

EL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO TRIBUTARIO: CUESTIONES PROBLEMÁTICAS.

Felipe Alonso Murillo

**Profesor Titular Acreditado como Catedrático de Derecho
Financiero y Tributario. Universidad de Valladolid.**

**Letrado Coordinador del Gabinete Técnico del Tribunal
Supremo.**

1. MODELO CASACIONAL

- **Responde al modelo deseado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.**
- **Refuerza la prevalencia del *ius constitutionis***, de la protección del ordenamiento jurídico y de la consecución de la uniformidad en la aplicación e interpretación judicial del derecho, **respecto del *ius litigatoris***, de la protección de los legítimos derechos e intereses de los litigantes, **que se encarna en la imprescindible presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en el recurso de casación preparado para lograr su admisión a trámite.**
- **No resultaría problemático si fuera cierto**, como afirma el Legislador en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, **que pretende evitar la conversión de este recurso extraordinario en una «tercera instancia»**, puesto que esa hipotética posibilidad supondría la existencia de dos instancias jurisdiccionales previas, que realmente sólo podrían llegar a existir en los tributos locales.
- **Paradójicamente**, la coetánea modificación de la regulación de las reclamaciones económico-administrativas conserva el derecho del administrado a promover y obtener hasta tres revisiones administrativas de los actos tributarios: recurso de reposición, reclamación económico-administrativa ante el TEAR y recurso de alzada ante el TEAC.

Problema: el administrado puede tener derecho a promover y obtener hasta tres revisiones administrativas de los actos tributarios, mientras que sólo se le garantiza el derecho a promover y obtener una revisión jurisdiccional de las resoluciones administrativas revisoras.

Solución: convertir los Tribunales Económico-Administrativos en verdaderos tribunales de justicia que conocieran en primera instancia, con las necesarias adaptaciones en su composición (mixta), procedimiento, organización y funcionamiento, reconduciendo los recursos administrativos en esta materia al régimen general.

2. REGULACIÓN

- El contenido de los nueve artículos que la componen [arts. 86 a 93 LJCA, en total son nueve, porque **existe un art. 87 bis**] permite diferenciar **dos modalidades de recurso de casación contencioso-administrativo**:

1ª) El recurso de casación estatal, al que se dedica la práctica totalidad de los preceptos, todos menos dos párrafos del art. 86.3 LJCA, y

2ª) El recurso de casación autonómico, cuya específica regulación se contrae a los dos últimos párrafos de ese apartado 3 del art. 86 LJCA.

PROBLEMA: la regulación del recurso de casación autonómico es sorpresiva, notoriamente insuficiente y técnicamente defectuosa, obligando a aplicar subsidiariamente unas normas diseñadas para el recurso de casación estatal.

SOLUCIÓN: reforma urgente del recurso de casación autonómico.

3. RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES: SENTENCIAS

- A) ***Sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo Provinciales y Centrales***, «que contengan una doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos» (art. 86.1, segundo inciso, LJCA).
- B) ***Sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia***, «si el recurso pretende fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido oportunamente invocadas en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora» (art. 86.3, primer inciso, LJCA).
- C) ***Sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional*** (art. 86.1, primer inciso, LJCA).

3. RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES: SENTENCIAS

A) *Sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.*

- Sólo son recurribles las que «contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos».
 - (i) **«Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales» y además errónea:** se aplica la jurisprudencia recaída sobre el concepto jurídico indeterminado «gravemente dañosa para el interés general» que utilizaba el art. 100.1 LJCA para el derogado recurso de casación estatal en interés de la ley. Siendo carga del recurrente justificar y razonar la presencia de ese grave daño de forma concreta y precisa; no basta afirmar su existencia o aludir a hipotéticos perjuicios [**Autos de la Sección de Admisiones de 27/02/2017 (RQ 36/2017) y 28/02/2017 (RRQ 37/2017 y 40/2017).**]
 - (ii) **«Susceptible de extensión de efectos»:** sentencias que estén en las situaciones reguladas en los arts. 110 y 111 LJCA [**Autos de la Sección de Admisiones de 27/02/2017 (RQ 36/2017) y 28/02/2017 (RRQ 37/2017 y 40/2017).**].
- La exigencia de que concurren ambos requisitos comporta que, *de facto*, la legitimación para recurrir en casación estas sentencias quede reducida a las Administraciones públicas, a las entidades que ostenten la representación y defensa de intereses generales y al Ministerio Fiscal, cuando hayan sido parte en el proceso o cuando hubieran debido serlo; *pero, de iure*, estas restricciones a la legitimación no existen y no cabe descartar *a priori* que los intereses de otros recurrentes distintos coincidan con los intereses generales.
- Pese al silencio legal, el recurso de casación estatal frente a estas sentencias deberá fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado y, por ende, en el escrito de preparación deberá efectuarse el correspondiente juicio de relevancia.

3. RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES: SENTENCIAS

A) *Sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.*

PROBLEMAS: la existencia de este específico régimen de recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, (a) exige comprobar si la competencia para dictar la sentencia recurrida correspondía al Juzgado o a la Sala de lo Contencioso-administrativo y, siendo competencia del Juzgado, si le correspondía dictarla en única o en primera instancia, pues de otro modo podría abrir o cerrar ilegítimamente las “puertas” de la casación a las resoluciones judiciales de instancia, y, (b) al configurarse como un requisito de recurribilidad, exige también precisar el específico alcance de las facultades que corresponden al Juzgado de instancia ex art. 89.4 LJCA.

SOLUCIÓN: los Autos de 27/02/2017 (RQ 36/2017) y 28/02/2017 (RRQ 37/2017 y 40/2017) aclaran que al Juez le corresponde verificar: (i) que la sentencia es susceptible de extensión de efectos, (ii) que se ha argumentado por el recurrente que dicha sentencia contiene doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y (iii) que el escrito de preparación reúne los requisitos a los que se refiere el art. 89.2 LJCA.

3. RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES: SENTENCIAS

B) Sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

- El recurso de casación estatal debe fundarse en una infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido oportunamente invocadas en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora (art. 86.3 LJCA).
- Toda la jurisprudencia sobre los anteriores arts. 86.4 y 89.2 LJCA resulta aplicable, de la que se desprenden los siguientes **criterios fundamentales**:
 - Primero.** El recurso de casación no se puede fundar en normas de Derecho autonómico, no siendo posible eludir esta restricción mediante la cita meramente artificiosa e instrumental de normas de Derecho estatal.
 - Segundo.** Los principios constitucionales y del procedimiento administrativo común no pueden servir por sí solos para fundar un recurso de casación, puesto que su mera invocación retórica permitiría desbordar los límites trazados por la ley para el recurso de casación.
 - Tercero.** La ponderación de las circunstancias específicas del litigio será exigible especialmente cuando se produzcan entrecruzamientos ordinamentales, correspondiendo al TS ex art. 123.1 CE discriminar si la controversia está sometida o no a preceptos no sólo de Derecho autonómico y cuál sea el grado de incidencia de estos preceptos autonómicos en la resolución del supuesto.
 - Cuarto.** El Derecho autonómico que reproduzca Derecho estatal básico puede fundar el recurso de casación, porque en tales casos la asunción por una Comunidad Autónoma como Derecho autonómico propio del Derecho estatal no priva a éste de su naturaleza de legislación básica.
 - Quinto.** El recurso de casación podrá fundarse en la vulneración de la jurisprudencia recaída sobre un precepto de Derecho estatal que no tenga carácter básico, de idéntico contenido al precepto del Derecho autonómico aplicable en el litigio, porque el valor de complementar el ordenamiento jurídico que el art. 1.6 Código Civil otorga a la jurisprudencia no desaparece por la existencia del Derecho autonómico.

3. RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES: SENTENCIAS

B) Sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

- El recurso de casación se podrá preparar contra las sentencias dictadas en **única instancia**, como antes, y **contra las sentencias dictadas en apelación**, a diferencia de lo que antes acontecía.
 - > Las exclusiones y restricciones a la recurribilidad de las resoluciones de los Juzgados C/A no se comunican a las sentencias dictadas por las Salas C/A de los TSJ.
- **Han de entenderse recurribles en casación las sentencias de las Salas C/A de los TSJ que resuelvan cuestiones de ilegalidad**, tal y como se había admitido por la jurisprudencia con la anterior regulación.

C) Sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Poco hay que añadir a lo expuesto respecto de las sentencias dictadas por las Salas C/A de los TSJ, salvo destacar que lo dicho respecto de las sentencias dictadas en apelación, allí se refería a la apelación de las resoluciones de los Juzgados Provinciales y aquí de los Juzgados Centrales C/A.

3. RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES: AUTOS

- Son recurribles en casación los dictados por las Salas C/A de los TSJ y de la AN, no por los Juzgados C/A, y no todos, únicamente los autos que:
 - A. Declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación;*
 - B. Pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares;*
 - C. Hayan recaído en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta;*
 - D. Hayan sido dictados en el caso previsto en el art. 91 LJCA (ejecución provisional de la sentencia recurrida en casación), y*
 - E. Hayan sido pronunciados en aplicación de los arts. 110 (extensión de efectos) y 111 (pleitos testigo) LJCA.*
- Se trata de un *numerus clausus* y la enumeración cerrada coincide con la prevista en la regulación extinguida.
- El recurso de casación contra autos se sigue supeditando a la previa interposición del «recurso de reposición».
- Toda la doctrina jurisprudencial preexistente resulta aplicable, con dos salvedades, dada la nueva redacción del precepto:
 - Primera.** La recurribilidad de los autos queda expresamente sometida al cumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo del art. 86.3 LJCA [«los dictad[o]s por las Salas C/A de los TSJ sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala»], límite que la jurisprudencia había entendido inaplicable en los recursos de casación contra autos.
 - Segunda.** Los autos dictados en aplicación de los arts. 110 y 111 LJCA dejan de ser recurribles «*en todo caso*».
- Los recursos de casación contra autos sólo resultarán admisibles si presentan «interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia».

4. OBJETO, PRETENSIONES Y CONDICIONES EXTRÍNSECAS DE LOS ESCRITOS PROCESALES

A) OBJETO.

- El recurso de casación se limitará a las cuestiones de derecho con exclusión de las cuestiones de hecho, sin perjuicio de la posibilidad que se reconoce a la Sala Tercera del Tribunal Supremo de efectuar una integración de hechos (art. 87 *bis* LJCA).
- Las infracciones procesales pueden ser objeto del recurso de casación, pero la admisión a trámite del recurso requerirá que presenten interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, lo que será francamente difícil. **Criterios de la Sección de Admisiones:**
 1. **Auto 1/02/2017 (RCA 31/2016, RJ Segundo):** *«la eventual infracción del artículo 33 LJCA carece de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, y no lo adquiere por la hipotética lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que si así se entendiera por esta Sala, cualquier vicio de incongruencia que se imputase a la resolución impugnada presentaría interés casacional, consecuencia que con toda evidencia no está en la mens legislatoris».*
 2. **Auto 21/03/2017 (RCA 308/2016, RJ Segundo):** *no toda incongruencia carece de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, puede tenerlo cuando repercuta en la aplicación de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casacional objetivo.*
 3. **Auto 1/03/2017 (RCA 88/2016),** teniendo en cuenta que la parte recurrente resulta obligada, de conformidad con el artículo 89.2.c) LJCA, a acreditar que interesó la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de haber dispuesto de momento procesal oportuno para ese menester, *cuando denuncie una incongruencia por omisión de la sentencia que se pretende recurrir en casación, resulta legítimo exigirle que acredite, como presupuesto de procedibilidad, haber instado sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los arts. 267.5 LOPJ y 215.2 LEC.*

4. OBJETO, PRETENSIONES Y CONDICIONES EXTRÍNSECAS DE LOS ESCRITOS PROCESALES

B) PRETENSIONES.

- Anulación, total o parcial, de la resolución recurrida y, en su caso, la devolución de los autos al juzgado o tribunal de instancia o la resolución de litigio por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dentro de los términos en que apareciese planteado el debate.
- Será en el escrito de interposición, una vez que el recurso de casación preparado haya sido admitido a trámite mediante el correspondiente auto, donde se habrá de «precisar el sentido de las pretensiones que la parte deduce y de los pronunciamientos que solicita» (art. 92.3.b) LJCA).

PROBLEMA:

Indudablemente debe existir una conexión lógica y racional entre el contenido del auto de admisión (art. 90.4 LJCA), el del escrito de interposición (art. 92.3 LJCA) y el del escrito de oposición (art. 92.5 LJCA), así como también la congruencia que debe respetar la sentencia que resuelva el recurso de casación (art. 93 LJCA), pero hasta dónde se extiende. Dicho en otras palabras: **¿La admisión del recurso de casación preparado, por la concurrencia de alguna o algunas cuestiones de interés casacional, de las que el auto de la Sección de Admisiones deja constancia, limita a esa cuestión o cuestiones el ámbito de cognición de la Sección de Enjuiciamiento?**

SOLUCIÓN:

Siendo ésta una cuestión dudosa, la Sección de Admisiones ha decidido:

- Que la concurrencia de interés casacional objetivo en una cualquiera de las infracciones denunciadas comporta la admisión a trámite del recurso de casación preparado, sin necesidad de analizar la presencia o no de interés casacional en todas y cada una de las infracciones denunciadas.
- Que la inadmisión del recurso de casación exigirá en cambio que no se estime presente el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en ninguna de las infracciones denunciadas.

4. OBJETO, PRETENSIONES Y CONDICIONES EXTRÍNSECAS DE LOS ESCRITOS PROCESALES

- La doctrina jurisprudencial que proscribe la introducción de cuestiones nuevas en casación sigue siendo plenamente aplicable, porque subsisten las dos razones en que se apoya; a saber: (1ª) resulta lógicamente imposible que la resolución judicial impugnada incurra en las infracciones denunciadas por la parte recurrente, respecto de una cuestión que no fue considerada en el pleito de instancia, y (2ª) con la admisión de cuestiones nuevas en casación se afectaría gravemente al derecho de defensa de la parte recurrida, pues carecería de las posibilidades de alegación y prueba que corresponden a la instancia [**Auto 3/02/2017 (RCA 203/2016, RJ Segundo)**].

C) CONDICIONES EXTRÍNSECAS DE LOS ESCRITOS PROCESALES.

La facultad legalmente conferida a la Sala de Gobierno del TS se ha plasmado en el «Acuerdo de 20 de abril de 2016, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera» (BOE 6/7/2016). “*Normas*”, para los escritos de interposición y de oposición (50.000 caracteres; 25 páginas), y “*Criterios orientadores*”, para el escrito de preparación y de oposición a la admisión (35.000 caracteres; 15 páginas).

PROBLEMA: Incrementan el apreciable rigorismo formal que la regulación legal impone a los escritos procesales en el recurso de casación contencioso-administrativo, pero no vulneran el derecho a la defensa, si se interpreta, como se está haciendo, que su eventual incumplimiento será inocuo, por más que no sea recomendable, para los escritos de preparación del recurso y de oposición a su admisión, así como para los escritos de alegaciones del art. 90.1 LJCA, y subsanable, conforme a lo dispuesto en el art. 138 LJCA, para los escritos de interposición del recurso y de oposición a la casación.

5. INTERÉS CASACIONAL: IDEAS GENERALES

- Los **términos literales** empleados por el Legislador en el art. 88.1 LJCA, «*interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*», **consienten tres iniciales precisiones:**
 1. **El interés es «casacional»**, luego debe atribuirse al recurso de casación, no al pleito de instancia, por lo que se vinculará a la concreta infracción del ordenamiento jurídico, sustantiva o procesal, o de la jurisprudencia, imputada a la resolución judicial impugnada.
 2. **El interés casacional del recurso ha de ser «objetivo»**, por lo que debe inequívocamente trascender el interés «subjetivo» del recurrente. El recurso de casación se admitirá en pos del *ius constitutionis* no del *ius litigatoris*.
 3. **El interés casacional objetivo del recurso debe ser para la «formación de la jurisprudencia»**, bien porque no existe y se considere que ha de ser formada, o bien porque la existente deba ser matizada, precisada o concretada para realidades jurídicas distintas. **Auto 15/03/2017 (RCA 93/2017, RJ Segundo.8):** «*La «inexistencia de jurisprudencia» a que se refiere ese artículo no ha de entenderse en términos absolutos, sino relativos, por lo que cabe hablar de la misma, estando llamado el Tribunal Supremo a intervenir, no sólo cuando no haya en absoluto pronunciamiento interpretativo de la norma en cuestión, sino también cuando, habiéndolo, sea necesario matizarlo, precisarlo o concretarlo para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en la jurisprudencia*».

5. INTERÉS CASACIONAL: IDEAS GENERALES

Esta primera aproximación plantea ya dos importantes interrogantes:

¿Cuándo se va a entender que existe jurisprudencia?

- El art. 1.6 CC establece que la jurisprudencia es la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho.
- Si la jurisprudencia es la doctrina reiterada, no existirá si no hay al menos dos pronunciamientos del Tribunal Supremo en el mismo sentido, puesto que sólo entonces habrá reiteración.

Problema: acomodo a la función nomofiláctica estricta querida para todas las sentencias que resuelvan recursos de casación contencioso-administrativos.

¿Qué sucede con los recursos de casación que planteen idéntica cuestión jurídica con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia?

- La respuesta menos problemática es que todos deben ser admitidos a trámite y tramitados conforme a las prescripciones legales, quedando en suspenso su señalamiento hasta que se forme la jurisprudencia con los primeros señalados para votación y fallo, **como se está entendiendo**.
- En todo caso, debe agilizarse la resolución de estos recursos de casación.

Problema: no se evita la existencia de sentencias repetitivas que resuelven recursos de casación contencioso-administrativos.

- **El interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia se concreta, legalmente en un doble enumeración: nueve circunstancias ejemplificativas -art. 88.2 LJCA- y cinco presunciones -art. 88.3 LJCA-. > El criterio de diferenciación entre unas y otras no es fácilmente inteligible.**
- **La Sección de Admisiones ha entendido que la concurrencia de una circunstancia o presunción de interés casacional hace innecesario pronunciarse sobre las demás invocadas.**

5. INTERÉS CASACIONAL: CIRCUNSTANCIAS

- El apartado 2 del art. 88 LJCA enumera nueve circunstancias en las que, «entre otras», la Sección Primera de admisiones podrá apreciar la existencia de interés casacional en el recurso de casación preparado.
- El carácter abierto de tan poblada enumeración no sólo resulta llamativo, también tiene consecuencias hermenéuticas: cualquier exégesis que se defienda de las circunstancias enumeradas no puede tener más que un valor meramente relativo.

En Auto 15/03/2017 (RCA 91/2017, RJ Segundo), la Sección de Admisiones ha reconocido que *«6.1. El carácter abierto de la enumeración de circunstancias [«entre otras»] que permiten apreciar la presencia de interés casacional objetivo para la formación jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.2 LJCA, conduce a entender que esta Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo puede reputarlo existente en el recurso atendiendo a otras razones distintas, no contempladas en dicho precepto, siempre y cuando sean invocadas por el recurrente para justificar que su recurso reúne aquel interés», advirtiendo empero que «6.2. La excepcionalidad de la invocación de estas otras circunstancias de interés casacional en la configuración legal del recurso de casación, repárese en que el artículo 89.2.f) LJCA ni las menciona, puesta en relación con el deber especial que dicho precepto impone al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, exige del recurrente que en el escrito de preparación, al menos: (i) advierta expresamente que el interés casacional objetivo no se fundamenta ni en las circunstancias del artículo 88.2 LJCA ni en las presunciones del artículo 88.3 LJCA, y (ii) justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del artículo 88 LJCA».*

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

- La **existencia de contradicción** entre las resoluciones judiciales (sentencias y autos) **no garantiza la admisión a trámite del recurso de casación**, porque no se trata de una reedición del extinguido recurso de casación para la unificación de doctrina.
- **Por eso basta con que las cuestiones sean «sustancialmente iguales», no siendo necesaria ya la conocida triada**, subjetiva, fáctica y jurídica, **que se exigía en el recurso de casación para la unificación doctrina**: *«mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales»* (art. 96.1 LJCA, actualmente sin contenido).
- En contrapartida, *cuando la parte recurrente fundamenta el interés casacional de su impugnación en el art. 88.2.a) LJCA, le es exigible razonar y justificar argumentalmente la igualdad sustancial de las cuestiones examinadas en las sentencias que se someten a contraste, mediante un razonamiento que explique que, ante un problema coincidente de interpretación del ordenamiento jurídico aplicable al pleito, la sentencia ha optado por una tesis hermenéutica divergente, contradictoria e incompatible con la seguida en la sentencia de contraste, lo cual, a sensu contrario, implica que si la parte recurrente se limita a verter la afirmación de que la sentencia impugnada entra en contradicción con la de contraste, sin argumentar cumplidamente esa aseveración, no podrá tenerse por debidamente cumplida la carga procesal establecida en el art. 89.2.f) LJCA [Auto 7/02/2017 (RCA 161/2016)]*.
- **La contradicción entre las resoluciones judiciales ha de ser ontológica**, esto es, derivada de dos proposiciones que, al propio tiempo, no pueden ser jurídicamente hablando verdaderas o correctas y falsas o contrarias, y la doctrina errónea, como es lógico, la contenida en la resolución judicial recurrida.

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

La expresión «**contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido**»:

- **No limita la contradicción a las resoluciones de los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos.**
- **No impide, per se, que la contradicción se produzca con resoluciones de órganos jurisdiccionales internacionales, como por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.**
- **Sí impide invocar la contradicción entre resoluciones del mismo órgano jurisdiccional, sean fruto o no de un cambio de criterio razonado y justificado, pero la Sección de Admisiones no está realizando una interpretación rígida de este requisito [Auto 20/02/2017 (RCA 139/2016, RJ Tercero): «Siendo el recurso de casación el instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho, como se hace constar en el preámbulo de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, es notorio que cuando se dictó la sentencia aquí objeto de casación existían pronunciamientos de la propia Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid sobre esta cuestión, distintos y contradictorios, resultando indefectible un pronunciamiento al respecto por parte de esta Sala del Tribunal Supremo»].**
- **La contradicción entre la resolución recurrida y la doctrina del TC o la jurisprudencia del TJUE se incluyen en las letras e) y f), respectivamente, del art. 88.2 LJCA.**
- **La contradicción entre la resolución recurrida y la interpretación mantenida por el TS se ha aceptado por la Sección de Admisiones dentro de esta circunstancia de interés casacional.**
- **Las resoluciones judiciales invocadas como contradictorias deberían ser anteriores a la recurrida y firmes, pero la Sección de Admisiones no está exigiendo acreditar tales extremos.**
- **Auto 8/03/2017 (RCA 40/2017, RJ Segundo):** el juego combinado del artículo 88.2.a) con el artículo 89.2.d) LJCA exige de quien pretende recurrir en casación, al menos: «**(i) la cita precisa y detallada, que habilite sin mayor esfuerzo su identificación y localización, de las sentencias firmes de otros órganos jurisdiccionales eventualmente contradictorias con la recurrida; (ii) el análisis que permita constatar la “sustancial igualdad” de las cuestiones resueltas en unas y otra, en el bien entendido de que la “cuestión” cuya igualdad se predica viene determinada tanto por la norma aplicada como por la realidad a la que se aplica; y (iii) la expresión de que las sentencias confrontadas optan por tesis hermenéuticas divergentes, contradictorias e incompatibles**». En el mismo sentido: **Autos 15/03/2017 (RRCA 91/2017 y 93/2017).**

b) Siente una doctrina sobre dichas normas [del Derecho estatal o de la Unión Europea] que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

Criterios de la Sección de Admisiones, distintos de lo expuesto respecto del requisito de recurribilidad de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados, «doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales»:

- **Auto 25/01/ 2017 (RCA 15/2016, RJ Segundo):** «*el interés casacional viene dado cuando la “doctrina” sentada, que no la cuantía debatida, es gravemente dañosa para los intereses generales*».
- **Auto 1/02/2017 (RCA 31/2016, RJ Segundo.3):** «*Para apreciar la presencia de esta circunstancia de interés casacional se debe atender de forma prioritaria a la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la sentencia recurrida, que en el caso de autos ni resulta diáfana ni se concreta*».
- **Autos 15/03/2017 (RRCA 91/2017 y 93/2017, RJ Segundo.4):** «*En lo que respecta a la circunstancia de interés casacional del artículo 88.2.b) LJCA, la satisfacción de la carga especial que descansa 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*».

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

- Esta circunstancia **concurrirá frecuentemente con la anterior** pero no tiene por qué hacerlo siempre.
- La afectación a un «gran número de situaciones» se refiere a la **virtualidad expansiva de la doctrina contenida en la resolución judicial y puede ser real y efectiva o puede ser potencial**, pero en todo caso debe estar razonada y justificada, en relación con la concreta infracción jurídica imputada a la resolución judicial recurrida en casación. Confirman estas reflexiones los **Autos 1/02/2017 (RRCA 2/2016 y 31/2016) y 8/02/2017 (RCA 86/2016)**.
- **Auto 8/03/2017 (RCA 40/2017, RJ Segundo. 5.2):** «*La afección de un gran número de situaciones por la sentencia que se combate, puesta en relación con el deber especial que incumbe al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia [artículo 89.2.f) LJCA], pide del recurrente que, salvo en los supuestos notorios, en el escrito de preparación (i) haga explícita esa afección, exteriorizando en un sucinto pero ineludible análisis la previsible influencia de la doctrina en otros muchos supuestos, (ii) sin que sean suficientes las meras referencias genéricas y abstractas, que presupongan sin más tal afección, (iii) ni tampoco baste la afirmación de que se produce por tratarse de la interpretación de una norma jurídica, cuya aplicación a un número indeterminado de situaciones forma parte de su naturaleza intrínseca*». En el mismo sentido: **Autos 15/03/2017 (RRCA 91/2017 y 93/2017, RJ Segundo.5).**

d) Resuelva 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.

- Esta circunstancia **no legitima la preparación de recursos de casación que se limiten a denunciar la denegación del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad**, invocando como infringidos los arts. 163 CE y 35 LOTC, porque esos preceptos no contemplan una obligación sino una prerrogativa de los juzgados o tribunales de instancia de la que harán uso cuando lo consideren justificado [**STC 129/2013, FJ 6.a; entre otras**].
- **Tampoco legitima la preparación de recursos de casación que efectúen una crítica abstracta sobre la constitucionalidad de un precepto con rango de ley, debe justificarse:**
 - (i) Que el debate de instancia versó sobre la validez constitucional de un precepto legal,
 - (ii) Que de esa validez dependía el sentido del fallo y
 - (iii) Que la falta de planteamiento de la cuestión no está justificada a la vista de las dudas evidenciadas en el debate, pese a la presunción de constitucionalidad de las leyes.

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

- El recurrente debe dar respuesta razonada y justificada en el escrito de preparación a todas estas preguntas:
 - **¿Cuál es la doctrina constitucional interpretada y aplicada por la resolución judicial recurrida?**
 - **¿Qué resoluciones del Tribunal Constitucional, con indicación del concreto o de los concretos FFJJ, la contienen?**
 - **¿Por qué esa doctrina constitucional ha sido interpretada y aplicada de forma errónea?**
 - **¿Cómo esa incorrecta interpretación y aplicación ha determinado la *ratio decidendi* de la resolución judicial recurrida?**

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

- **Esta letra incluye dos circunstancias en relación con la interpretación y aplicación del Derecho de la UE por la resolución judicial recurrida, que se efectúe (i) en contradicción aparente con la jurisprudencia del TJUE, o (ii) en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.**
- **No legitima la preparación de recursos de casación que se limiten a denunciar la denegación del planteamiento de una cuestión prejudicial por el tribunal de instancia y/o a interesar el planteamiento de una cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo, porque el diálogo prejudicial se entabla entre los tribunales de los EEMM y el TJUE, cuando aquéllos lo consideran pertinente y sólo están obligados los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial en Derecho interno (art. 267 TFUE), si no pueden razonablemente entender y justificar que se trata de un acto «claro» o «aclarado».**
- **El recurrente debe identificar de forma precisa la jurisprudencia del TJUE que aparentemente contradice la resolución judicial recurrida, cuando el juzgado o tribunal de instancia interpreta y aplica el Derecho de la UE, razonando la contradicción y la relevancia que esta tiene en el fallo.**

g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

- **Si la sentencia recurrida declara nula una disposición de carácter general, el interés casacional se presume en el art. 88.3.c) LJCA, por lo que ese será el precepto a invocar para justificar el interés casacional.**
- **Aunque no distingue entre la impugnación directa o indirecta de una disposición general, esas impugnaciones no pierden la naturaleza que les es propia en el recurso de casación, debiéndose recordar la consolidada doctrina jurisprudencial que excluye de la «impugnación indirecta» la denuncia de infracciones formales en el procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria.**
- **Esta circunstancia no es hábil para justificar el interés casacional de un recurso de casación contra un auto, porque la impugnación directa o indirecta de la disposición general debe estar ligada a la *ratio decidendi* de la resolución recurrida, y, sin embargo, es la adecuada para justificar un recurso de casación contra una sentencia que resuelve una cuestión de ilegalidad, sin declarar la nulidad de la disposición general concernida.**

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.

Estos convenios se encuentran regulados en los arts. 47 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, a donde habrá de acudir en caso de duda sobre la naturaleza jurídica del convenio.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales.

Deben ser resoluciones judiciales recurribles en casación, sentencias o autos, que hayan sido dictadas en el marco de los arts. 114 a 122 *bis* LJCA.

5. INTERÉS CASACIONAL: PRESUNCIONES

- El apartado 3 del art. 88 LJCA enumera cinco supuestos en los que la existencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia se presume.
- Se trata de un *numerus clausus* y la regla general es la presunción *iuris tantum*, puesto que sólo hay dos de presunción *iuris et de iure*: el descrito en la letra b), cuando la resolución judicial recurrida «*se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente por considerarla errónea*», y el descrito en la letra c), «*cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general*», salvo cuando esa disposición general, «*con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente*».
- El carácter excepcional de los supuestos de presunción *iuris et de iure* atendida la finalidad del recurso de casación contencioso-administrativo asegura su interpretación restrictiva, tal y como lo está haciendo la Sección de Admisiones.
- La inadmisión a trámite del recurso de casación preparado en que el interés casacional se presume, lo que será posible cuando la Sección Primera aprecie que «carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», en los supuestos descritos en las letras a), d) y e), o que la disposición general declarada nula por la sentencia impugnada, «con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente», en el descrito en la letra c), debe realizarse mediante auto. Pero si el escrito de preparación se limita a invocar la concurrencia de un supuesto de presunción de interés casacional, sin una argumentación que haga plausible la presunción invocada, el recurso de casación preparado podrá ser inadmitido mediante providencia [Auto 25/01/2017 (RCA 15/2016)].
- Cuando la Sección Primera admita a trámite el recurso por concurrir alguno o alguno de estos supuestos en que se presume el interés casacional también lo está haciendo por auto, pese al inexplicable silencio de la ley al respecto.

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

- **La inexistencia de jurisprudencia debe apreciarse desde una perspectiva material y no formal**, de modo que si el contenido de las normas concernido por el pleito reproduce el de normas previas sobre las que ya existe jurisprudencia, no se podrá presumir el interés casacional.
- **Por jurisprudencia ha de entenderse la emanada del Tribunal Supremo en los términos previstos en el art. 1.6 CC**, aunque la reiteración exigida por ese precepto no se ajusta a la finalidad nomofiláctica estricta pretendida para todas las sentencias dictadas en la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo.

CRITERIOS SENTADOS POR LA SECCIÓN DE ADMISIONES:

- **Auto 25/01/2017 (RCA 15/2016, RJ Tercero)**: no basta la invocación retórica, se debe justificar y argumentar su concurrencia, porque, en el contexto de un recurso de casación con vocación nomofiláctica, la formación de jurisprudencia obedece necesariamente a la interpretación de las normas jurídicas para su común aplicación.
- **Auto 27/01/2017 (RCA 41/2016, RJ Segundo)**: no excluye la obligación de justificar la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.
- **Auto 6/02/2017 (RCA 35/2016, RJ Segundo)**: si no hay jurisprudencia la resolución recurrida no puede apartarse deliberadamente de la jurisprudencia existente.
- **Auto 8/02/2017 (RCA 22/2016, RJ Primero)**: por jurisprudencia se ha de entender la del Tribunal Supremo ex artículo 1.6 CC.
- **Auto 8/03/2017 (RCA 46/2017, RJ Tercero)**: si la excepcionalidad del supuesto no hace conveniente el pronunciamiento del Tribunal Supremo, va de suyo que no puede afectar a un gran número de situaciones y trascender al caso objeto del proceso.
- **Auto 22/03/2017 (RCA 218/2016, RJ Cuarto)**: la formación de la jurisprudencia necesariamente ha de obedecer a la interpretación de las normas jurídicas vigentes para su común aplicación.

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

- Se trata del **único motivo casacional que subsiste**, porque su concurrencia obliga a la Sección Primera de admisiones a admitir a trámite el recurso de casación preparado.
- **Los juzgados o tribunales de instancia no están vinculados por la jurisprudencia del TS**, salvo cuando haya fijado doctrina legal, porque, **como ha dicho el TC en la sentencia 37/2012, FJ 7**: *«la independencia judicial (art. 117 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores e incluso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (art. 1.6 CC), si fuere el caso, sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva»*.
- **El apartamiento de la jurisprudencia existente que se aprecie en la resolución judicial recurrida ha de ser «deliberado»**, es decir, intencionado y reflexivo, **y además porque esa jurisprudencia sea considerada «errónea»**, no por cualquier otra razón diversa. **Esos dos requisitos se deben cumplir cumulativa e indubitadamente en la resolución judicial recurrida [Auto 6/02/2017 (RCA 35/2016)]**, si falta cualquiera de ellos la presunción *iuris et de iure* no debe operar.
- **Auto 8/03/2017 (RCA 40/2017, RJ Tercero)**: *«3. [...] en la sentencia impugnada tiene que hacerse explícito el rechazo de la jurisprudencia por la indicada causa. No basta, por tanto, con una mera inaplicación de la jurisprudencia por el órgano de instancia, sino que se exige que (i) haga mención expresa a la misma, (ii) señale que la conoce y la valore jurídicamente, y (iii) se aparte de ella por entender que no es correcta [...]. 4.1. La mera afirmación de que la Sala de instancia omite toda referencia a la jurisprudencia citada en el escrito de demanda resulta a todas luces insuficiente para considerar que rechaza expresamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo por considerarla errónea. 4.2. No opera, además, dicha presunción cuando, tal es el caso, la sentencia impugnada no se aparta en realidad de la jurisprudencia existente. 5. Un planteamiento como el que se hace en el escrito de preparación del presente recurso de casación podría incluso ser rechazado 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 [...]»*.

c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que ésta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

- También **en este supuesto**, referido sólo a las sentencias, **se presume *iuris et de iure* el interés casacional del recurso, pero** a diferencia del anterior **no configura un motivo de casación que obligue a la Sección Primera a admitir a trámite el recurso de casación preparado, puesto que podrá inadmitirlo si considera que la disposición de carácter general, «con toda evidencia», esto es, de forma diáfana, nítida, sin necesidad de complejas argumentaciones, «carezca de la trascendencia suficiente».**
- Aunque todavía no en materia tributaria, esa salvedad ha dado lugar a un número significativo de autos de inadmisión de la Sección de Admisiones: **Autos 13/02/2017 (RCA 28/2016), 20/02/2017 (RRCA 111/2016 y 118/2016) o 27/02/2017 (RRCA 117/2016 y 189/2016), entre otros.**

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Por lo que en materia tributaria importa, se debe destacar que **no cabe entender incluidos en esta presunción de interés casacional las casaciones preparadas contra las resoluciones judiciales dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la AN en los recursos interpuestos frente a las resoluciones pronunciadas por el TEAC, ni siquiera contra las resoluciones desestimatorias por silencio, porque esos recursos no se habrán dirigido contra actos o disposiciones de las agencias estatales.**

PROBLEMA: esta presunción *iuris tantum* de interés casacional responde a una mera deferencia del legislador de carácter institucional, pues es perturbadora en el marco de los objetivos perseguidos por la vigente regulación del recurso de casación.

SOLUCIÓN: convertirla en circunstancias de interés casacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

Para estar ante este supuesto de interés casacional **bastará con que la resolución judicial de instancia se pronuncie en relación con un acto o disposición del Gobierno autonómico**, sea cual sea su naturaleza.

PROBLEMA: esta presunción *iuris tantum* de interés casacional responde también a una mera deferencia del legislador de carácter institucional, pues es perturbadora en el marco de los objetivos perseguidos por la vigente regulación del recurso de casación.

SOLUCIÓN: convertirla como la anterior en circunstancia de interés casacional.

6. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

ALONSO MURILLO, F.: *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo en materia tributaria*, Monografías AEDAF, número 9, Madrid, 2016.

CANCIO FERNÁNDEZ, R.C.: *El nuevo recurso de casación en el orden contencioso-administrativo*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2015.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de jurisprudencia”», *Revista Española de Derecho Administrativo*, número 174, octubre-diciembre de 2015.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., YAÑEZ DÍAZ, C. y VIZÁN PALOMINO, M.: *El recurso de casación contencioso-administrativo*, Comares, Granada, 2016.

HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Bosch, Barcelona, 2016.

LOZANO CUTANDA, B.: «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», *Diario La Ley*, número 8.599, de 7 de septiembre de 2015. Consultado en *Actualidad Administrativa*, número 11, noviembre de 2015.

QUINTANA CARRETERO, J.P. (coordinador), CASTILLO BADAL, R. y ESCRIBANO TESTAUT, P.: *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*, Dykinson, Madrid, 2016.

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A.: «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», *Revista Vasca de Administración Pública*, número 104-I, enero-abril de 2016.

RUIZ LÓPEZ, M.A.: *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», *Revista de Administración Pública*, número 198, septiembre-diciembre 2015.