarse en la interpretación y aplicación de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea, pues en otro caso procedería el recurso de casación autonómico (*vid.* artículo 86.3 LJCA).

Tratándose de la letra d) las razones “protocolarias” son menos evidentes, aunque también se hacen presentes. Residenciándose en los organismos reguladores y de supervisión, así como en las agencias estatales, la ejecución administrativa de las directrices gubernamentales sobre aspectos centrales de la política (*v.gr.*: económica y energética), que en buena medida constituyen la puesta en práctica de los compromisos impuestos a España por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea, encuentra razón de ser la presunción establecida por el legislador en el artículo 88.3.d) LJCA. Se justifica que se presuma el interés para promover la intervención del Tribunal Supremo en grado de casación. Pero la Ley debería haber sido más precisa, utilizando una fórmula más matizada, pues los términos del precepto obligan a presumir el interés casacional (valgan los ejemplos) tanto si la sentencia de la Audiencia Nacional revisa una decisión estructural sobre el sistema energético y su adecuación al Derecho de la Unión Europea, como si impone a un operador económico una multa por prácticas colusorias discutiéndose únicamente la motivación del acuerdo sancionador.

En este sentido, en relación con los organismos reguladores y en general con los tres supuestos en los que la presunción de interés casacional objetivo es *iuris tantum* porque cabe destruirla cuando el “asunto” carezca “manifiestamente” de ese interés (artículo 88.3 LJCA, *in fine*), la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha precisado que: (i) por “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 (ii) 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 el “asunto” carecerá “manifiestamente” de interés casacional cuando se trata de 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; o si las planteadas son cuestiones que han sido ya abordadas y resueltas por la jurisprudencia consolidada, sin que se aporten argumentos sólidos en pro de una reconsideración o cambio de la doctrina jurisprudencial asentada en torno a dicha cuestión (auto de 6 de marzo de 2017, RCA/150/2016, FJ 2º).

III. LA PREPARACIÓN Y LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

Al servicio de los objetivos a que se endereza el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, ya expuestos, la Ley diseña un curso procedimental con ciertas peculiaridades, alguna de las cuales conviene resaltar.

1. La preparación del recurso

En primer lugar, la nueva regulación intensifica las exigencias formales que debe cumplir el recurrente. En el escrito de preparación, además de justificar que se cumplen los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución discutida, debe (i) identificar con precisión las normas o la jurisprudencia que estime infringidas, que han de formar parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea, justificando que fueron alegadas en el proceso, o tomadas en consideración por el órgano de la instancia, o que éste hubiera debido observarlas sin ser alegadas; (ii) razonar que la infracción ha sido determinante y relevante del fallo, y, especialmente, (iii) fundamentar, con singular referencia al caso, que concurre alguno o algunos de los supuestos de los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, así como la conveniencia de un pronunciamiento por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (artículo 89.2 LJCA).

Se le aconseja que lo haga en un escrito cuya extensión no exceda de los límites señalados por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en uso de la facultad que le otorga el artículo 87 bis.3 LJCA [acuerdo 20 de abril de 2016, sobre *Extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo*(BOE de 6 de julio de 2016)]. Respecto del escrito de interposición, así como el de oposición, las determinaciones de la Sala de Gobierno al respecto no son meras recomendaciones, alcanzando carácter vinculante.

De las exigencias formales que incorpora el artículo 89.2 LJCA, tres resultan especialmente relevantes en determinados aspectos: **(1)** la acreditación de que, si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello [letra c)]; **(2)** la justificación de que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución que se pretende recurrir [letra d)]; y, destacadamente, **(3)** la fundamentación, con singular referencia al caso, de que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo [letra f)].

1.1. Las infracciones procedimentales causantes de indefensión: en especial, las incongruencias omisivas

En la disciplina del nuevo recurso de casación, como en la del hoy derogado, cuando se funde el recurso en infracciones procedimentales causante de indefensión, el recurrente debe haber intentado la subsanación en la instancia si hubiera tenido ocasión para ello. La jurisprudencia venía considerando que no había ocasión para ello cuando el defecto causante de la indefensión era achacable a la sentencia que puso fin al proceso (incongruencias, faltas de motivación, etc.).

Uno de los déficits de la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro sistema procesal es la ausencia de una generalizada doble instancia. En la mayoría de los supuestos los justiciables se la juegan a una carta. Salvo en el caso de los procesos tramitados ante los juzgados de lo contencioso-administrativo cuya cuantía sea indeterminada o, pudiendo determinarse, supere los treinta mil euros (además de en las situaciones y en los términos a que se refiere el artículo 81.2 LJCA), en los que cabe recurso de apelación ante la correspondiente Sala de lo Contencioso-Administrativo, todas las pretensiones que se actúan ante dicho orden jurisdiccional lo son en única instancia. Cabe recurso de casación, que no es una nueva instancia y cuya admisión depende de que la cuestión que se suscite presente interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

Se trata de una carencia que no es nueva. Ya estaba presente bajo la vigencia del anterior sistema de casación, en el que sólo una parte mínima de los justiciables podían acceder al recurso de casación común: aquellos cuya pretensión fuese inestimable o superase seiscientos mil euros.

A lo anterior se ha de añadir que no son infrecuentes en la jurisdicción contencioso-administrativa resoluciones que adolecen de incongruencia omisiva, por no suministrar respuesta a una pretensión oportunamente deducida en el proceso o a los motivos en que las partes la sustentan (*vid.* artículo 33.1 LJCA). Se trata de una deficiencia que es consecuencia del enorme volumen de la litigiosidad contencioso-administrativa en nuestro sistema y de los magros medios personales y materiales puestos a su disposición.

Ante situaciones de incongruencia por silencio pocas respuestas puede suministrar el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, puesto que sobre la interpretación de los preceptos constitucionales y legales que exigen a las resoluciones judiciales ser coherentes con las pretensiones de las partes está todo o prácticamente todo dicho. Difícilmente se harán necesarios nuevos pronunciamientos del Tribunal Supremo para formar jurisprudencia. En otras palabras, en principio, una situación de incongruencia *ex silentio* carece de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

Por ello, en un auto de 1 de marzo de 2017 (RCA/88/2016, FFJJ 2º a 4º), la Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, teniendo en cuenta que del artículo 89.2.c) LJCA se deriva una obligación del recurrente de, cuando denuncia la infracción de las normas atinentes a los actos y garantías procesales, intentar antes de acudir a la casación la subsanación de la falta en la instancia de haber tenido ocasión para ello, ha considerado que, en las situaciones de incongruencia por omisión, el recurrente debe instar ante el órgano jurisdiccional autor de la resolución la reparación del defecto a través de incidente previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC, cuyo objeto es completar las resoluciones que manifiestamente omitan pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso.

En el mencionado auto, la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, aplicando un criterio ya seguido por la Sala Primera desde hace años, aunque expresamente rechazado por ella para la casación contencioso-administrativa bajo la vigencia de la anterior regulación, precisa que no se trata de añadir un obstáculo formal más para el acceso al recurso, sino de conferir una mayor y efectiva protección de los derechos de los justiciables, brindándoles la oportunidad de que el órgano judicial autor de la resolución “incompleta” la integre, sin afrontar los costes económicos y temporales inherentes a la casación, y de otorgar mayor agilidad y eficacia al trámite procesal de admisión del recurso de casación.

Cabe, sin embargo, que situaciones de incongruencia, no ya sólo omisivas, sino también las derivadas de un error interno de la sentencia, puedan acceder a la casación cuando la cuestión de fondo afectada (por el silencio o por la incoherencia) en sí misma presente interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia. En el mencionado auto de 1 de marzo de 2017, la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha precisado que ante las incongruencias omisivas <<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 invoque como infringidos, por su inaplicación, los preceptos que la disciplinan>> (FJ 3º, punto 4.3). En parecidos términos se expresa el auto de 21 de marzo de 2017 (RCA/308/2016, FJ 2º).

1.2. El juicio de relevancia

El artículo 89.2.d) LJCA pide al recurrente que, en el escrito de preparación, justifique que las infracciones imputadas a la resolución que pretende recurrir han sido relevantes y determinantes de su fallo.

Esta norma hace referencia al llamado “juicio de relevancia”, respecto del que el Tribunal Supremo ha afirmado que impone al recurrente la carga de hacer explícito en el escrito de preparación “cómo”, “por qué” y “de qué forma” la infracción que se entiende producida ha influido y ha sido determinante del fallo (por todos, auto de 8 de febrero de 2017, casación 1988/2016, FJ 4º). No es suficiente, pues, la mera cita de los preceptos o de la jurisprudencia que se consideren vulnerados. Tampoco se satisface la exigencia formulando razonamientos sobre la incorrección jurídica de la decisión adoptada, que en la fase de preparación se da por supuesta. Se trata, nada más y nada menos, de identificar las infracciones que apoyan la interposición del recurso y de justificar que han sido determinantes y relevantes del fallo, por remisión a la fundamentación jurídica que lo sustenta (auto de 5 de mayo de 2016, recurso de casación 3280/2015, FJ 4º).

Estos criterios han sido sentados durante la vigencia del anterior sistema del recurso de casación, pero nada impide aplicarlos bajo el nuevo régimen casacional, pues la exigencia de justificar que las infracciones imputadas han sido relevantes y determinantes del fallo ya estaba presente antes de la reforma de 2015 para las sentencias dictadas por las salas de lo contencioso-administrativo de los tribunales superiores de justicia (*vid.* artículo 89.2 LJCA, en relación con el 86.4 LJCA, antes de su modificación por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015).

1.3. La fundamentación del interés casacional objetivo

El recurrente queda especialmente obligado a fundamentar en el escrito de preparación, con singular referencia al caso, que concurre el supuesto o los supuestos que invoca como determinantes de la presencia del interés casacional objetivo, así como la conveniencia de un pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo [artículo 89.2.f) LJCA]. El olvido, la omisión, la ausencia o el desconocimiento en el escrito de preparación de la exigencia expuesta determina, en virtud del artículo 90.4.b) LJCA, su inadmisión por incumplimiento de la carga que incorpora el artículo 89.2.f) LJCA (*vid.* auto de 8 de marzo de 2017, RCA/40/2017, FJ 2º, punto 6).

A lo largo de los escasos meses transcurridos desde que entró en vigor la reforma de la casación contencioso-administrativa (22 de julio de 2016), la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha ido precisando las obligaciones que incumben al recurrente en orden a la fundamentación del interés casacional objetivo, en relación con cada una de las circunstancias que pueden justificar o que hacen presumir ese interés.

1.3.1. Sentencias contradictorias [artículo 88.2.a) LJCA]

Con arreglo al artículo 88.2.a) LJCA, el Tribunal Supremo puede apreciar interés casacional cuando la sentencia fije, 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.

El juego combinado de este precepto con el artículo 89.2.f) LJCA exige de quien pretender 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 que la “cuestión” cuya igualdad se predica viene determinada tanto por la norma o la jurisprudencia 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 (auto de 8 de marzo de 2017, RCA/40/2017, FJ 2º, punto 4.2).

Se ha de subrayar que la realidad fáctica subyacente en los pronunciamientos jurisdiccionales que se invocan como contradictorios no es irrelevante para determinar la presencia o ausencia de esta circunstancia de interés casacional (auto de 15 de marzo de 2017, RCA/93/2017, FJ 3º, punto 3.3).

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 (auto de 7 de febrero de 2017, RCA/161/2016, FJ 3º).

1.3.2. Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales [artículo 88.2.b) LJCA]

Conforme al artículo 88.2.b), puede apreciarse interés casacional objetivo cuando la sentencia impugnada sienta una doctrina sobre las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que han sido relevantes y determinantes del fallo gravemente dañosa para los intereses generales.

La satisfacción de la carga especial que pesa 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 (auto de 15 de marzo de 2017, RCA/93/2017, FJ 2º, punto 4).

1.3.3. Afección a un gran número de situaciones [artículo 88.2.c) LJCA]

La afección de un gran número de situaciones 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 [autos de 25 de enero de 2017 (RCA/15/2016, FJ 2º; ES:TS:2017:274A) y 8 de marzo de 2017 (RCA/40/2017, FJ 2º, punto 5.2)].

La exigencia de justificar en el escrito de preparación la afección a un gran número de situaciones se intensifica cuando quien recurre es una Administración pública, que en cuanto “Administración actuante” cuenta en sus archivos con los datos precisos para acreditar esa afección (principio de facilidad de la prueba) [auto de 25 de enero de 2017, RCA/15/2016, FJ 2º].

1.3.4. Incidencia constitucional [artículo 88.2. LJCA, letras d) y e)]

La letra d), como sabemos, permite apreciar interés casacional objetivo cuando el debate haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango legal, sin que la improcedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida. Esta fórmula no permite fundar el interés casacional en el mero hecho de que el órgano de instancia haya decidido no plantear la cuestión por no albergar dudas sobre la constitucionalidad de la Ley, considerándose infringidos los artículos 163 de la Constitución y

25 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional o el 24.1 de la Norma fundamental. La decisión de dirigirse al Tribunal Constitucional constituye una obligación del juez cuando dude de la constitucionalidad, pero su convicción al respecto, esto es, sus perplejidades o sus certezas sobre el particular forman parte del ejercicio intrínseco de la potestad jurisdiccional que, razonadas y plasmadas en la oportuna decisión, no son revisables en vía de recurso. Por ello, en el escrito de preparación, el recurrente ha de hacer presente que, no obstante la convicción subjetiva del órgano de instancia, existen razones objetivas que hacen dudar de la constitucionalidad de la norma legal, no pudiendo descartarse de plano la necesidad de acudir al Tribunal Constitucional.

La letra e) se refiere a los casos en que la sentencia recurrida aplique aparentemente con error y como fundamento de la decisión una doctrina constitucional. Los términos de este precepto, puestos en relación con la exigencia que incorpora el artículo 89.2.f) LJCA, exige del recurrente que, al preparar el recurso, (i) precise la doctrina constitucional aplicada en la resolución recurrida, (ii) identifique las sentencias del Tribunal Constitucional en las que se contiene e, incluso, los pasajes de las mismas; (iii) razone por qué ha sido interpretada y aplicada erróneamente en la resolución discutida y (iii) justifique que, precisamente, esa equivocada interpretación y aplicación ha determinado el fallo.

1.3.5. El Derecho de la Unión Europea (artículo 88.2.f) LJCA]

Parecidas reflexiones cabe hacer en relación con el supuesto de la letra f) del artículo 88.2. La decisión del órgano de instancia de no dirigirse a título prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea no puede sustentar un escrito de preparación de un recurso de casación, porque, en sí misma, no constituye infracción legal alguna (ni alcanza interés casacional). Se ha de tener presente que, en la disciplina del artículo 267 TFUE, los órganos de la instancia no están obligados –sólo facultados- a preguntar a los jueces de Luxemburgo. Por ello, el recurrente no debe centrar su argumentación en la decisión de no formular un reenvío prejudicial, que, en la medida en que aparezca suficientemente razonada y motivada, no es jurídicamente controlable. Ha de poner el acento en que la opción del órgano autor de la resolución recurrida de resolver el litigio sin antes cuestionar al Tribunal de Justicia sobre la interpretación del Derecho de la Unión (originario y derivado) o, en su caso, sobre la validez de sus normas de Derecho derivado, ha traído como consecuencia que se haya resuelto, alterando el sistema de fuentes, sin tomar en consideración el componente aplicable al litigio de ese ordenamiento jurídico transnacional y aplicando normas internas de cuya adecuación al mismo no se tiene constancia por faltar la interpretación y el control de validez de este último por el único órgano jurisdiccional con competencia para ello, salvo que se den las condiciones CILFIT (que autorizarían al juez a no formular reenvío prejudicial alguno).

En lo que se refiere a la aplicación por el juez de la instancia del Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia de su Tribunal de Justicia, son reproducibles aquí para el escrito de preparación las mismas exigencias que he indicado en relación con la letra e) del artículo 88.2 LJCA

1.3.6. Los supuesto de interés casacional objetivo “inominados” del artículo 88.2 LJCA

La lista del artículo 88.2 LJCA es abierta, de manera que el Tribunal Supremo podrá apreciar el interés casacional objetivo por razones distintas a las expresamente previstas en sus nueve letras. Parece razonable pensar que esos no previstos supuestos de interés casacional objetivo han de ver la luz a instancia del recurrente, sin que la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo pueda decantarlas de oficio. La vía del recurso de casación no parece terreno abonado para que el Tribunal Supremo indague si el interés casacional objetivo (*ius constitutionis*), que al fin y al cabo, además de servir para fijar jurisprudencia, facilita la satisfacción de las pretensiones del recurrente (*ius litigatoris*), se encuentra en razones distintas de la invocadas por quien acciona, como tampoco lo es para resolver cuestiones nuevas (*vid.* auto de 21 de marzo de 2017, RCA/308/2016, FJ 1º). No se trata de un instrumento abstracto para la formación de la jurisprudencia, al margen de las alegaciones y pretensiones de las partes.

Esas “desconocidas” en la letra de la Ley razones para apreciar el interés casacional objetivo deben hacerse valer por el recurrente en el escrito de preparación, con carácter excepcional [debe repararse en que el artículo 89.2.f) LJCA ni siquiera las menciona], y tal excepcionalidad le exige que justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo 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 (auto de 15 de marzo de 2017, RCA/93/2017, FJ 2º, punto 6.2).

1.3.7. Inexistencia de jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA]

A estos efectos ha de entenderse por jurisprudencia la del Tribunal Supremo. Las sentencias de los juzgados y de los tribunales superiores de justicia no constituyen jurisprudencia a la luz del artículo 1.6 del título preliminar del Código Civil (auto de 8 de febrero de 2017, RCA/22/2016, FJ 1º). Tampoco la sentencias de la Audiencia Nacional.

Ya ha quedado dicho qué ha de entenderse por inexistencia de jurisprudencia (*vid.* anterior apartado II.4.1). A la vista de esa noción, la mera apelación al artículo 88.3.a), la invocación retórica de un precepto y la afirmación apodíctica de que sobre el mismo no existe jurisprudencia no son suficientes. Se requiere una mínima argumentación [autos de 25 de enero de 2017 (RCA/15/2016, FJ 3º) y 15 de marzo de 2017 (RCA/93/02017, FJ 2º, punto 9.3)). El recurrente debe determinar con precisión la cuestión jurídica sobre la que no existe jurisprudencia en absoluto o sobre la que la jurisprudencia necesita ser matizada, precisada o concretada (auto de 15 de marzo de 2017, RCA/93/2017, FJ 2º, puntos 9.1 y 9.2).

En relación con este supuesto de presumido interés casacional objetivo, el recurrente ha de evitar que quede sin contenido invocando otros que sean contradictorios con él. Así, no cabe afirmar que no hay jurisprudencia [artículo 88.3.a) LJCA] y al mismo tiempo sostener que la resolución impugnada se separa deliberadamente de la existente [artículo 88.3.b) LJCA] (*vid.* auto de 6 de febrero de 2017, RCA 35/2016, FJ 2º).

1.3.8. Apartamiento deliberado de la jurisprudencia [artículo 88.3.b) LJCA]

Habida cuenta de la noción de “apartamiento deliberado” (*vid.* anterior apartado II.4.2), resulta insuficiente, a los efectos del artículo 89.2.f) LJCA, que el recurrente se limite a afirmar en el escrito de preparación que el órgano autor de la resolución recurrida se aparta deliberadamente de la jurisprudencia existente, sin identificar esa jurisprudencia ni explicar las razones por las que decide apartarse (auto de 6 de febrero de 2017, RCA/35/2016, FJ 2º). Por ello, la mera afirmación en el escrito de preparación de que el juez de la instancia omite toda referencia a la jurisprudencia citada en el escrito de demanda no cumple las exigencias del citado artículo 89.2.f) LJCA, pues para que opere esta presunción no basta con la mera inaplicación de la jurisprudencia (auto de 8 de marzo de 2017, RCA/40/2017, FJ 3º, puntos 3 y 4.1).

1.4. La fundamentación sobre la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo

El recurso de casación es admisible cuando reúna interés casacional objetivo “para la formación de la jurisprudencia” (artículo 88.1 LJCA). Por ello, el legislador reclama del recurrente que en el escrito de preparación no sólo fundamente especialmente, con singular referencia al caso, que concurre interés casacional objetivo, sino también <<la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo>> [artículo 89.2.f) LJCA, *in fine*].

Es aconsejable que el escrito de preparación contenga un apartado específico en el que, después de haber fundamentado sobre la presencia del interés casacional objetivo por cualquiera de las razones de los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, se justifique que resulta conveniente un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Resulta aconsejable porque, si bien el Tribunal Supremo no ha rechazado recursos de casación por la nota formal de carecer el escrito de preparación de consideraciones específicas sobre la conveniencia de un pronunciamiento por su parte, si lo ha hecho materialmente, negándose a admitir recursos en los que, estando presente en abstracto el interés casacional por darse algunas de las circunstancias contempladas en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, no ha reputado conveniente pronunciarse, bien por tratarse de una norma nueva, nunca interpretada, pero referida a una materia sobre la que ya existe jurisprudencia (auto de 27 de enero de 2017, RCA/41/2016, FJ 2º), bien por proponer una cuestión inédita sobre un precepto ya abordado por la jurisprudencia, pero carente de toda nota de generalidad que haga conveniente y justifique una decisión del Tribunal Supremo (auto de 8 de marzo de 2017, RCA/46/2017, FJ 3º, punto 5).

2. Las decisiones sobre la preparación y la admisión del recurso

2.1. La decisión sobre la preparación por el órgano autor de la resolución impugnada

Si el escrito de preparación del recurso no cumple con los requisitos que impone el artículo 89.2 LJCA, el órgano 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. Frente a este auto cabe interponer recurso de queja (artículo 89.4 LJCA). En otro caso, tendrá por preparado el recurso mediante auto también motivado, emplazando a las partes para que comparezcan ante el Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, ordenando remitirle los autos originales y el expediente administrativo. Si lo estima oportuno, puede acompañar un informe en el que exponer, de forma sucinta y fundada, el interés objetivo que en su opinión tiene el asunto para la formación de la jurisprudencia. El auto teniendo por preparado el recurso no es recurrible, pero el pero la parte recurrida podrá oponerse a su admisión al tiempo de comparecer en plazo ante el Tribunal Supremo (artículo 89 LJCA, apartados 5 y 6).

Los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa autores de resoluciones recurridas en casación están asumiendo con responsabilidad y decisión su papel en el control de la preparación del recurso. No se limitan a tener automáticamente por preparado todo recurso de casación dirigido contra sus resoluciones, sino que analizan con detalle y precisión los escritos de preparación para comprobar si cumplen las exigencias que incorpora el artículo 89 LJCA. Esta circunstancia ha provocado numerosos pronunciamientos negando la preparación y los subsiguientes recursos de queja, en cuya resolución la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de precisar hasta dónde llegan las facultades del juez de la instancia para determinar si el escrito de preparación reúne los requisitos del artículo 89.2 LJCA.

El Tribunal Supremo ha dicho [autos de 2 de febrero de 2017 (queja 110/2016, FJ 4º), 27 de febrero de 2017 (queja 36/2017, FJ º1) y 15 de marzo de 2017 (queja 13/2017, FJ 2º)] que:

Compete al juez *a quo* verificar si se respetan los requisitos que el artículo 89.2 LJCA impone al escrito de preparación; esto es: (i) que se cumplen las exigencias de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución, (ii) que el repetido escrito contiene un esfuerzo argumentativo encaminado a justificar la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo y, en especial, (iii) que se contiene una argumentación específica, con singular referencia al caso de la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, permiten apreciar el interés casacional objetivo.

No le compete, sin embargo, enjuiciar si concurre o no la infracción de fondo denunciada por el recurrente ni pronunciarse sobre la efectiva concurrencia del interés casacional objetivo que determina la admisión del recurso. Esas dos últimas tareas corresponden en exclusiva al Tribunal Supremo.

Todo ello sin perjuicio de que, si lo considera oportuno, emita el informe previsto en el artículo 89.5 LJCA, facultad que hasta la fecha ha sido escasamente utilizada.

Conforme al artículo 87 *bis* LJCA, apartado 1, el recurso se limitará a las cuestiones de Derecho, con exclusión de las de hecho. Si el anuncio del recurso de casación se mueve por tales derroteros, es decir, si resulta claro que se limita a plantear la mera discrepancia del 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 propio, no pudiendo superar el trámite de admisión. Constituye una facultad de juez de la 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 dicho artículo y del precitado artículo 87 *bis* LJCA, apartado 1, 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. Ahora bien, 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) [auto de 8 de marzo de 2017, queja 8/2017, FJ 3º].

El control de la preparación por el órgano judicial autor de la resolución recurrida reúne notas singulares cuando se trata de sentencias dictadas por los juzgados, que sólo resultan recurribles si contienen una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y son susceptibles de extensión de efectos (artículo 86.1 LJCA, párrafo 2º). Para comprobar si la sentencia es recurrible, el juez de lo contencioso-administrativo debe verificar (i) si es susceptible de extensión de efectos, (ii) si se ha argumentado por el recurrente que contiene una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y (iii) si el escrito de preparación reúne los requisitos a que se refiere el artículo 89.2 LJCA (con el alcance ya expresado).

La primera de esas circunstancias es objetiva (los artículos 110 y 111 LJCA determinan qué sentencias pueden ser objeto de extensión de efectos), por lo que es comprobable por el juez autor de la resolución que se pretende recurrir. La segunda, sin embargo, no lo es; respecto de ella el juez debe ceñirse a constatar que el escrito de preparación contiene un razonamiento específico encaminado a justificar la existencia de la doctrina gravemente dañosa para los intereses generales que se denuncia; pero la determinación de si, efectivamente, tal requisito concurre materialmente en el supuesto analizado es competencia reservada al Tribunal Supremo [autos de 27 de febrero de 2017 (queja 36/2017, FJ 2º) y 28 de febrero de 2017 (queja 37/2017, FJ 2º)]. El juez de lo contencioso-administrativo no puede, pues, decidir si su sentencia contiene o no una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, a efectos de determinar si es susceptible de recurso de casación.

2.2. La decisión de admisión por el Tribunal Supremo

La admisión del recurso de casación se decide por una Sección especial (la Primera) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, compuesta por el Presidente de la Sala y, al menos, un magistrado de cada una de las restantes secciones (que son cuatro), conocidas como “de enjuiciamiento”. Actualmente, la Sección se compone de nueve miembros (el Presidente y dos magistrados por cada una de las secciones de enjuiciamiento). Con excepción del Presidente de la Sala, dicha sección se renovará por mitad transcurrido un año desde la fecha de su primera constitución (22 de julio de 2016) y en lo sucesivo cada seis meses (artículo 90.2 LJCA). De esta forma se garantiza que todos los miembros de la Sala se integren sucesivamente en la referida Sección y que todos ellos participen en la fijación de los criterios de admisión del nuevo recurso de casación.

Si el órgano judicial de instancia tiene por preparado el recurso, recibidos los autos originales, la Sección Primera, antes de decidir sobre su admisión, puede excepcionalmente y sólo si las características del asunto lo aconsejan, oír a las partes personas por plazo común de treinta

días acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia (artículo 90.1 LJCA). Esta posibilidad aún está inédita.

La decisión de inadmisión adopta la forma de providencia cuando el interés casacional invocado es alguno de los expresamente previstos (o no –recuérdese que se trata de una lista abierta) en el artículo 88.2 LJCA, salvo que el órgano autor de la resolución recurrida haya hecho uso de la facultad que le reconoce el artículo 89.5 LJCA emitiendo un informe con su opinión favorable a la admisión del recurso por presentar interés casacional objetivo, en cuyo caso la decisión deberá adoptar la forma de auto [artículo 90.3.a) LJCA]. A estos efectos, el hecho de que el órgano judicial de instancia haya tenido por preparado el recurso de casación no supone que albergue una opinión favorable sobre la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia (lo que, por lo demás, no forma parte de sus facultades para decidir sobre la preparación del recurso) y que, por lo tanto, resulte obligada para el Tribunal Supremo una decisión de inadmisión en forma de auto (auto de 30 de marzo de 2017, RCA/266/2016, FI 3º).

La providencia de inadmisión se reducirá a indicar que el recurso se inadmite por concurrir alguna de las siguientes circunstancias: (i) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada; (ii) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación; (iii) no ser relevante ni determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas y (iv) carecer el recurso de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia (artículo 90.4 LJCA).

La Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo se está limitando a aplicar la previsión legal en sus propios términos, de modo que las providencias de inadmisión que adopta se limitan a precisar la causa que determina la decisión y la norma jurídica que la fundamenta.

Por el contrario, en los supuestos del artículo 88.3 LJCA, en los que se presume el interés casacional, la inadmisión debe acordarse en auto motivado, en el que se justificarán la concurrencia de las salvedades que dicho precepto establece [que la disposición general declarada nula no tenga con toda evidencia la trascendencia suficiente –letra c)- o que el asunto carezca manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia –letras a), d) y e)-]. Bien entendida, la norma exige del Tribunal Supremo un pronunciamiento en forma de auto cuando esté presente la presunción y decida inadmitir porque, en su opinión, opere la excepción a la misma. Pero no en aquellos casos en los que, habiéndose invocado alguno de los supuestos del artículo 88.3 LJCA, (i) se incumplen las exigencias formales del artículo 89.2 LJCA, (ii) el recurso es extemporáneo, (iii) el recurrente carece de legitimación, (iv) la resolución no es recurrible o (v) ninguna de las infracciones denunciadas ha sido relevante y determinante del fallo. (vi) Tampoco cuando, pese a hacerse valer el artículo 88.3, no están presentes los presupuestos de la presunción.

En relación con este último supuesto, la Sección de admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha afirmado que la mera invocación de alguno de los supuestos del artículo 88.3 no resulta suficiente para integrar su contenido, requiriéndose una mínima argumentación a efectos de que entre en juego la presunción y, en consecuencia, la resolución correspondiente deba adoptar la forma de auto [autos de 25 de enero de 2017 (RCA/15/2016, FJ 3º) y 9 de febrero de 2017 (RCA/131/2016, FJ 5º)]. Por ello, la mera invocación retórica de cualquiera de las cinco letras del artículo 88.3 LJCA permite rechazar el recurso mediante providencia, con arreglo al artículo 90.4.b) LJCA, por incumplir una de las exigencias que el artículo 89.2 LJCA impone a dicho escrito: fundamentar con especial referencia al caso que concurre el invocado supuesto de interés casacional objetivo. En tal tesitura, el recurrente no habrá acreditado que se da el presupuesto al que el legislador vincula la presunción legal que el artículo 89.3 LJCA incorpora, presunción que es la que determina la obligación del Tribunal Supremo de rechazar *a limine* el recurso mediante auto (auto de 8 de marzo de 2017, RCA/40/2017, FJ 3º, punto 5). En suma, 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 (auto de 30 de marzo de 2017, RCA/266/2016, FJ 2º).

Si el Tribunal Supremo decide admitir el recurso, debe hacerlo 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). El auto de admisión se publica inmediata e íntegramente en la página web del Tribunal Supremo y semestralmente, en el Boletín Oficial del Estado, un listado de los recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la norma o normas que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución (artículo 90.7 LJCA).

Esta última previsión, la de la publicación de los autos de admisión y del listado de asuntos admitidos, constituye un eficaz instrumento al servicio de los objetivos perseguidos por el nuevo recurso de casación: el establecimiento por el Tribunal Supremo de criterios uniformes de interpretación del Derecho estatal y del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, que sirvan de pauta para los demás órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa y, en general, para las administraciones públicas. La comunidad jurídica tendrá así conocimiento las normas cuya exégesis va a establecer el Tribunal Supremo y los plazos en que lo hará. De esta manera se facilita que los demás órganos jurisdiccionales puedan suspender los procesos en los que las normas en cuestión sean la *ratio decidendi*, decisión que también pueden adoptar las administraciones públicas, interpretando finalísticamente el artículo 22.1.g) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Una vez establecida la exégesis por el Tribunal Supremo, unos y otras podrán resolver en consecuencia, aplicando el criterio jurisprudencial, sin pronunciamientos “a ciegas” que dejen la puerta abierta a un peregrinaje jurisdiccional. Así es como el Tribunal Supremo presta tutela judicial a través del recurso de casación: directamente al recurrente, resolviendo sus pretensiones tras fijar la interpretación del ordenamiento jurídico, indirectamente a los demás, suministrando pautas claras y uniformes.

Las decisiones del Tribunal Supremo sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación no son recurribles (artículo 90.5 LJCA) y las de inadmisión comportarán la imposición de las costas a la parte recurrente, pudiendo tal imposición ser limitada a una parte de ellas o hasta una cifra máxima (artículo 90.8 LJCA).

Aunque el recurso de casación se limita a las cuestiones de Derecho, con exclusión de las de hecho (artículo 87 *bis* LJCA, apartado 1), es común que los autos de admisión hagan referencia a ellos, tal como se obtienen de la resolución impugnada y del expediente administrativo, para enmarcar con precisión el problema jurídico con interés casacional objetivo que justifica la admisión [*vid.* autos de 22 de marzo de 2017 (RCA/122/2016, FJ 2º) y 29 de marzo de 2017 (RCA/496/2017, FJ 2º)]. Otras veces, incluso, la Sección de admisión ha echado mano de la norma contenida en el artículo 93.3 (el Tribunal Supremo puede integrar en la sentencia los hechos declarados probados por la resolución de instancia con aquellos, que habiendo sido omitidos por ella, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada) a fin de integrar los hechos a los solos efectos de la admisión (*vid.* auto de 26 de abril de 2017, RCA/680/2017, FJ 2º, punto 3).

Al día en que estas líneas son redactadas (9 de abril de 2017), la Sección de admisión del Tribunal Supremo ha admitido 100 recursos de casación y rechazado 489, 42 por auto y 447 en providencia.

IV. LA TRAMITACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS RECURSOS ADMITIDOS

Admitido el recurso por la Sección de admisión, se remite el asunto a la correspondiente Sección de enjuiciamiento para su tramitación y decisión (artículo 92.1 LJCA). Las secciones de enjuiciamiento son cuatro, numeradas de la Segunda a la Cuarta. En esencia, en cuanto al recurso de casación se refiere, la Sección Segunda se ocupa de la materia tributaria y de precios públicos, y en general de las que afectan a los ingresos de Derecho público de las administraciones públicas y de sus organismos autónomos. La Sección Tercera atiende a los sectores de economía y competitividad, fomento, industria, energía y turismo, órganos

reguladores y de supervisión y agencias estatales. La Sección Cuarta centra su atención en el empleo público y la seguridad social, contratos administrativos y Administración local. Finalmente, la Sección Quinta juzga los asuntos sobre urbanismo y ordenación del territorio, medio ambiente, aguas, montes y minas, expropiación forzosa y responsabilidad patrimonial del Estado [*Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2016, relativo a la composición y funcionamiento de las salas y secciones y asignación de ponencias que deben turnar los magistrados en 2017*, Sala Tercera, Regla Segunda (BOE de 30 de diciembre de 2016)].

La parte recurrente dispone de un plazo de treinta días, desde la notificación de la diligencia de ordenación por la que se ordena la remisión del asunto admitido a la sección de enjuiciamiento, para presentar el escrito de interposición del recurso. Si no lo hace, el recurso será declarado desierto. El escrito de interposición debe, en apartados separados que se encabezarán con epígrafes específicos de aquellos de que tratan, (i) exponer 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, debiendo analizar, y no sólo citar, las sentencias del Tribunal Supremo que, a su juicio, son expresivas de aquella jurisprudencia, para justificar su aplicabilidad al caso, y (ii) precisar el sentido de las pretensiones y de los pronunciamientos que solicita (artículo 92 LJCA, apartados 1 *in fine*, 2 y 3). Esas pretensiones deberán tener por objeto la anulación, total o parcial, de la sentencia o auto impugnado y, en su caso, la devolución de los autos al Tribunal de instancia o la resolución del litigio por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo dentro de los términos en que apareciese planteado el debate (artículo 87 *bis* LJCA; apartado 2).

Recuérdese que para el escrito de interposición, como para el de oposición al mismo, las exigencias formales del acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016, sobre *Extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo* (BOE de 6 de julio de 2016), son vinculantes.

Si el escrito de interposición no cumple los expresados requisitos, la Sección de enjuiciamiento, tras oír al recurrente, dictará sin más trámite sentencia inadmitiendo el recurso, con imposición de costas (susceptibles de limitación) si, tras la audiencia, tuviera por cierto el incumplimiento. En otro caso, dará traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas personadas para que puedan oponerse en el plazo de treinta días, oposición que no podrá consistir en la inadmisión del recurso (artículo 92 LJCA, apartados 4 y 5).

Una vez formulada oposición se celebrará vista pública. El legislador ha querido que esta fase oral sea la regla general, abierta bien de oficio o a petición de parte. Sólo con carácter excepcional y si la índole del asunto la hace innecesaria, la vista pública podrá ser soslayada. La vista, a la luz de los escritos de interposición y oposición, permitirá concretar y precisar los términos del debate y, por ello, la cuestión jurídica necesitada de esclarecimiento jurisprudencial. Si se considera innecesaria, se declarará inmediatamente el asunto concluso para votación y fallo (artículo 92.6 LJCA). En casos, también excepcionales (“cuando la índole del asunto lo aconsejara”), por decisión del Presidente de la Sala, de oficio o a petición de la mayoría de los magistrados de la Sección de enjuiciamiento, podrá acorarse que los actos de vista pública y de votación y fallo tengan lugar ante el Pleno de la Sala (artículo 92.7 LJCA).

V. LA SENTENCIA

La sentencia debe ser dictada en el plazo de diez días desde que termine la deliberación para votación y fallo (artículo 92.8 LJCA).

La sentencia fijará la interpretación de las normas del Derecho estatal o de las que tenga por establecida o clara del Derecho de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Y, con arreglo a ella y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, anulando la resolución recurrida, en todo o en parte, o

confirmándola. Podrá asimismo, cuando justifique su necesidad, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del proceso de instancia para que siga el curso ordenado por la Ley hasta su culminación (artículo 93.1 LJCA).

De esta disciplina se obtiene que la sentencia ha de tener un doble contenido. Un *contenido casacional*, cuyo objeto es fijar la exégesis de las normas cuya necesidad de interpretación por el Tribunal Supremo determinó el contenido casacional objetivo del recurso, provocando su admisión (*ius constitutionis*). Y un *contenido prestacional*, enderezado a resolver las pretensiones del recurrente, aplicando esas normas interpretadas y otras necesarias para zanjar el debate (*ius litigatoris*).

A la vista de lo anterior, cabe afirmar que la nueva casación contencioso-administrativa impone:

Una nueva estructura de la sentencia, separando claramente ambos contenidos: el interpretativo y el aplicativo, distinción que ha de tener reflejo en el fallo (¿Se ha de volver al sistema de la vieja casación civil de la doble sentencia: sentencia en casación y sentencia resolviendo el debate conforme a los criterios sentados en la primera?)

Una nueva forma de redacción de la sentencia: mayor claridad y precisión (se acabaron el “*copy/paste*” y las sentencias “*matrioska*”, en las que la remisión en cascada de unas sentencias a otras obstaculiza el cabal conocimiento de cuál sea la razón de decidir). Sin perjuicio de la libertad de redacción del ponente, se impone una mayor uniformidad en las citas legales y jurisprudenciales. En este punto resultarán ciertamente útiles el *Prontuario de estilo para el Tribunal Supremo*, aprobado por la Sala de Gobierno el 19 de enero de 2016, y el *Libro de estilo de la Justicia*, uno de los resultados de la fructífera colaboración entre el Consejo General del Poder Judicial y la Real Academia Española

Al hilo de lo anterior, habrá que reflexionar si sólo la parte con contenido casacional de la sentencia crea jurisprudencia; si la interpretación de las normas que, sin estar incluidas en el auto de admisión, se aplican para resolver las pretensiones tiene el mismo alcance que la de aquellas primeras. Y también habrá que preguntarse si una sentencia crea jurisprudencia, no obstante los dispuesto por el artículo 1.6 del título preliminar del Código Civil (<<de modo reiterado>>).

Se echa de menor en la nueva regulación legal una previsión de publicación de las sentencias, como la contemplada para los autos de admisión. Si con la publicidad de estos últimos se persigue que la comunidad jurídica conozca qué normas van a ser interpretadas por el Tribunal Supremo, con mayor razón debería darse publicidad a las sentencias en las que se fija esa anunciada interpretación. El silencio de la Ley no impide, sin embargo, que se imponga la práctica de publicar las sentencias en la página web del Tribunal Supremo, como se hace con los autos de admisión.

Ha de subrayarse la libertad del Tribunal Supremo para ordenar la retroacción de actuaciones, no sólo en los casos de defectos formales o procedimentales causantes de indefensión, sino también para las cuestiones de fondo. El Tribunal Supremo puede devolver, si lo estima pertinente, a la Sala de instancia el asunto para que, de acuerdo con los criterios sentados en casación, resuelva el debate de fondo (v.gr.: si para ello resulta menester interpretar y aplicar normas autonómicas). Los únicos supuestos en los que el Tribunal Supremo carece de libertad al respecto son aquellos a los que se refiere el artículo 93.2 LJCA, cuando aprecia falta de jurisdicción o incompetencia del órgano que dictó la resolución recurrida, en los que remitirá las actuaciones al orden jurisdiccional o al órgano que estime competente.

Finalmente, el legislador, dado el interés general (“interés casacional objetivo”) que subyace a la admisión y resolución de un recurso de casación, ha querido que, en la sentencia que resuelve el fondo, la regla general sobre costas sea la de que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. No obstante, por excepción, podrá imponerlas todas a

una ellas, cuando haya actuado con mala fe o temeridad, pudiendo no obstante limitarlas (artículo 92.4 LJCA).

Abril de 2017