

El interés casacional

La cuestión de hecho

Sumario: RESUMEN.—I. IDEAS GENERALES.—II. ORIGEN HISTÓRICO DE LA IDEA DEL INTERÉS CASACIONAL.—III. LA INSTAURACIÓN DEL INTERÉS OBJETIVO CASACIONAL COMO REQUISITO PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.—IV. EL INTERÉS CASACIONAL COMO NÚCLEO ESENCIAL DEL SISTEMA.—V. CARACTERÍSTICAS DEL INTERÉS CASACIONAL.—5.1. Es un interés propio del recurso de casación.—5.2. Es un interés conectado con el objeto del pleito.—5.3. Es un interés objetivo.—5.4. Es un interés en la “formación de la jurisprudencia”.—5.5. Es un interés necesario también cuando las normas cuestionadas son procesales.—5.6. Es un interés necesario tanto cuando lo impugnado es una sentencia como cuando es un auto.—VI. LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO.—VII. ESQUEMA SOBRE LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL Y SU ADMISIÓN O INADMISIÓN. JURISPRUDENCIA.—VIII. LA CUESTIÓN DE HECHO Y LA CUESTIÓN DE DERECHO EN EL RECURSO DE CASACIÓN.—8.1. Ideas generales.—8.2. La regla de la exclusión de la cuestión de hecho en el recurso de casación.—8.2.1. Antecedentes.—8.2.2. La distinción teórica entre hecho y de derecho.—8.3. La ley orgánica 7/2015, de 21 de julio, y su significado respecto a la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones jurídicas.—8.3.1. La previsión legal.—8.3.2. El artículo 93.3 y su significado.—8.3.3. Características de la facultad del artículo 93.3.

RESUMEN

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, reformó el recurso de casación, haciendo del interés casacional para la formación de jurisprudencia la base y finalidad esencial del sistema. Dicho interés casacional tiene unas características específicas y se distingue fundamentalmente entre casos que pueden tener interés casacional y casos que tienen presunción “iuris tantum” de ese interés.

* Magistrado de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo (jubilado).

En los primeros, la inadmisión se decreta por providencia y la admisión por auto; en los segundos, la admisión se hace por providencia y la inadmisión por auto. Pero en cualquiera de los casos es necesario que, además de concurrir alguno o algunos de los supuestos dichos, concurra también un específico interés casacional. El único caso en que la ley afirma, sin posibilidad de excepción, la existencia de interés casacional, es el de apartamiento deliberado de la jurisprudencia.

El recurso de casación se limita a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho. La única intromisión del Tribunal de casación en los hechos declarados probados por el órgano de instancia, es la integración en estos de otros distintos que estén justificados en las actuaciones.

PALABRAS CLAVE: Interés casacional; características; infracciones formales; incongruencia; complemento de resoluciones; nulidad de actuaciones; distintos supuestos de interés casacional; cuestión de hecho; antecedentes; inviabilidad en casación; excepción.

I. IDEAS GENERALES

Cuenta el profesor Santamaría Pastor que, en sus tiempos universitarios, cuando el Catedrático de Derecho del Trabajo D. Gaspar Bayón llegó a clase para explicar el recurso de casación en la jurisdicción social, dijo: “Señores, para hablar del recurso de casación hay que quitarse el sombrero”.

Es dudoso si la anécdota demuestra una admiración superlativa por la institución o una perplejidad absoluta por las sombras que la rodeaban. Y si en aquellos tiempos en que el recurso de casación navegaba formal y solemne por un ordenamiento jurídico previsible y de contornos precisos, cabría preguntarse qué reverencia es adecuada ahora para esta figura procesal, en medio de un ordenamiento jurídico cambiante y regido cada vez más por la inseguridad que proporcionan los principios generales: en unos años, no muchos, (porque 25 años no lo son en la evolución jurídica de los pueblos), es decir, de 1992, cuando se instauró la casación en el Derecho procesal Administrativo, a 2016, en que comienza a regir el nuevo modelo de casación creado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de Julio, el recurso de casación ha pasado de ser un instrumento para la satisfacción de pretensiones, que proporcionaba a las partes (una vez cumplidos los requisitos procesales establecidos) un auténtico derecho procesal a la admisión del recurso, a ser un instrumento que no merece ser admitido en razón de las pretensiones que las partes ejercitan en él, sino en razón exclusiva de los efectos que la sentencia que lo decidirá pueda tener para el ordenamiento jurídico, en atención al llamado interés casacional para la formación de jurisprudencia; y ésta es la razón por la cual puede afirmarse que, salvo

supuestos concretos a que después nos referiremos, las partes no poseen en el nuevo sistema un derecho a la admisión del recurso de casación, (aunque se hayan cumplido los requisitos formales legalmente establecidos).

II. ORIGEN HISTÓRICO DE LA IDEA DEL INTERÉS CASACIONAL

La idea de interés casacional no es nueva en nuestro Derecho Procesal Administrativo. La reforma operada en la Ley Jurisdiccional del año 1956 por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que creó el recurso de casación en este ámbito, no contenía ninguna referencia al interés casacional; fue la nueva Ley Jurisdiccional 29/98 de 13 de julio la que, entre los supuestos de inadmisión, reguló por primera vez el de carencia de interés casacional, en su artículo 93.2.e). Esta causa de inadmisión sólo procedía cuando concurrían las siguientes circunstancias:

- 1.º Que el asunto fuera de cuantía indeterminada.
- 2.º Que el recurso no contuviera la impugnación directa o indirecta de una disposición de carácter general.
- 3.º Que el recurso de casación estuviera fundado en el motivo o motivos del artículo 88.1.d), es decir, en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicable.
- 4.º Que el recurso no afectara a un gran número de situaciones o no poseyera el suficiente grado de generalidad. [Este, aunque formulado en positivo, es hoy sólo uno de los supuestos de interés casacional, el regulado en el art. 88.2.c)].

El Tribunal Supremo hizo un uso moderadísimo de esta causa de inadmisión, reducido a materias de propiedad industrial y de denegación de nacionalidad española, si bien en las resoluciones en que lo hizo fijó un cuerpo de doctrina sobre lo que ha de entenderse por “*afectación a un gran número de situaciones*” que sin duda está sirviendo, al menos en un primer momento, para interpretar lo que ha de entenderse por esa “*afectación*”. Por ejemplo, el Tribunal Supremo ha declarado en esa doctrina que no basta que en el recurso de casación se plantee una cuestión atinente a la recta interpretación y aplicación de una norma jurídica (con la consiguiente generalidad que ello comporta por sí), para que pueda sin más afirmarse que la resolución impugnada afecta a un gran número de situaciones.

III. LA INSTAURACIÓN DEL INTERÉS OBJETIVO CASACIONAL COMO REQUISITO PARA LA ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN

La Ley Orgánica 7/2015, como hemos dicho, instauró el interés casacional como requisito ineludible para la admisión del recurso de casación. Ello es consecuencia de la preponderancia que en el nuevo sistema se otorga al “*ius constitutionis*” frente al “*ius litigatoris*”, es decir, a la finalidad de defensa del ordenamiento jurídico frente a la finalidad de satisfacción de las pretensiones de las partes, lo cual no obsta para que, en el momento de la decisión, además de formar jurisprudencia, el Tribunal pueda decidir conforme a Derecho las pretensiones que las partes deducen en el proceso (art. 93.1). En consecuencia, el “*ius constitutionis*” condiciona la admisión del recurso de casación, pero, ya admitido, y en trance de decisión, el Tribunal Supremo satisface ambas finalidades.

Conviene, sin embargo, precisar, para evitar equívocos de principio, que por mucho que el nuevo modelo de recurso de casación se haya inclinado decididamente por el “*ius constitutionis*” como finalidad del recurso de casación, éste nunca puede prescindir del “*ius litigatoris*”, ya que un auténtico proceso judicial sólo lo es cuando sirve a esa finalidad primaria, a saber, la satisfacción de pretensiones; sin ella, el recurso no es un auténtico proceso, (como no lo era el llamado recurso de casación en interés de la ley de la regulación anterior).

Que el recurso de casación sigue siendo, pese a la reforma, un instrumento de satisfacción de pretensiones, queda demostrado si observamos:

- 1.º Que sin parte recurrente a cuya instancia se inicie el proceso de impugnación, no existirá recurso de casación, por muy necesaria que sea en el caso concreto la intervención del Tribunal Supremo para la formación de jurisprudencia.
- 2.º Que sin parte que mantenga el recurso de casación no puede este subsistir. La parte recurrente en casación puede desistir (art. 74.8), en cuyo caso se declarará por el Letrado de la Administración de Justicia terminado el procedimiento, sin más trámite, y sin que el proceso pueda continuar con la sola finalidad de formar jurisprudencia. Esa hipotética continuación constituiría un mecanismo de resolución de dudas jurídicas, pero no un auténtico proceso.
- 3.º Que, además, es la parte recurrente quien en primer lugar acota el objeto de la casación, pues en el escrito de preparación ha de precisar las normas o la jurisprudencia que considera infringidas [art. 89.2.b], las cuales, en caso de admisión, son las que fundamentarán el escrito de interposición [art. 92.3.a)]. La ley es muy tajante en el sentido de que el escrito de interposición se referirá a las normas

que se identificaron en el escrito de preparación “*sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces*”.

Estas ideas demuestran que es el recurrente en casación quién marca o acota el objeto jurídico del proceso impugnatorio. Es cierto que entre ambos escritos (de preparación y de interposición) se interpone el auto de admisión, (que habrá de precisar, como acabamos de ver, la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo, e identificar 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). Sin embargo, no puede desconocerse que la sentencia final, al tiempo que fija la interpretación de las normas consideradas en el auto de admisión, ha de “*resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso*” (art. 93.1). Y son esas pretensiones de las partes las que marcan el objeto del mismo. En mi opinión, el “*ius litigatoris*” condiciona y enmarca el “*ius constitutionis*”, o lo que es lo mismo, las pretensiones de las partes condicionan el ámbito de la porción del ordenamiento jurídico que debe ser definido e interpretado por el Tribunal Supremo. Y la previsión de que el Tribunal en su sentencia pueda manejar e interpretar normas distintas a las previstas en el auto de admisión cuando así lo exija el debate finalmente trabado en el recurso (art. 90.4 de la Ley de la Jurisdicción) no despeja el problema, que no resulta raro en la práctica, de si esa facultad incluye o no los supuestos en que el uso de otras normas suponga un cambio en el título de pedir del recurrente, (o en la “cuestión” que el auto de admisión afirmó tener interés casacional) lo que significaría un cambio de pretensión. Por muy cierto que sea el hecho de que la nueva regulación de la casación tiene su razón de ser en la idea del interés casacional, (y que, desde este punto de vista, esa utilidad podría justificar una respuesta afirmativa, sobreponiendo la formación de jurisprudencia a cualquier limitación de conocimiento impuesto por la voluntad del recurrente), no parece que esta conclusión pueda aceptarse: en la medida en que la decisión del Tribunal Supremo se aparte de la pretensión ejercitada, ese exceso sería anómalo y extravagante, que convertiría un instrumento que es procesal en un ejercicio de docencia jurídica.

IV. EL INTERÉS CASACIONAL COMO NÚCLEO ESENCIAL DEL SISTEMA

Ya hemos visto que la defensa del ordenamiento jurídico (“*ius constitutionis*”) se erige como criterio único para la admisión del recurso de casación, que la nueva reforma concreta en la “*formación de jurisprudencia*” (art. 88.1). Esta es la finalidad expresa que la nueva Ley Orgánica 7/2015

anuda al recurso de casación, y ese es el único interés que debe predicarse de esta figura procesal.

Así lo dice el artículo 88.1 de dicha Ley Orgánica, cuando dispone que el recurso de casación podrá admitirse (es decir, que se admitirá) cuando la Sala “*estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*”.

Este precepto es la piedra angular, el núcleo esencial del nuevo recurso de casación: sólo se admitirá el recurso de casación cuando presente “*interés objetivo para la formación de jurisprudencia*”. Sin esa finalidad, no existe interés casacional, y, por lo tanto, sin ella, el recurso de casación no puede ser admitido.

El dato es de una importancia capital, porque todos los supuestos que después se citan en los números 2 y 3 del propio artículo 88, son casos que deben girar alrededor de la única finalidad admisible del recurso de casación, que es, repetimos, la “*formación de jurisprudencia*”:

- a) Si, por ejemplo, el n.º 2 dispone que el Tribunal podrá apreciar que existe interés casacional objetivo cuando la resolución impugnada sienta una doctrina que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales (letra b) o cuando afecte a un gran número de situaciones (letra c), ha de entenderse, aunque así no se diga expresamente, que para que proceda la admisión en esos casos es necesario que la decisión del recurso sirva “*para formar jurisprudencia*”. En otro caso, si existe ya jurisprudencia sobre la doctrina gravemente dañosa o sobre el caso afectante a un gran número de situaciones, el recurso habrá de inadmitirse; y se hará por medio de providencia, según el artículo 90.3.a), limitada a consignar que el asunto carece de interés casacional objetivo para la formación de aquélla, según el artículo 90.4.d).
- b) Del mismo modo, si el n.º 3 del artículo 88 dispone que se presumirá que existe interés casacional objetivo cuando no exista jurisprudencia (letra a) o cuando la resolución impugnada resuelva recursos sobre actos o disposiciones de los organismos reguladores enjuiciados por la Audiencia Nacional (letra d) o cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (letra e), para que proceda la admisión en estos casos, (y así se dice en el último párrafo de art. 88.3), es siempre necesario que la decisión del recurso sirva “*para la formación de jurisprudencia*”. En otro caso, si existe ya jurisprudencia (y no es necesario ratificarla, o corregirla, o completarla) sobre la materia regulada o sobre el objeto de los actos o decisiones del Gobierno o Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas, el recurso de casación habrá de inadmitirse (ahora

por medio de auto motivado, según el art. 90.3.b) de la Ley Jurisdiccional, en el que se justificará que concurren las salvedades que en aquél precepto se establecen). Esta relevancia del interés casacional en la formación de la jurisprudencia, dispuesta ya en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, ha sido destacada desde el primer momento por el propio Tribunal Supremo. Así, en auto de 19 de junio de 2017 (recurso de queja 273/2017) razonaba lo siguiente:

“En efecto, el recurso de casación contencioso-administrativo, en su actual regulación, introducida por la Ley Orgánica 7/2015, presenta una decidida vocación de erigirse como un instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento. La noción de «interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», a que se refieren los artículos 88.1 y 90.4 LJCA, **se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional**, que atribuye a esta Sala Tercera como cometido principal, en palabras del artículo 93.1, fijar la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, para seguidamente, con base a esta interpretación y conforme a las restantes normas que fueran aplicables, resolver las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso.

Corolario de esta caracterización es que resultan ajenas a la finalidad del recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas, carentes como tales de una dimensión hermenéutica del Ordenamiento que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos; como son, por principio, las impugnaciones circunscritas a la discusión sobre la apreciación por el órgano judicial de instancia de los hechos subyacentes en el pleito. De ahí que resulte plenamente lógica la regla del tan citado artículo 87 bis, párrafo 1º.”

Y a propósito de los requisitos que el artículo 89.2 exige al escrito de preparación, entre los que la letra f) cita el de expresar la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos de interés casacional objetivo de los números 2 y 3 del artículo 88, el Tribunal Supremo ha declarado en auto de 8 de mayo de 2017 (recurso de queja 257/2017) lo siguiente:

“En lo concerniente a la causa que fundamenta en este caso la denegación de la preparación del recurso, conviene recordar, como señalamos en el auto de 1 de febrero de 2017 (recurso de queja 98/2016) y hemos reiterado, entre otros, en el auto de quince de marzo de 2017 (recurso de queja

56/2017) que «la reforma de la regulación del recurso de casación contencioso-administrativo supone un cambio trascendente al pivotar ahora el sistema sobre la existencia (o no) de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. El nuevo artículo 88 LJCA, en su segundo y tercer apartados, enumera los supuestos en los que podrá apreciarse (apartado 2) o se presume (apartado 3) la existencia de ese interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que justifica un pronunciamiento de la Sala Tercera de este Tribunal. En esta nueva lógica casacional, el escrito de preparación del recurso de casación ante el órgano judicial de instancia adquiere un papel esencial o decisivo como anuncio de las infracciones que se desarrollarán en el escrito de interposición del mismo y la justificación o argumentación de la concurrencia de ese interés casacional objetivo».

Entre los diversos requisitos que el nuevo artículo 89.2 LJCA exige al escrito de preparación del recurso se encuentra, sin duda con especial relevancia por relacionarse directamente con el elemento que determina la admisibilidad del recurso –esto es, el interés objetivo casacional para la formación de jurisprudencia que se acaba de mencionar–, lo dispuesto en su apartado f) que establece la especial obligación de «fundamentar con singular referencia al caso, que concurren alguno o algunos de los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo», anudándose el incumplimiento de este requisito, según dispone el apartado 4 del artículo 89 LJCA, a la denegación del emplazamiento de las partes y la remisión de las actuaciones al Tribunal Supremo (en definitiva, a no tener por preparado el recurso de casación).”

V. CARACTERÍSTICAS DEL INTERÉS CASACIONAL

El interés casacional que abre la puerta al recurso de casación tiene las siguientes características:

5.1. Es un interés propio del recurso de casación

Es un interés del propio recurso de casación, no del pleito de instancia ni de la vía administrativa previa. Desde luego, puede ocurrir que las dudas acerca de la interpretación de una norma vengan ya suscitadas desde la vía administrativa, que se hayan mantenido en la instancia y que la parte desfavorecida por la sentencia haga valer su interpretación de la norma (contraria a la utilizada por el Juzgado o Tribunal “*a quo*”) como objeto del recurso de casación. Pero puede también ocurrir que el interés casacional se manifieste en la sentencia misma que se impugna, a causa de

las apreciaciones de aplicación e interpretación de las normas o de la jurisprudencia realizadas en la sentencia; en tal caso, el interés casacional puede tener unas características distintas al interés que tuvo el pleito en la instancia.

5.2. Es un interés conectado con el objeto del pleito

Desde luego, el interés casacional ha de estar en conexión con el objeto del pleito y con la sentencia que se impugna. Esta afirmación significa que si lo que se alega por el recurrente como interés casacional, aun siendo cierto y acertado, no va a conducir a la revocación de la sentencia impugnada, (porque esté desligado de la razón de decidir de la sentencia, o se refiera a extremos no determinantes del fallo recurrido), en tal caso el recurso de casación no puede superar la fase de admisión.

Aquí se ve la influencia que tiene, también en el nuevo recurso de casación, su componente de instrumento de satisfacción de pretensiones, en la medida en que esa finalidad condiciona la suerte de la casación: un interés en la interpretación de una norma que de verdad tenga un alcance dudoso o unos perfiles oscuros, no abre sin embargo la puerta a la casación si con toda evidencia la interpretación que propugna el recurrente fuera inocua para la suerte del recurso.

5.3. Es un interés objetivo

El interés casacional es un interés “objetivo”, pues así es calificado por el artículo 88.1 de la Ley 7/2015.

En consecuencia, el interés no es un interés de la parte. Desde luego que ese interés subjetivo debe también existir, porque sin interés subjetivo no puede admitirse la legitimación del recurrente; quien ha ganado un pleito no puede recurrir en casación (ni en ningún otro recurso), por más que en el terreno de los principios no esté de acuerdo con la aplicación o interpretación que la Sala de instancia haya hecho de las normas o de la jurisprudencia aplicadas.

Pero ese interés subjetivo de la parte afecta a la legitimación procesal, y no, como el interés objetivo que nos ocupa, a la viabilidad procesal del recurso de casación. Una, la legitimación procesal, es una relación del sujeto con el objeto del proceso; otro, el interés casacional, es la relación del objeto del proceso con ciertas normas del ordenamiento jurídico y su interpretación jurisprudencial.

5.4. Es un interés en la “formación de la jurisprudencia”

Tal como antes hemos dicho, el interés casacional es un interés objetivo que tiene por finalidad “*la formación de jurisprudencia*”. Por formación de jurisprudencia debe entenderse o crearla, si no existe; o modificarla, si se cree necesario; o matizarla, si las circunstancias lo exigen, o defenderla, si conscientemente no es respetada.

Este interés resulta inherente a algunos de los supuestos que el propio artículo 88 describe en su n.º 3. Así, por ejemplo, el caso del n.º 3.a), de inexistencia de jurisprudencia (en cuyo caso el propio supuesto implica interés casacional, que es crear esa jurisprudencia); o el caso del n.º 3.b) del propio precepto, de apartamiento deliberado de la jurisprudencia por considerarla errónea (en cuyo caso también el propio supuesto implica interés casacional, que es confirmar la jurisprudencia existente o modificarla conforme al criterio alumbrado por el órgano de instancia).

Pero en otros supuestos (incluso del art. 88.3, de los que dice presumirse el interés casacional) éste no es consustancial al caso. Así, por ejemplo, no se comprende el interés casacional que puede presumirse por principio en los casos en que se impugnen actos o disposiciones de los organismos reguladores competencia de la Audiencia Nacional (art. 88.3.d), o actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas (art. 88.3.c). En todos estos ejemplos no puede decirse que exista por principio un interés casacional objetivo, en razón exclusiva del autor del acto o disposición impugnados. Se trata, por lo tanto, de supuestos en que el caso no implica el interés, y, por ello, el artículo 90.3.b) impone la inadmisión cuando el Tribunal Supremo aprecie [en los casos a), d) y e)] que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, o que la disposición general declarada nula carece de trascendencia suficiente [es el caso de la letra c)]. Estas son las salvedades a que se remite aquél precepto.

Pero ocurre que este artículo 90.3.b) se refiere a todos los casos del artículo 88.3, olvidando que existe un supuesto, el de la letra b), que no contiene salvedad alguna; se trata del caso del apartamiento deliberado de la jurisprudencia, del cual no se dice en el texto de la norma que pueda en algunos casos no tener interés casacional. A pesar de que el artículo 90.3.b) se refiera a todos los supuestos del 88.3 como susceptibles de inadmisión, es claro que en el caso del apartamiento deliberado de la jurisprudencia el recurso de casación debe siempre ser admitido, porque el mero desacuerdo de un órgano judicial con la doctrina del Tribunal Supremo, cualquiera que sea la materia discutida, revela un serio problema que debe ser aclarado. Otra cosa es que el recurso de casación pueda ser inadmitido cuando sea manifiesto que el órgano judicial no se ha apartado, o no se apartado deliberadamente, de la jurisprudencia, pero en este caso el recurso se inad-

mitirá no porque concurra “salvedad” alguna, sino porque no existe el supuesto de hecho que define en ese caso el interés casacional, aunque el recurrente afirme lo contrario.

5.5. Es un interés necesario también cuando las normas cuestionadas son procesales

El interés objetivo que abre las puertas al recurso de casación no sólo es necesario cuando las normas o jurisprudencia cuestionadas son normas sustantivas, sino también cuando se trata de normas procesales o reguladoras de la sentencia.

En efecto, el nuevo recurso de casación procede, como el anterior, tanto respecto de normas sustantivas como procesales. Así se deduce del artículo 89.2.c), que se refiere (como parte del contenido del escrito de preparación), a la infracción de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, y también del artículo 93.1, que estipula que el Tribunal Supremo, en la sentencia final, podrá “ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia”, lo que presupone la constatación de una infracción de reglas procesales en la tramitación de la instancia.

Pero la pura infracción procesal, por sí misma, no conduce a la admisión del recurso de casación, sino que, para ello, sigue siendo necesaria la necesidad de formación de jurisprudencia, que habrá de ser en este caso la formación de jurisprudencia sobre normas procesales.

Entre estas infracciones formales, destacan, a estos efectos, las propias de la sentencia, y más concretamente, la incongruencia. A propósito de este vicio en el nuevo recurso de casación, el Tribunal Supremo ha hecho unas precisiones dignas de reseña:

1ª.— La primera se refiere a los casos de incongruencia conectada con aspectos de la cuestión de fondo que tienen interés casacional, es decir, aquellos casos en que el órgano “*a quo*” ha incurrido en incongruencia por no haber estudiado ni resuelto cuestiones de fondo que presentan tal interés.

Alegada la incongruencia en casación, es presumible la inadmisión del recurso, porque sobre incongruencia hay ya una abundante doctrina jurisprudencial que deja poco resquicio al interés casacional. Sin embargo, el Tribunal Supremo, con una lógica impecable, ha declarado que, en esos casos, y aunque el estricto problema de la incongruencia carezca de interés casacional, el recurso de casación debe ser admitido, como único medio para poder acceder en su caso a lo que tiene interés casacional. Podríamos decir que en este caso el interés de la incongruencia es meramente instru-

mental: lo tiene en cuanto medio imprescindible para que pueda ser cumplida la finalidad de formación de jurisprudencia.

Sobre esta cuestión debemos citar los autos del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2017 (casación 308/2016) y de 12 de febrero de 2018 (casación 5120/2017). El primero declara lo siguiente:

“Desde este planteamiento normativo, en principio la invocación de incongruencia puede no presentar interés casacional objetivo, en la medida que el incumplimiento de tales normas de regulación de las sentencias no repercute en la aplicación o inaplicación de una norma o jurisprudencia, para la resolución de alguna de las cuestiones suscitadas en el proceso, cuya interpretación presente interés casacional objetivo, ello por limitarse la controversia a la resolución o no de una determinada pretensión o cuestión planteada por la parte, que solo atañe al caso y al derecho subjetivo de la misma.

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

Ello es así en cuanto se entienden concurrentes las circunstancias que, según se desprende del artículo 88.1 de la ley procesal, determinan la decisión sobre la admisión a trámite del recurso de casación, cuales son: la invocación de una concreta infracción del ordenamiento jurídico y la justificación de un interés casacional objetivo.”

2ª.— La segunda cuestión se refiere a los casos en los que la incongruencia consiste en la omisión manifiesta por el órgano “*a quo*” de pronunciamiento sobre pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, es decir, a los supuestos de incongruencia “*ex silencio*”.

El Tribunal Supremo ha declarado que, en estos casos, antes de acudir al recurso de casación, la parte interesada ha de instar el incidente de complemento de sentencia regulado en los artículos 267.5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así lo ha dicho, en auto de 1 de marzo de 2017 (casación 88/2016), razonando que:

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

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

3ª.— La tercera cuestión se refiere a la relación y efectos entre el recurso de casación y un posible incidente previo de nulidad de actuaciones.

Como es sabido, el incidente de nulidad de actuaciones (como medio para proteger algún derecho fundamental de los dichos en el art. 53.2 de la Constitución, que haya sido infringido por una sentencia, según el art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) sólo cabe contra las resoluciones firmes.

También lo es que una sentencia contra la que cabe recurso de casación no es una sentencia firme (art. 207.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pues bien, cuando una sentencia, recurrible en casación, ha incurrido en opinión de la parte en incongruencia interna o extra petita, el interesado no puede acudir al incidente de nulidad de actuaciones, porque la sentencia no es todavía firme, pero por otra parte es probablemente inútil que prepare recurso de casación con base en dicha incongruencia, porque está abocado a la inadmisión al existir una doctrina jurisprudencial consolidada sobre ella.

Los autos del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2017 (casación 3711/2017), y de 21 de diciembre de 2017 (casación 4696/2017) resuelven esta cuestión también con lógica indudable, aclarando que en tales casos la sentencia es sólo firme cuando se inadmite el recurso de casación y procede entonces el planteamiento de un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial “a quo”, pero contando el plazo para formularlo desde la notificación del auto de inadmisión del recurso de casación.

El citado auto de 11 de diciembre de 2017 (casación 3711/2017), repetido por el de 21 de diciembre de 2017 (casación 4696/2017), comienza afirmando que las incongruencias pueden ser de dos tipos, cada una de las cuales exige caminos procesales distintos para lograr su examen por el Tribunal Supremo; y así:

- a) En el caso de las incongruencias omisivas, la parte recurrente debe acudir antes de la preparación (en su caso) del recurso de casación, al incidente de complemento de sentencia (o de auto), del artículo 267.5 de la L.O.P.J. y 215.2 de la LECivil, como antes veíamos.
- b) En el caso de las incongruencias “*internas*” o “*extra petita*”, la parte debe preparar recurso de casación, y, una vez inadmitido este, formular un incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano “*a quo*”.

Dicen así esos autos, en la parte que nos interesa:

“La problemática ahora planteada es diferente. No es la incongruencia omisiva el vicio imputado sino la incongruencia «*interna*» y «*extrapetita*». La respuesta a este vicio, por la propia naturaleza de las cosas, no puede ser igual a la ofrecida para la incongruencia omisiva a que los autos citados se refieren, ya que la «*incongruencia interna*» y la «*extrapetita*» gravitan sobre el principio de «*invariabilidad de las resoluciones judiciales*» razón por la que el mecanismo del «*complemento de sentencia*» ofrecido para reparar el vicio de incongruencia omisiva es aquí inidóneo.”

Decretada la inadmisión del recurso hemos de analizar el alcance temporal que tal pronunciamiento tiene a los efectos de la eventual interposición del incidente de nulidad de actuaciones, cuya resolución posibilitará, en su caso, la modificación del fallo de la sentencia impugnada. (...)

En consecuencia, a este Tribunal le compete decidir sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación. Si el recurso de casación se admite se continuará la tramitación legalmente prevista. Por el contrario, si se inadmite el recurso de casación interpuesto contra la resolución judicial impugnada, es en ese momento, y esto es lo novedoso de la resolución que dictamos, cuando se puede afirmar la imposibilidad de interponer recurso ordinario o extraordinario contra la resolución judicial impugnada. Ello significa que la condición de «*inimpugnabilidad*» de la resolución de instancia sólo tiene lugar cuando la declaración de inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo se produce, no cuando aquélla es dictada.

Por ello, en el asunto que decidimos, es esta resolución, la que ahora se dicta, la que abre la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones, contra la resolución impugnada pues es ahora cuando la sentencia (...) no es susceptible de recurso alguno, ordinario o extraordinario, que es la condición a que el artículo 241 de la L.O.P.J. supedita la válida interposición del incidente de nulidad de actuaciones.”

5.6. Es un interés necesario tanto cuando lo impugnado es una sentencia como cuando es un auto

El interés objetivo para la formación de jurisprudencia debe estar concurrir no sólo cuando lo impugnado es una sentencia, sino también cuando es un auto (art. 87). Lo cual significa, por ejemplo, que no es suficiente con que se dé alguno de los supuestos descritos en el artículo 87 (v.g., que un auto inadmita el recurso contencioso-administrativo, o contradiga el fallo, o resuelva cuestiones no decididas en la sentencia, o ponga término a la pieza de medidas cautelares, etc.), sino que será necesario que en cada uno de esos supuestos resulte necesaria la formación de jurisprudencia sobre lo que constituya objeto del auto (v.g. sobre las normas o jurisprudencia que regulan la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, o sobre las referentes a medidas cautelares, o sobre las que regulan la ejecución de sentencias, etc.).

En consecuencia, la variedad de supuestos; la diferencia del grado de concreción del interés casacional en el listado del artículo 88; la disparidad en el deber de motivar la admisión o inadmisión según los casos, y la existencia en el n.º 2 del artículo 88 de supuestos innominados de interés casacional, impiden una mayor precisión de lo que haya de entenderse por interés casacional y obliga a remitirse a la labor diaria y futura del Tribunal Supremo para su caracterización.

Como dicen Quintana, Castillo y Escribano, la futura jurisprudencia del Tribunal Supremo habrá de decantarse acerca de la relación existente entre el requisito general de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (a que se refiere como requisito de principio el art. 88.1) y los casos concretos que este precepto describe en sus números 2 y 3; si concluye que aquél requisito primario de interés para la formación de jurisprudencia es absoluto e indeclinable, los siguientes supuestos concretos que enumera quedarán reducidos al máximo; si, por el contrario, concluye que esos supuestos concretos tienen una cierta sustantividad propia y que incluyen en sí mismos un interés casacional, entonces se producirá una ampliación del objeto de la casación, a favor de un mayor campo de actuación jurídico-material y de una mayor efectividad de la casación como instrumento de satisfacción de pretensiones.

Como veremos más adelante, no parece que esta última sea la tesis aceptada hasta ahora por el Tribunal Supremo, pues éste viene exigiendo que, incluso en los supuestos de presunción de interés casacional, a la existencia del caso previsto legalmente debe acompañar un concreto interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, (autos de 8 de marzo de 2017 (casación 71/2017) y de 5 de abril de 2017 (casación 628/2017, entre otros).

VI. LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

La regulación del interés casacional se encuentra, como decimos, en el artículo 88 de la Ley Orgánica 7/2015, el cual distingue, por un lado, casos concretos y otros innominados en que el Tribunal Supremo puede decidir que existe interés casacional, motivándolo expresamente en un auto (art. 88.2); y por otro, casos en que esa decisión la ha realizado previamente la ley, en “*númerus clausus*”, si bien, pese a ello, el Tribunal Supremo puede, con las excepciones que citaremos, concluir que no existe interés casacional, lo que llevará a la inadmisión del recurso mediante auto motivado (art. 88.3).

Como veremos, en el primer caso, el Tribunal Supremo debe motivar la admisión, y en el segundo debe motivar la inadmisión.

A) Los primeros supuestos aparecen regulados en las nueve letras del artículo 88.2. De su conjunto, podemos decir:

- 1.º Que a pesar de que el precepto diga que el recurso de casación “*podrá ser admitido*”, en realidad debe entenderse que dice “*deberá ser admitido*” si el juicio del Tribunal Supremo es favorable a la existencia de interés casacional. La Ley Jurisdiccional atribuye al Tribunal Supremo la facultad de decidir, interpretando las normas aplicables y rellenando los conceptos generales de aquélla, si existe o no interés casacional; pero no se la ha atribuido para que, aceptando que existe interés casacional, pueda inadmitir el recurso.
- 2.º Que al expresar el precepto que los nueve casos que enumera dejan a salvo “*otras circunstancias*” en que igualmente pueda afirmarse la existencia de interés casacional objetivo, resulta poco menos que imposible una caracterización previa de lo que deba entenderse por tal interés, fuera de la propia finalidad del mismo, a saber, que tal interés ha de conducir “*a la formación de la jurisprudencia*”.

A propósito del carácter de “*númerus apertus*” de la enumeración de los casos de interés casacional objetivo que describe el artículo 88.2 de la Ley Jurisdiccional, el auto del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 2017, (casación 302/2016), y los autos de 15 de octubre de 2018, (recursos de queja 3452/2018 y 382/2018) dicen que cuando se alega una causa innominada de interés casacional, se exige con especial rigor que en la preparación del recurso se exprese el concreto interés casacional que el recurso se funda. Lo dicen así:

“El carácter abierto de la enumeración de circunstancias [«entre otras»] que permiten apreciar la presencia de interés casacional objetivo para la

formación jurisprudencial, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.2 LJCA, conduce a entender que a este Tribunal Supremo puede reputar existente el interés casacional objetivo del recurso preparado con sustento en otras circunstancias distintas, no contempladas en ese artículo 88.2 LJCA, ni tampoco incluidas en el artículo 88.3 LJCA, y, por ende, que el recurrente también podrá invocarlas para justificar el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado.

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, le exige que en el escrito de preparación justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del artículo 88 LJCA.”

En consecuencia, habrá de ser el propio Tribunal Supremo el que aquilate y caracterice de forma más precisa lo que haya de entenderse por “*interés casacional objetivo*”, más allá de los nueve supuestos a que se refiere el artículo 88.2 de la Ley Jurisdiccional.

B) Los segundos casos son los dichos en las cinco letras del artículo 88.3, en que la ley presume la existencia de interés casacional, con una presunción diferente según los casos, puesto que:

1.— En los supuestos de las letras a), d) y e), es decir, cuando no exista jurisprudencia, o se impugnen actos o disposiciones de órganos reguladores o de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, la presunción es sólo “*iuris tantum*”, puesto que el Tribunal Supremo puede, mediante auto motivado, inadmitir el recurso de casación si éste no tiene interés para la formación de jurisprudencia (art. 88.3, último párrafo).

El supuesto de la letra a) no es fácil de comprender, porque si el caso es que no existe jurisprudencia, es incomprensible que el Tribunal Supremo pueda inadmitir el recurso porque concluya que no existe interés en “*la formación de la jurisprudencia*”. Pues lo lógico sería que en tal caso el Tribunal Supremo fuera legalmente compelido a llenar ese hueco jurisprudencial, sin posibilidad de inadmisión. (Quizá el precepto deba ser interpretado en el sentido de que el Tribunal Supremo puede inadmitir cuando, alegado por el recurrente que no existe jurisprudencia sobre la interpretación de ciertas normas, el Tribunal concluya que sí la hay; pero en tal caso lo que no se da es el supuesto del precepto, es decir, lo que ocurre es que sí existe jurisprudencia). Lo que no es admisible es que pueda haber parcelas del

ordenamiento jurídico que plantean diatribas jurídicas (por ello existe el proceso concreto) y en las que no hay interpretación jurisprudencial de las normas aplicables, y que ello le sea indiferente al ordenamiento procesal, por muy humildes y modestas que sean las cuestiones planteadas.

2.— En los casos de las letras b) y c) del artículo 88.3, (es decir, cuando la resolución impugnada se haya apartado deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea, o cuando declare nula una disposición de carácter general) la presunción de interés casacional es “*iuris et de iure*”, de forma que el Tribunal Supremo no puede desconocer que en estos casos es la ley la que declara la existencia de interés casacional.

Pero incluso en el supuesto de la letra c), es decir, en el caso de que la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, la presunción de interés casacional desaparece si la disposición carece, con toda evidencia, de trascendencia suficiente.

De esta manera, y en realidad, puede concluirse que el Tribunal Supremo carece sólo de facultades para inadmitir el recurso de casación en los casos en que el interés casacional derive de haberse apartado el órgano de instancia deliberadamente de la jurisprudencia existente, al considerarla errónea (art. 88.3.b). Este es el único supuesto en que el Tribunal Supremo carece de facultades para inadmitir el recurso de casación. En este caso, la ley afirma que existe interés casacional, y el Tribunal no puede negarlo.

(Puede ocurrir que la jurisprudencia de que el órgano “*a quo*” dice apartarse no sea en realidad aplicable al caso concreto enjuiciado, pero en tal caso el Tribunal Supremo no puede admitir el recurso de casación, ni siquiera en el supuesto de que crea equivocada la interpretación de las normas hechas por aquél; la ley quiere que eso lo diga el Tribunal en sentencia, y no en un auto de inadmisión).

VII. ESQUEMA SOBRE LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL Y SU ADMISIÓN O INADMISIÓN. JURISPRUDENCIA

(Las citas jurisprudenciales en lo que sigue han aprovechado a grandes rasgos la sistematización hecha por Pedro Escribano Testaut).

De la regulación que dejamos expuesta podemos deducir que las posibilidades de admisión o inadmisión del recurso de casación con referencia al interés casacional son las siguientes:

I. Supuestos del artículo 88.2 de la Ley Jurisdiccional 29/98.

1. Supuesto del artículo 88.2.a). Sentencia o auto contradictorio con los de otros órganos jurisdiccionales.

El Tribunal Supremo puede admitir el recurso mediante auto, si considera que existe interés casacional.

O puede inadmitirlo por mera providencia si considera que no existe tal interés casacional, cuya providencia indicará si concurre alguna de las cuatro circunstancias dichas en el artículo 90.4.

Aunque pudiera interpretarse que la providencia debe limitarse a la cita escueta de la causa de inadmisión, parece lógico que contenga una sucinta motivación, explicativa muy brevemente de la causa por la cual concurre el supuesto de inadmisión. La importancia de la inadmisión (que no es en absoluto una decisión de mero trámite) así parece recomendarlo, haciendo uso de lo dispuesto en el artículo 208.1 de la LECivil, que permite la motivación cuando quien haya de dictar la providencia *“lo estime conveniente”*.

A propósito de esta causa de inadmisión del artículo 88.2.a), el Tribunal Supremo ha declarado que este supuesto no es igual que el del anterior recurso de casación para la unificación de doctrina (auto de 7 de febrero de 2017, casación 161/2016); que no es necesario que las sentencias alegadas de contraste sean firmes (auto de 14 de diciembre de 2017, recurso de queja 426/2017); que cabe alegar de contraste sentencias de otras jurisdicciones, como la civil (autos de 19 de junio de 2017, recurso de queja 346/2017 y de 27 de septiembre de 2017, casación 1168/2017) o la social (auto de 26 de junio de 2017, casación 1134/2017); que aunque las circunstancias fácticas no sean idénticas, el recurso es admisible si la cuestión jurídica es la misma (auto de 29 de marzo de 2017, casación 302/2016), y que cabe alegar de contraste sentencias del propio Tribunal Supremo, cuando sobre la cuestión hay una sola sentencia de éste (auto de 16 de mayo de 2017, casación 685/2017), pero no sentencias dictadas por la misma Sala y Sección que dictó la impugnada (autos de 16 de octubre de 2017, casación 2787/2017 y de 16 de abril de 2018, recurso de queja 47/2018).

2. Supuesto del artículo 88.2.b). Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales.

Las circunstancias y forma de la admisión o inadmisión son las mismas vistas en el n.º 1.

A propósito de esta causa, el Tribunal Supremo ha declarado en auto de 29 de marzo de 2017 (casación 302/2016) que:

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

sacional 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.”

3. Supuesto del artículo 88.2.c). Afectación por la sentencia a un gran número de situaciones.

Las alternativas sobre admisión/inadmisión son las mismas antes vistas.

Son dignos de mención los autos del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2017 (casación 40/2017), de 7 de mayo de 2018 (recurso de queja 503/2017), y de 15 de octubre de 2018 (recurso de queja 261/2018).

Según el primero de ellos “(...) *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 [art. 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 parecidos términos nos hemos pronunciado en el auto de 25 de enero de 2017 (RCA/15/2016).*”

Una aplicación concreta de este supuesto de interés casacional lo encontramos en los dos autos de 15 de octubre de 2018, (casaciones 2861/2018 y 4124/2018), sobre materia tan actual y generalizada como es la del régimen jurídico de los apartamentos turísticos.

4. Supuesto del artículo 88.2.d). Debate en la instancia sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley.

También aquí, como en todos estos casos del artículo 88.2, el Tribunal Supremo puede admitir el recurso mediante auto, si considera que existe interés casacional, o inadmitirlo por providencia, conforme a lo visto.

El Tribunal Supremo ha declarado a propósito de este supuesto (auto de 3 de febrero de 2017, casación 319/2016) lo siguiente:

“De modo que habiendo existido debate en la instancia sobre la procedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con los artículos 8 y 10 del Real Decreto Ley 9/2008, de que existían dudas fundadas sobre la competencia del órgano que ordenaba el reintegro debatido a la vista de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, especialmente por los pronunciamientos contenidos en la STC 150/2012, sin que la sentencia finalmente diese respuesta alguna a su petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se aprecia la existencia de interés casacional objetivo en virtud del artículo 88.2.d) de la LJ (“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”).”

5. Supuesto del artículo 88.2.e). Interpretación y aplicación de una doctrina constitucional con aparente error y como fundamento de la decisión.

La alternativa en este supuesto es, como en todos los del artículo 88.2, la admisión por auto o la inadmisión por providencia, en los términos vistos.

Los autos del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2017 (recurso de queja 149/2017) y de 7 de mayo de 2018 (recurso de queja 503/2017), han declarado:

“Con independencia del carácter poco afortunado de la redacción, que impide conocer exactamente el sentido de lo argumentado, singularmente en conexión con la eventual vulneración de la doctrina constitucional, el deber legal de fundamentación no se encuentra satisfecho. Y ello es así porque no se detallan de manera clara y rigurosa los requisitos contenidos en el citado artículo 88.2.e), a saber: i) qué interpretación o aplicación de la doctrina constitucional ha realizado a juicio del recurrente el órgano jurisdiccional a quo; ii) qué razón conduce a pensar que la doctrina constitucional se ha aplicado por error; y iii) cómo se verifica que todo ello ha constituido el fundamento de la decisión alcanzada.”

6. Supuesto del artículo 88.2.f). Interpretación y aplicación del Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la doctrina del TJUE.

Rigen las mismas reglas vistas sobre admisión/inadmisión.

Este supuesto de interés casacional aún no ha sido aplicado por el Tribunal Supremo, (salvo error u omisión).

7. Supuesto del artículo 88.2.g). Impugnación directa o indirecta de una disposición general.

La jurisprudencia ha declarado (autos de 3 de mayo de 2017, casación 189/2017 y de 9 de marzo de 2018, casación 6541/2017) que este supuesto es el género del caso más concreto del artículo 88.3.c), pues se refiere no al supuesto de declaración de nulidad de una disposición normativa, sino, más en general, al de simple impugnación de la misma.

No deja de ser extraño que en el caso del artículo 88.3.c), de declaración de nulidad de una disposición general la ley, pese a la presunción de interés casacional, se excluya el recurso cuando la disposición carezca con toda evidencia de trascendencia suficiente, mientras que en el caso que ahora examinamos del artículo 88.2.g) no se establezca esa excepción. Sin embargo, el dato carece de relevancia, pues, según sabemos, en los casos del artículo 88.2, además de darse el supuesto, se requiere en general que éste presente interés casacional (art. 90.3.a).

8. Supuesto del artículo 88.2.h). Impugnación de un convenio celebrado entre Administraciones Públicas.

Rigen, como siempre en estos casos, las mismas normas sobre admisión o inadmisión del artículo 90.3.a).

El Tribunal Supremo ha declarado (auto de 5 de diciembre de 2017, casación 4797/2017) que el supuesto incluye no sólo la impugnación directa del convenio, sino también los casos en que el pleito verse sobre la interpretación o ejecución del mismo.

9. Supuesto del artículo 88.2.i). Sentencia recaída en un procedimiento de protección de derechos fundamentales.

Idéntica alternativa de admisión o inadmisión que la vista anteriormente.

Ello es así porque no basta que la sentencia haya recaído en un proceso como el de referencia, sino que, además, la admisión del recurso de casación requiere la justificación de un interés casacional, (auto del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2017, recurso de queja 110/2017).

II. Supuestos del artículo 88.3 de la Ley Jurisdiccional.

En este precepto se especifican los cinco casos en que la ley presume la existencia de interés casacional objetivo. Sin embargo, como nos consta, el Tribunal Supremo ha declarado que también en estos casos el recurrente ha de justificar la existencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, (autos de 8 de marzo de 2017, recurso de queja

75/2017, y de 5 de abril de 2017, casación 628/2017). Dice el primer auto lo siguiente:

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

En todos estos casos, la admisión revestirá forma de providencia, y la inadmisión forma de auto (art. 90.3.b) de la Ley Jurisdiccional). Según el precepto, los autos de inadmisión [se está refiriendo la ley a los casos de presunción de interés casacional del art. 88.3)] habrán de ser motivados con justificación de la concurrencia de las salvedades que en éste se establecen. Ya vimos que en el caso del apartamiento deliberado de la jurisprudencia (art. 88.3.b) no se establece “salvedad” alguna y que, por ello, ese es el único caso en que, dándose el supuesto, el Tribunal Supremo carece de facultades para inadmitir el recurso de casación.

Los cinco casos de presunción de interés casacional y las declaraciones jurisprudenciales sobre ellos son los siguientes:

1. Supuesto del artículo 88.3.a). No existencia de jurisprudencia sobre la cuestión controvertida.

El Tribunal Supremo ha declarado sobre este caso:

- a) Que no importan las circunstancias concretas de hecho de los casos comparados; para saber si existe o no jurisprudencia sobre la cuestión jurídica debatida hay que acudir a ésta, y no a las circunstancias concretas de cada supuesto, (autos de 9 de febrero de 2017, casación 131/2016, y de 11 de abril de 2018, casación 45/2018).
- b) No hay interés casacional cuando, aun no existiendo jurisprudencia, los términos de la norma son tan claros que no necesitan ninguna operación interpretativa, (autos de 7 de mayo de 2018, casación 1163/2018, y de 14 de mayo de 2018, casación 4614/2017).
- c) Lo que está en juego en este caso es la interpretación de unas normas jurídicas, y no su aplicación al caso concreto (auto de 18 de septiembre de 2017, casación 2719/2017).

- d) La existencia de una sola sentencia sobre la cuestión controvertida equivale a la inexistencia de jurisprudencia, (autos de 16 de marzo de 2018, casación 6716/2017; de 5 de diciembre de 2017, casación 2717/2017; y de 29/10/2018, casación 3835/2018).
- e) Si el precepto a interpretar ha sido derogado, no puede decirse que exista interés casacional, salvo que la parte recurrente cumpla la carga procesal de probar que, pese a tal derogación, la cuestión sigue teniendo interés casacional, (v.g. porque la norma derogada haya sido sustituida por otra que presenta, en lo que importa, idéntico o similar contenido; o porque a pesar de la derogación la cuestión interpretativa sea susceptible de seguir proyectándose sobre litigios futuros; o porque el tema debatido presenta una trascendencia social o económica de gran magnitud, o por cualquier otra circunstancia análoga). Así lo dice el auto de 2 de noviembre de 2017, casación n.º 2827/2017, reproducido por el de 3 de octubre de 2018, casación n.º 2667/2018.
- f) La inexistencia de jurisprudencia no sólo incluye los casos en que no exista interpretación jurisprudencial de un precepto determinado sino también cuando, existiendo ésta, se han producido hechos que pudieran justificar un cambio de criterio, como la posterior existencia de una sentencia del Tribunal Constitucional o del Tribunal Europeo Derechos Humanos. (Auto de 29 de octubre de 2018, recurso de casación 3847/2018).
- g) En determinados casos, el recurso de casación se admite aunque ya exista jurisprudencia. En efecto, resueltos unos determinados recursos de casación, y formada, pues, jurisprudencia sobre la cuestión, siguen sin embargo admitiéndose recursos de casación posteriores sobre la misma cuestión, cuando las sentencias de origen se dictaron antes de la formación de esa jurisprudencia y en contradicción con ella. Podría pensarse que en estos casos es la satisfacción de las pretensiones de las partes lo único que prima en la admisión, (puesto que ya existe jurisprudencia). Sin embargo, si bien se mira, no deja de haber en estos supuestos un interés casacional, aunque ya no el de inexistencia de jurisprudencia sino el de resultar las sentencias de instancia contrarias a las sentencias del Tribunal Supremo, según el artículo 88.2.a) de la L.J. Así lo viene haciendo el Tribunal Supremo en los pleitos derivados de la STC 59/2017 que declaró anticonstitucionales determinados preceptos reguladores del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana en cuanto gravan supuestos no expresivos de capacidad económica (v.g. varios autos de fecha todos de 24 de octubre de 2018, dictados en los recursos de casación números 2216/2018, 4582/2018, 3306/2028, etc, y de 3 de octubre de 2018, dictados

todos en los recursos de casación 3629/2010, 3663/2018, 1628/2018, 197/2018, y otros muchos.

Este supuesto de admisión del recurso de casación (inexistencia de jurisprudencia sobre las normas aplicables, es decir, sobre las normas en que haya de sustentarse la razón de decidir) requiere una explicación, que puede parecer innecesaria, pero que la experiencia demuestra ser útil.

La existencia de jurisprudencia no puede jugar sobre los múltiples aspectos de la realidad a la que la norma es aplicable, sobre los diversos tipos y subtipos de los hechos subsumibles en la norma, puesto que, según es sabido, los problemas a resolver en los pleitos donde la cuestión jurídica es la misma, nunca cuentan con idénticas circunstancias en todos sus elementos de hecho; estas circunstancias pueden tener contornos principales y accesorios, y respecto de estos últimos no puede exigirse, para que pueda hablarse de inexistencia de jurisprudencia, que no existan sentencias del Tribunal Supremo aplicables a todos y cada uno de los elementos accesorios de la realidad a la que se aplica la norma.

De forma que existirá jurisprudencia siempre que el supuesto de hecho del caso controvertido, aunque tenga contornos diferentes en lo accesorio, pueda sin forzamiento reconducirse en lo esencial al supuesto de hecho de la jurisprudencia previa. Si la operación jurídica a realizar es la misma en el supuesto controvertido que en el ya resuelto por el Tribunal Supremo, entonces existirá jurisprudencia, aunque sean diferentes los aspectos accesorios de los hechos. Si las cosas no fueran así, se llegaría, por vía esperpéntica, a negar que exista jurisprudencia por el sólo dato de ser diferentes algunas circunstancias (v.g. de lugar y tiempo), absolutamente irrelevantes para la subsunción de los hechos en la norma aplicable.

2. Supuesto del artículo 88.3.b). Apartamiento deliberado de la jurisprudencia.

El auto de 16 de mayo de 2017 (recurso de queja 505/2017) mantiene esta doctrina general sobre este supuesto:

“En segundo lugar, aun cuando se invoca el apartado b) del artículo 88.3 LJCA, tampoco se despliega ningún esfuerzo argumentativo tendente a razonarlo. Ya que no basta alegar la mera discrepancia con la jurisprudencia, sino que se exige dar un paso más en el razonamiento, justificando que el supuesto apartamiento ha sido «deliberado», esto es, consciente y reflexivo, tal como señala el referido artículo 88.3.b), sin que baste la mera inaplicación o discrepancia con la jurisprudencia (AATS de 13 de julio de 2017, recurso de queja núm. 379/2017, de 14 de junio de 2017, recurso de queja núm. 276/2017, entre otros).”

Por su parte, el auto de 26 de febrero de 2018 (recurso de queja 609/2017), razona lo siguiente:

“Y respecto de la presunción establecida en el artículo 88.3.b) LJCA, en el ATS de 20 de septiembre de 2017 (recurso de queja 252/2017) se razona que “como pusimos de relieve en el auto de 15 de febrero de 2017 (recurso de queja 9/2017) y hemos recordado en el auto de 15 de marzo de 2017 (RCA 40/2017), para poder apreciar que resulta de aplicación la causa o circunstancia prevista en el citado artículo, se requiere un apartamiento de la jurisprudencia (que se invoca) voluntario e intencionado por considerarla equivocada. Esto es, que en la sentencia impugnada se haga 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”.

Por su parte, el auto de fecha 3 de octubre de 2018 (recurso 3893/2018) admite un recurso de casación por el apartamiento deliberado de la jurisprudencia en un proceso en que se discutía si el artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, es aplicable o no a la reagrupación de familiares no comunitarios de ciudadanos españoles.

3. Supuesto del artículo 88.3.c). Declaración de nulidad de una disposición de carácter general.

Ya vimos la relación que tiene este supuesto con el caso de la simple impugnación de una disposición de carácter general del artículo 88.2.g).

A propósito de este supuesto de interés casacional, el Tribunal Supremo ha declarado que no es suficiente para que el recurso sea admitido el que la sentencia impugnada haya declarado nula una disposición de carácter general, sino que ha de justificarse (para que no entre en juego la excepción del precepto) que la norma declarada nula, o la parte de ella que lo haya sido, tiene trascendencia suficiente (autos de 2 de noviembre de 2017, casación 2911/2017; de 9 de marzo de 2017, casación 6541/2017, y de 2 de abril de 2018, casación 5956/2017).

4. Supuesto del artículo 88.3.d). Impugnación de actos o disposiciones de organismos reguladores, supervisores o agencias.

El supuesto incluye la exigencia de que el enjuiciamiento jurisdiccional esté atribuido por ley (ha de entenderse en única instancia) a la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, (auto de 18 de abril de 2017, casación 114/2016).

Se exige, además, como en todos los casos, que exista y se justifique un interés casacional, pues de lo contrario concurre la excepción del artículo 88.3 último párrafo, (auto de 25 de mayo de 2017, casación 1132/2017).

También ha declarado la jurisprudencia que procede el recurso de casación, aunque lo impugnado sea una resolución del Subsecretario de cierto Ministerio resolviendo un recurso de alzada, siempre que lo originariamente impugnado sea un acto de un organismo regulador (auto de 12 de junio de 2017, casación 1883/2017), pero no si el acto administrativo procede directamente de un Secretario de Estado, pues éste no es un organismo regulador (auto de 18 de octubre de 2017, casación 3206/2017); tampoco lo es la Agencia Tributaria (auto de 25 de julio de 2017, casación 1263/2017).

5. Supuesto del artículo 88.3.e). Impugnación de actos o disposiciones de Gobiernos o Consejos de Gobiernos de Comunidad Autónoma.

También en este caso se necesita que se justifique el interés casacional que tiene el asunto, pues la carencia manifiesta de tal interés provoca la inadmisión, según el último párrafo del artículo 88.3, (auto de 4 de julio de 2017, casación 1461/2017).

III. Finalmente, hay que hablar de los supuestos en que la parte recurrente no precise en qué supuesto del artículo 88 (2 y 3), encaja su recurso de casación ni exprese las circunstancias de las que pudiera derivarse un interés casacional del recurso.

En tales casos, el Tribunal Supremo inadmitirá el recurso de casación mediante providencia.

En realidad, en estos supuestos (que suponen un incumplimiento de un requisito del escrito de preparación, artículo 89.2. de la Ley Jurisdiccional), el Tribunal de instancia habrá tenido por no preparado el recurso de casación (art. 89.4) mediante auto motivado, susceptible de recurso de queja.

Si no ha ocurrido así, el Tribunal Supremo inadmitirá por providencia el recurso de casación (art. 90.4.b).

Debe tenerse presente que la ley permite al Tribunal en casos excepcionales y sólo si las características del asunto lo aconsejan, oír a las partes personadas por plazo común de 30 días acerca de si el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 90.1).

Este precepto no es de fácil entendimiento, pues si la ley parte de la base de que ha de haberse expresado en el escrito de preparación la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos de interés casacional de los

números 2 y 3 del artículo 88, y además la parte recurrida ha podido oponerse a la admisión del recurso en trámite de comparecencia ante el Tribunal Supremo (art. 89.6), no se entiende bien la finalidad de este trámite. El precepto puede entenderse de dos formas:

- a. bien que se podrá excepcionalmente oír a las partes sobre la existencia o inexistencia de interés casacional, en una especie de posibilidad de subsanación, es decir de aclarar lo que se debió dejar claro en el escrito de preparación.
- b. bien que habilita al Tribunal Supremo para exponer a las partes la posible existencia de un interés casacional distinto al alegado. Una suerte de planteamiento casacional de la "tesis". Esta interpretación estaría de acuerdo con la finalidad del recurso de casación de defensa del ordenamiento jurídico, pero no parece que la poca claridad del precepto deba conducir a esa anómala conclusión.

Como quiera que sea, después de esa audiencia, el Tribunal Supremo admitirá o inadmitirá el recurso de casación, según lo dicho.

Como se ve, el concepto y los supuestos de interés casacional del nuevo recurso de casación configuran un panorama muy variopinto y a veces impreciso, y habrá de ser el propio Tribunal Supremo el que, en su quehacer diario, vaya perfilando y aclarando ese concepto capital, como ya hemos dicho más arriba.

VIII. LA CUESTIÓN DE HECHO Y LA CUESTIÓN DE DERECHO EN EL RECURSO DE CASACIÓN

8.1. Ideas generales

La relación del recurso de casación con la cuestión de hecho subyacente en el proceso se concreta en las facultades que el Tribunal Supremo tiene (y en qué condiciones) o no tiene para fijar los hechos sobre los que se proyectan las normas aplicables al caso controvertido, lo que conduce al instrumento medial preciso para aquella fijación, es decir, a la valoración de las pruebas necesarias para asentar los correspondientes hechos.

Esas facultades del Tribunal de casación serán muchas, o pocas, o ninguna, dependiendo de la concepción que el concreto ordenamiento jurídico tenga sobre la naturaleza y finalidad del recurso de casación, y por ello podemos distinguir sobre esta cuestión dos hipótesis generales:

- a) Si se admite como finalidad principal del recurso de casación la de la satisfacción del "*ius litigatoris*" (es decir, del derecho o de la pretensión de la parte), entonces es lógico que se amplíen las fa-

cultades del órgano de casación respecto del material fáctico del proceso, ya que el triunfo de las pretensiones de las partes puede depender de que el Tribunal de casación cambie la valoración que de los hechos ha realizado el Juez o Tribunal de instancia; para lograr esa finalidad es plausible toda ampliación de las facultades del órgano de casación, porque, cuantas más sean éstas, mayores serán las posibilidades de que este órgano actúe sin sujeción al juicio de hecho realizado por el órgano de instancia. Para esta concepción, llevada a su máximo extremo, el recurso de casación debe ser una instancia nueva.

- b) Si, por el contrario, se admite como finalidad principal del recurso de casación la de la satisfacción del "*ius constitutionis*" (es decir, la estricta defensa del ordenamiento jurídico –función nomofiláctica– o la uniformidad de la jurisprudencia), entonces es lógico que se restrinjan las facultades del órgano de casación respecto del material de hecho del proceso, pues no son necesarias para cumplir estas funciones: el Tribunal de casación decidirá si, dado el material de hecho fijado por el órgano de instancia mediante la valoración de la prueba, ha resultado o no correcta la interpretación y aplicación de la Ley que éste ha realizado; que el material de hecho esté o no correctamente fijado es algo en general independiente de la interpretación y aplicación de la Ley. Para esta concepción, llevada a las últimas consecuencias, no importa el acierto de la solución al caso concreto: si los hechos han sido mal seleccionados o mal fijados, pero la aplicación e interpretación que de la norma ha hecho el órgano de instancia son correctas, entonces el recurso de casación será desestimado, por más que en realidad no fueran tales hechos los que deberían haber sido tenidos en cuenta, y por más, por lo tanto, que la solución alcanzada pueda ser desacertada en el caso concreto.

Por lo tanto, es la concepción sobre la naturaleza y la finalidad del recurso de casación la que condiciona las facultades del Tribunal de casación respecto de los hechos y la valoración que de ellos ha realizado el Tribunal de instancia.

Como veremos, la Ley Orgánica 7/2015, que modificó nuestro sistema casacional contencioso-administrativo, lo adscribió claramente al segundo sistema. Pero conviene, antes de explicarlo, dar un breve apunte sobre la historia de esta cuestión.

8.2. La regla de la exclusión de la cuestión de hecho en el recurso de casación

8.2.1. Antecedentes

La consideración del recurso de casación como un medio de impugnación que se limita a resolver los problemas jurídicos que el pleito plantea, con exclusión de las cuestiones de hecho, no ha estado nunca claramente formulada en nuestro Derecho, y se ha deducido de un dato indirecto, a saber, de la supresión en el recurso de casación civil del motivo denominado “error de hecho” en la apreciación de la prueba, derivado de documentos auténticos que demostraran la equivocación evidente del juzgador.

Tampoco en el Derecho Procesal Administrativo, hasta la promulgación de la nueva Ley Orgánica 7/2015, estaba claramente establecida esa limitación del recurso de casación a la cuestión de Derecho; se ha venido deduciendo esa limitación del tenor literal del motivo de casación consistente sólo en la “*infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate*”. Se deducía también de la facultad que se otorgaba al Tribunal Supremo en el artículo 88.3 para integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquéllos que, omitidos por éste, estuvieran suficientemente justificados según las actuaciones, ya que si ésta es la única facultad que se concede al Tribunal Supremo respecto de la cuestión fáctica del proceso, es claro que le están prohibidas las demás, tales como contradecir, ignorar o variar los hechos que el órgano de instancia declaró probados.

8.2.2. La distinción teórica entre cuestión de hecho y de derecho

La distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones de Derecho ha dado origen a una profusa literatura jurídica; no entramos en ella, porque excede de los límites de esta exposición. Baste decir que por “*hechos*” debe ser entendido todo “*acaecimiento concreto que existe en el espacio y en el tiempo*”, es decir, que existe en la realidad; ahora bien, esta realidad no es sólo la realidad material, porque también es un hecho, por ejemplo, que una persona conozca o ignore una determinada circunstancia, cosa que no pertenece a la realidad material, sino más bien a la realidad espiritual¹.

¹ Para la distinción de hechos y Derecho pueden consultarse los siguientes libros:

- 1.- “Juez y hechos en el proceso civil” (Jaime Guasp).
- 2.- “El recurso de casación civil” (Vicente C. Guzmán Fluja).
- 3.- “La interpretación de los negocios jurídicos” (E. Danz).
- 4.- “La cuestión de hecho” (Henke).
- 5.- “El conocimiento privado del Juez” (Friedrich Stein).
- 6.- “La apreciación de la prueba legal y su impugnación” (F. Jiménez Conde).

Sorprende que la Sala 3.^a del Tribunal Supremo no tenga una doctrina de perfiles generales sobre la distinción entre hecho y Derecho (porque sí la tiene respecto de otras figuras jurídicas, como la discrecionalidad, la motivación, la congruencia, la distinción entre cuestiones, pretensiones, motivos, etc.). El Tribunal Supremo hace aplicación de esa distinción en los casos específicos que resuelve, pero no se eleva del supuesto concreto para la formulación de ideas generales sobre esa precisa distinción.

Y ello produce en ocasiones la perturbadora consecuencia de que se toman como hechos algunas circunstancias que no son tales, sino que son pura y simplemente la aplicación de las máximas de la experiencia, (v.g. si una marca pretendida tiene o no semejanza fonética o gráfica con otra registrada no es un hecho, sino una valoración de una realidad física que un Tribunal hace aplicando los criterios del conocimiento humano, es decir, utilizando las reglas de la experiencia, cuya aplicación es controlable, por lo tanto, en casación).

Y lo mismo puede decirse de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, (si es que estos son algo distinto al manejo de las reglas de la experiencia, ya que al fin y al cabo la indeterminación de aquéllos sólo puede llegar a concretarse con las razones que la experiencia proporciona). Un ejemplo aclarará lo que decimos.

Según es sabido, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Protección Subsidiaria, reconoce el derecho de asilo a quienes se encuentran fuera del país de su nacionalidad a causa de fundados temores de sufrir persecución por determinados motivos de raza, religión, opiniones políticas, etc. Por más que esa norma especifique de qué clase y naturaleza han de ser los actos de persecución, al final del razonamiento el Juzgador ha de concluir si los hechos persecutorios constituyen o no una persecución, que es un concepto jurídico indeterminado. Los hechos son hechos, pero la persecución es un concepto jurídico. Pues bien; el relato que el Tribunal de instancia haga de los hechos de los que el recurrente pretende deducir la existencia de persecución, vincula en casación al Tribunal Supremo, y ese relato de hechos no puede ser revisado en casación. Pero la conclusión alcanzada (es decir, que esos hechos inamovibles constituyen o no una persecución) es un concepto jurídico, más o menos determinado, y es revisable en casación. Unos mismos hechos (material fáctico) pueden constituir o no una persecución protegible (cuestión jurídica), según las circunstancias.

En conclusión, la interpretación o la utilización por los Tribunales de instancia de los “conceptos jurídicos indeterminados” o de las reglas de la experiencia no producen como resultados “hechos”, sino resultados jurídicos.

Carece por ello de lógica que el Tribunal Supremo afirme, por ejemplo, en alguna sentencia que “el Tribunal de instancia no ha realizado una interpretación ilógica, arbitraria o exorbitante del artículo aplicable”. Al ra-

zonar así, se lleva una cuestión de derecho al terreno de los hechos, que es donde (en los casos de actividad de valoración libre probatoria), cabe cometer esos excesos. Por el contrario, en el campo del Derecho, que es el campo de la interpretación de las normas, no es posible hablar de interpretaciones ilógicas o arbitrarias o exorbitantes: simplemente, una interpretación de un precepto es correcta o es incorrecta. De otra manera, habría que concluir que caben en el Derecho interpretaciones equivocadas, con tal de que no sean ilógicas, arbitrarias o exorbitantes.

Equivocaciones de esta naturaleza no son frecuentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero encontramos una en un asunto referente a instalaciones fotovoltaicas. Estos son los hechos:

- 1.º) La Administración canceló la inscripción de una instalación en el Registro de preasignaciones, con pérdida del régimen primado, por no haberse practicado en plazo la inscripción definitiva.
- 2.º) Impugnada tal cancelación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, la parte actora argumentó en su demanda que ella había solicitado la inscripción definitiva dentro de plazo y que no era responsable de la tardanza en resolver por parte de la Administración.
- 3.º) La Sala desestimó el recurso, basándose en dos argumentos, uno, que la demandante no había probado la falta de diligencia administrativa, y otro, que la empresa interesada no había solicitado prorroga, en cuyo caso la inscripción se habría producido dentro de plazo.
- 4.º) El Tribunal Supremo con toda lógica da lugar al recurso de casación y estima el recurso contencioso administrativo. Al examinar los argumentos utilizados por la Sala de instancia, el Tribunal Supremo acierta en la respuesta que da a uno de ellos, pero yerra en la del otro. En efecto:
 - A. Al examinar el motivo referente a que la parte actora no había demostrado la falta de diligencia administrativa, el Tribunal responde que “la Administración no ha ofrecido ninguna justificación –en realidad, ni una simple explicación– del motivo por el que, a pesar de disponer de tiempo suficiente para ello, no practicó la inscripción dentro de plazo”. Es decir, aunque no lo exprese, el Tribunal Supremo afirma implícitamente que la Sala de instancia ha aplicado de forma equivocada las reglas de la carga de la prueba, las cuales se aplican siempre a cuestiones de hecho. La Sala de instancia cargó indebidamente a la demandante la prueba sobre la falta de diligencia de la Administración, a la cual correspondía, (justificada y no discutida la

fecha de la solicitud), la prueba de los hechos que habían impedido a aquélla decidir en plazo.

- B. Al examinar el motivo referente a la falta de la solicitud de una prórroga, dice el Tribunal Supremo que la Sala de instancia “ha incurrido en error patente al valorar desfavorablemente el incumplimiento de una obligación inexistente”, todo ello bajo un epígrafe que se llama “Error patente de la sentencia impugnada en la valoración de la prueba: estimación del recurso”.

Ahora bien, si la Sala de instancia se ha equivocado afirmando una obligación inexistente, eso no tiene nada que ver con la valoración de la prueba; que un precepto determinado imponga o no a alguien una obligación, es un problema jurídico, no es un problema de hecho; constituye una equivocación en la interpretación de la norma, es decir, una cuestión de Derecho. Los hechos están claros y admitidos, a saber, no se pidió prórroga, y ahora hace falta saber, en una operación estricta de derecho, qué efectos anuda la norma aplicable a esa falta de solicitud de prórroga.

- 5.º) La razón, pues, de la estimación de este segundo argumento no es que se haya producido en la sentencia impugnada un error patente en la valoración de la prueba, sino un error jurídico en la interpretación de los números 1 y 2 del artículo 8 del Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre.

8.3. La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, y su significado respecto a la distinción entre cuestiones de hecho y cuestiones jurídicas

8.3.1. La previsión legal

La Ley 7/2015 tuvo el acierto de acabar con aquélla falta de previsión expresa, al establecer en el artículo 87.bis.1 que “el recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se limitará a las cuestiones de Derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho”.

Y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha destacado desde el primer momento esta circunstancia, como una característica esencial del nuevo recurso de casación en el ámbito contencioso-administrativo, (autos de 5 de diciembre de 2017, recurso de queja 269/2017); de 19 de junio de 2017, recurso de queja 273/2017 y de 9 de marzo de 2018, recurso de queja 681/2017, entre otros).

Pues bien, la experiencia demuestra que en muchas ocasiones la cuestión jurídica está mezclada con las cuestiones de hecho, hasta el punto de ser difícil un examen separado, de forma que el principio del nuevo artículo 87.bis.1, debe entenderse en mi opinión más como una tendencia, como una aspiración, que como un mandato absoluto.

Pues el propio precepto comienza por rebajar su prescripción al dejar a salvo lo que dispone en su artículo 93.3, es decir, la facultad que se concede al Tribunal de casación para integrar los hechos declarados probados por la Sala de instancia.

8.3.2. *El artículo 93.3 y su significado*

Este precepto reproduce casi literalmente lo que disponía el anterior artículo 88.3 (incluso con repetición de la expresión hechos “*admitidos*” por la Sala de instancia, adjetivo incorrecto desde el punto de vista jurídico procesal, ya que el Tribunal no “*admite*” hechos, sino que los “*declara*”; quienes admiten los hechos son las partes, respecto de los alegados de contrario), pero contiene una precisión antes desconocida que posee una profunda significación, pues dice que esa facultad de integrar hechos se concede para “*la resolución de la concreta controversia jurídica que es objeto del proceso*”.

Esta precisión añadida quiere decir, en mi opinión, que la facultad de integrar hechos se concede por la Ley no para que el Tribunal Supremo realice la operación exclusivamente jurídica de fijar la interpretación de las normas estatales o de la Unión Europea sobre las que el auto de admisión a trámite consideró necesario que aquél se pronunciara (es decir, no para la función nomofiláctica), sino para la operación subsiguiente de resolver, conforme a esa interpretación, las concretas pretensiones que constituyen el objeto del proceso.

Convendrá, sin embargo, no dar a esa prescripción legal una interpretación estrecha, aunque sólo sea por la consideración de que la integración de hechos puede ser necesaria (como paso previo a la resolución de la controversia) para que el órgano de casación comience por saber qué normativa ha de aplicar, ya que puede ocurrir que la integración de un hecho trastoque la operación jurídica realizada por el órgano “*a quo*”. En otras palabras, la integración de hechos puede ser necesaria para resolver aquello en que consiste el interés casacional, antes de llegar a resolver las pretensiones deducidas en el proceso [tal como el art. 93.1 regula las dos fases de la decisión, que son: a) interpretación de las normas sobre las que el auto de admisión consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo, y b) resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso].

8.3.3. Características de la facultad del artículo 93.3

De esta facultad podemos decir que:

1.º) El anterior artículo 88.3 limitaba el uso de esta facultad de integración a los casos en que el recurso se fundaba en el motivo de la letra d) del apartado 1 del propio artículo, es decir, infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia.

El nuevo artículo 93.3 no contiene esa limitación. Y, por lo tanto, parece que el Tribunal Supremo podrá hacer uso de esta facultad también cuando el recurso se funde en la infracción de normas procesales (art. 89.2.c), si bien anotaremos que en la infracción de normas procesales no existen “hechos” en sentido técnico, sino sólo “acaecimientos procesales” (v.g. emplazamiento o falta de emplazamiento, firmeza o no firmeza de resoluciones intraprocesales, petición o no petición de subsanación, etc.), y que la valoración que de ellos haga el órgano de instancia no vincula en absoluto al Tribunal Supremo, porque éste tiene las mismas facultades que aquél para apreciar y enjuiciar los hechos procesales que constan en las actuaciones.

2.º) Lo que el artículo 93.3 de la Ley Jurisdiccional permite no es destruir, modificar o variar la valoración de la prueba hecha por el órgano de instancia, sino algo más modesto: integrar en los hechos declarados probados por éste otros distintos que estén justificados en las actuaciones; es decir:

- a) Por medio de esta facultad no puede el Tribunal Supremo desconocer o contradecir los hechos declarados probados por el órgano de instancia.
- b) A pesar de que otra cosa pudiera deducirse de la letra del precepto (...“*para apreciar la infracción alegada*”...) la integración de hechos puede fundar no sólo la estimación del motivo, sino también su desestimación. (El precepto debió decir “*para decidir sobre la infracción alegada*”).
- c) Se trata de integrar unos hechos omitidos por el órgano de instancia en los declarados probados por él y que, a pesar de no poder fundar una revisión de la valoración de la prueba, son necesarios para resolver si existe o no la infracción que alega el recurrente.