

## **Dos años del nuevo recurso de casación<sup>1</sup>**

Sumario: RESUMEN.—ABSTRACT.—I. EL OBJETO.—II. LOS DATOS NUMÉRICOS.—2.1. La incoación.—2.2. La admisión.—2.3. La resolución.—III. LA PRÁCTICA DE LA ADMISIÓN.—3.1. El papel de los jueces y tribunales *a quo*.—3.2. Los requisitos formales del escrito de preparación.—IV. LA APRECIACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL.—4.1. Sobre los dos listados.—4.2. El supuesto del artículo 88.2.a). Pronunciamientos judiciales contradictorios.—4.3. Los supuestos del artículo 88.2.b) y c). Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y afección a gran número de situaciones.—4.4. Los supuestos del artículo 88.2.d) y e). Cuestiones de constitucionalidad.—4.5. Los supuestos del artículo 88.2.g) y 3.c). Cuestiones relativas a la legalidad de las disposiciones de carácter general.—4.6. El supuesto del artículo 88.3.a). Inexistencia de jurisprudencia.—4.7. El supuesto del artículo 88.3.b). El apartamiento deliberado de la jurisprudencia.—4.8. Los restantes supuestos de interés casacional.—V. CONCLUSIÓN.

### **RESUMEN**

*Este trabajo pretende realizar un balance de la práctica producida en la preparación y admisión de los recursos de casación sujetos al nuevo régimen establecido por la Ley Orgánica 7/2015. Expone los principales datos cuantitativos de los recursos emprendidos y el análisis sistemático de los criterios empleados para ello por la Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y evaluando su acierto.*

*PALABRAS CLAVE: Recurso de casación; criterios de interés casacional.*

---

<sup>\*</sup> Catedrático de Derecho Administrativo.

<sup>1</sup> El presente ensayo es el texto escrito de la conferencia pronunciada en la Escuela Gallega de Administración Pública, el 28 de noviembre de 2018, en el seno de la jornada de celebración del vigésimo aniversario de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. La limitación del tiempo de exposición explica la síntesis con la que se abordan las diferentes cuestiones.

## ABSTRACT

*This work aims to take stock of the practice pertaining to the preparation and admission of cassation appeals subject to the new regime laid down by Organic Law 7/2015. It sets out the main quantitative data for appeals filed and the systematic analysis of the criteria used for this purpose by the Admission Chamber of the Third Division of the Supreme Court as well as an assessment of their success.*

**KEY WORDS:** *Cassation appeal; criteria for objective cassational interest for the formation of case law.*

## I. EL OBJETO

Desde su aparición, en una modesta disposición final de la Ley Orgánica 7/2015, el novísimo recurso de casación ha sido objeto de numerosas publicaciones; la mayor parte de ellas, tendentes a proponer –siempre de modo aventurado– interpretaciones de sus preceptos; algunas menos, dirigidas a advertir de los defectos técnicos –algunos, notorios– de la nueva regulación; solo excepcionalmente la llamada doctrina ha intentado avizorar el futuro, señalando las dificultades que se opondrían a la puesta en práctica efectiva del recurso y los problemas que crearía.

Estas dificultades son bien conocidas. En primer lugar, se advirtió del riesgo de un alud de recursos ocasionado por la supresión del umbral cuantitativo establecido en la normativa precedente, y también por la apertura a la casación de un importante número de sentencias y autos (básicamente, los dictados en apelación por las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional; los dictados en única instancia por los Juzgados unipersonales se encuentran muy restringidos por la Ley). Esta circunstancia pondría en peligro la finalidad de reducir el número de asuntos que la Sala Tercera habría de fallar cada año, reducción que se confiaba a la selección discrecional de los que, a su juicio, presentasen interés casacional.

Se advirtió, también, del malestar que podría provocar, en el colectivo de potenciales recurrentes, la discrecionalidad en la admisión de los recursos y el previsible número de recursos admitidos, no pudiéndose descartar la adopción de criterios de apreciación de interés casacional dispares en asuntos muy semejantes, que ofrecerían una cierta apariencia de arbitrariedad. Era de temer que la práctica del nuevo recurso, generase una sensación de desaliento similar a la que produjo el virtual cierre del recurso de amparo en los primeros años del siglo, con el inevitable descrédito de la utilidad de la actuación de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que no se

compensaría con la aparición de una doctrina jurisprudencial de mejor calidad que la emitida en las décadas anteriores.

Alguna publicación, por último, llamó acertadamente la atención sobre un aspecto problemático, distinto y posterior al de la admisión de los recursos: en particular, las dificultades que ofrecería compatibilizar la función primordial de formar jurisprudencia —esencial en el nuevo diseño del recurso— con la de hacer justicia en las cuestiones de fondo que habrían de ser resueltas a través de este recurso: me refiero al conflicto latente entre lo que ha dado en llamarse *jus constitutionis* y *jus litigatoris*.

Desde la entrada en vigor de la nueva normativa han transcurrido, en este momento, veintisiete meses: un plazo quizá muy corto para comprobar en qué medida estos pronósticos negativos se han materializado —o no—, pero suficiente para adivinar algunas tendencias. Esta conferencia pretende hacer un primer balance de la práctica del nuevo recurso en estos dos años; no persigue realizar un análisis jurídico de los criterios de admisión, ni de la jurisprudencia sentada en este tiempo por las Secciones sentenciadoras de la Sala Tercera, sino apuntar lo que quizá presuntuosamente podría llamarse una primera auditoría de gestión del recurso.

## II. LOS DATOS NUMÉRICOS

Para empezar, unos pocos datos cuantitativos, referidos a los aspectos de incoación de nuevos recursos, de su admisión y de su resolución o fallo.

### 2.1. La incoación

Las cifras que reflejan el número de nuevos recursos preparados y elevados por las Salas *a quo* al Tribunal Supremo son importantes. Según las informaciones amablemente proporcionadas por el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo<sup>2</sup>, en 2017 llegaron a la Sala Tercera 7.102 recursos; y, en 2018, hasta el 30 de octubre, 7.206. No dispongo de los que accedieron en los últimos meses de 2016, que al parecer son poco relevantes: en total, la cifra se aproximaría, a finales del presente año, a los 14.500 recursos.

Estas cifras, además de significativas, son ciertamente preocupantes, en cuanto suponen un sustancial incremento sobre el número de casaciones que accedían al Tribunal Supremo bajo el régimen hoy derogado (aproximadamente, 4.000/año). El anunciado alud se ha producido, y es de temer que sus dimensiones aumenten en los próximos meses, sobre todo ante el

---

<sup>2</sup> En el que debo destacar la invaluable colaboración de su coordinador, D. Pedro Escribano Testaut, al que manifiesto mi gratitud.

efecto llamada que puede suponer el porcentaje de recursos admitidos a trámite por la Sección de Admisión.

## 2.2. La admisión

A ello me refiero de inmediato con los siguientes datos, que tienen el mismo origen, y que también se refieren a los años 2017 y 2018:

### 2017

|                             |               |
|-----------------------------|---------------|
| Resuelta admisión           | 4.784         |
| Admitidos                   | 917 (19,16 %) |
| Inadmitidos                 | 3.156         |
| Terminados por otras causas | 711           |

### 2018

|                             |                 |
|-----------------------------|-----------------|
| Resuelta admisión           | 5.619           |
| Admitidos                   | 1.011 (17,99 %) |
| Inadmitidos                 | 3.687           |
| Terminados por otras causas | 921             |

De estas cifras pueden extraerse algunas conclusiones provisionales.

a) De una parte, el importante trabajo llevado a cabo por la Sección de Admisión de la Sala Tercera (y sus imprescindibles apoyos funcionariales), que en menos de dos años han conseguido formar criterio sobre la admisión de 10.403 recursos. No hay datos, obviamente, sobre el tiempo de espera transcurrido entre la fecha de llegada del recurso al Registro del Tribunal Supremo y la de su despacho por la Sección de Admisión, que, necesariamente, tiene que ir incrementándose conforme aumenta el número de recursos preparados; pero es también obvio que el aumento del número de admisiones/inadmisiones decretadas ha de tener como coste una disminución en la profundidad del análisis de los recursos y del porcentaje de acierto de las resoluciones.

b) De otra, el muy estimable porcentaje de recursos admitidos, que arroja una media del 18,59 %. Este porcentaje es muy superior al que anunciaban algunas previsiones pesimistas, y también, desde luego, al de recursos de amparo admitidos a trámite por el Tribunal Constitucional (70 sobre 6.286 en 2017, según la última Memoria del Tribunal: un 1,11 %). No creo que, con esta pauta de conducta, la Sala Tercera haya pretendido evitar las críticas que ha merecido el Tribunal Constitucional (para la co-

munidad jurídica, el recurso de amparo se da por virtualmente desaparecido, y solo se interpone, con plena convicción de su fracaso, con la finalidad de prorrogar la pendencia de un litigio o como paso obligado para acceder a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo). Antes bien, creo que el importante número de recursos admitidos responde a la necesidad de formar jurisprudencia sobre materias y cuestiones que antes se hallaban excluidas del recurso de casación.

En mi opinión, y por explicable que sea, este número de recursos admitidos es excesivo. Es cierto que, entre ellos, hay un cierto número de recursos de contenido prácticamente idéntico (sobre todo, en materias como licencias VTC, asuntos de extranjería y tributarios; estos últimos suman casi una tercera parte de los admitidos). Pero la identidad de los recursos no ha de suponer una facilidad considerable en su resolución, ya que cada asunto ofrece aspectos y cuestiones de hecho siempre diferentes, cuyo análisis y detección consume una parte muy importante del tiempo requerido para la elaboración de una sentencia.

c) Y, por fin, y como correlato lógico, el considerable número de asuntos respecto de los cuales la Sala ha asumido ya el deber de tramitar y fallar en sentencia: 1.928, a los que siempre habrán de sumarse los recursos directos previstos en el artículo 12 de la Ley de lo Contencioso (y el resto de impugnaciones hechas bajo la vigencia del sistema precedente). En el supuesto de que el número de recursos admitidos se mantenga estable en los años venideros, el resultado sería que la Sala Tercera habría de fallar algo más de mil asuntos por año; un número que, aunque no suponga una carga excesiva de trabajo para cada uno de los Magistrados integrantes de las Secciones de enjuiciamiento, sí puede dificultar la formación reflexiva de doctrina jurisprudencial y el mantenimiento de criterios uniformes de interpretación (la memoria, incluso colectiva, tiene sus límites).

Este era el problema que afectaba al viejo recurso, en el que la formulación de jurisprudencia había sido relegada a un segundo plano, tanto por el número de recursos a resolver como por el predominio del criterio del que antes llamamos *jus litigatoris* (en realidad, el antiguo recurso de casación era un recurso de apelación artificialmente restringido por razón de la materia y de la cuantía, y por la exclusión de cuestiones nuevas y de hecho). La invocación que entonces se hacía a los criterios sentados en resoluciones anteriores respondía, en muchos casos, más al criterio del precedente que al seguimiento de un cuerpo de *doctrina oficial consolidada*, lo que propiciaba la introducción de constantes matices y variantes atendiendo a las circunstancias de hecho de cada litigio.

### 2.3. La resolución

¿Cómo se está atendiendo a dar salida a este importante número de recursos admitidos? Los datos que a continuación ofrezco son, hasta ahora, bastante poco fiables; pero no hay otros.

Según el buscador de la base de datos del CENDOJ, las sentencias dictadas desde julio de 2017 a octubre de 2018, en recursos de casación interpuestos al amparo del nuevo régimen, ascienden a 331, con la siguiente distribución mensual:

2017: julio, 3; septiembre, 1; octubre, 9, noviembre, 10; diciembre, 10.

2018: enero, 29; febrero, 21; marzo, 29; abril, 11; mayo, 37; junio, 58; julio, 69; septiembre, 19; octubre, 25.

Promediando, el número de fallos de los nuevos recursos asciende a 23,64 sentencias/mes. Pero, aunque en un cálculo algo más afinado, prescindieramos de los meses de 2017 (en los que implantación del nuevo sistema explica el bajo número de sentencias dictadas), el promedio de resoluciones solo aumentaría a 29,8 sentencias/mes. Lo cual supone que, de mantenerse este ritmo, y dado que se hallan pendientes de fallo 1.928 recursos ya admitidos, su resolución requeriría un plazo de 64,69 meses: cinco años y cinco meses, aproximadamente, un período muy superior al que la Sala Tercera había conseguido alcanzar en 2016 y 2017.

Es de obligada lealtad relativizar estas cifras: admito la posibilidad de errores de cálculo, así como que mi consulta a la base de datos del CENDOJ no haya sido especialmente afortunada; y es necesario tener en cuenta que los miembros de la Sala Tercera compatibilizan hoy el despacho de los nuevos recursos con la resolución de los recursos interpuestos bajo la vigencia del sistema anterior. Pero me temo que, aun depuradas estas posibles deficiencias, las conclusiones no difieran en exceso a las apuntadas: al “tapón” en las admisiones se suma un nuevo atasco en la producción de resoluciones. De manera que, si no se quiere volver a las alarmantes demoras que se producían en los primeros años de la década anterior, no caben más que tres soluciones, todas quirúrgicas: reformar los artículos 86 y siguientes de la Ley para reducir el número de resoluciones recurribles, minorar sustancialmente el porcentaje de recursos admitidos hasta la fecha, o someter al conjunto de la Sala a un ritmo de producción stajanovista de sentencias. Aunque, por supuesto, carezco de autoridad alguna para elegir en este conjunto de técnicas desagradables (no me agradaría en absoluto tener la responsabilidad de hacerlo), creo que la menos inconveniente y nociva sería la segunda; que es la que, con un alto nivel de probabilidad, terminará adoptando la Sala.

El panorama que se nos ofrece no es, pues, grato; pero es inexcusable tomar conciencia de él, antes de que el problema alcance dimensiones mucho mayores.

### III. LA PRÁCTICA DE LA ADMISIÓN

Tan importantes o más que las cifras y porcentajes de admisión de los nuevos recursos, son los criterios empleados por la Sala Tercera en orden a asumir o rechazar el trámite de los recursos preparados por los recurrentes. Esta cuestión ofrece tres aspectos: los relativos a la posición de los jueces y tribunales autores de las resoluciones impugnadas (1); la exigencia de los requisitos formales impuestos al escrito de preparación del recurso por el artículo 89.2 de la Ley (2); y la interpretación de los criterios o circunstancias determinantes del interés casacional objetivo (3).

#### 3.1. El papel de los jueces y tribunales *a quo*

La posición que la vigente normativa del recurso asigna a los órganos jurisdiccionales autores de las resoluciones recurribles es, a mi juicio, confusa y deficiente; y la doctrina sentada hasta la fecha por la Sección de Admisión de la Sala Tercera no ha conseguido mejorarla.

a) Ante todo, no tiene explicación fácil el sistema de doble revisión de los requisitos formales de los escritos de preparación, que obligadamente ha de ser hecha por los órganos *a quo* —así lo ordena el art. 89.4— y posteriormente por la citada Sección de la Sala Tercera, conforme autoriza el artículo 90.4 en sus apartados a), b) y c) (que, además, la realiza con rigor). Esta duplicación responde, seguramente, a un bucle de desconfianzas: la Ley reserva a la Sala Tercera la posibilidad de revisar lo ya revisado por el juez o tribunal de instancia, porque no confía en el rigor de éstos; pero la revisión sucesiva intensifica naturalmente la tendencia de los órganos de instancia a examinar el cumplimiento de los requisitos formales con cierta laxitud.

Este doble filtro es por completo ineficiente y, además, contrario a toda razón. Si se examinan los requisitos formales enumerados en las letras a) a e) del artículo 89.2, es obligado concluir que el órgano jurisdiccional *a quo* es quien posee los mejores elementos de juicio para valorar su efectiva concurrencia (mucho más que la Sección del Tribunal Supremo); nadie mejor que él puede apreciar si las normas o jurisprudencia supuestamente infringidas fueron realmente alegadas en el proceso, si tales infracciones fueron las efectivamente relevantes o determinantes del fallo, y si se pidió

la subsanación de las infracciones procesales invocadas. A mi entender, el control del cumplimiento de estos requisitos debiera ser confiado íntegramente a los órganos *a quo*; que es, además, lo que parece querer decir el propio artículo 90 en sus apartados 1 y 3, al referir la actuación de la Sección de Admisión exclusivamente a la constatación de la concurrencia de interés casacional (aunque, luego, el apartado 4 desmienta esta impresión). Bastaría con reservar a dicha Sección la potestad de desautorizar la revisión hecha por el órgano de instancia en supuestos de incumplimiento manifiesto de alguno de los requisitos formales.

b) La tarea del órgano jurisdiccional *a quo* se limita, pues, a la comprobación de los requisitos formales del escrito de preparación; una comprobación que puede ser sustantiva, como acredita el que el órgano de instancia deba analizar si, por ejemplo, en el caso de que el recurrente invoque la existencia de resoluciones judiciales contradictorias, tal contradicción no se razona de forma argumentada, con referencia específica a las concretas circunstancias del caso que se enjuicia<sup>3</sup>; o si el escrito de preparación plantea únicamente cuestiones de hecho, no de derecho<sup>4</sup>.

En contraste, es firme la doctrina de la Sección de Admisión en el sentido de que excede de las facultades del órgano de instancia la apreciación del interés casacional del recurso<sup>5</sup>; lo único que puede verificar es si el escrito de preparación contiene una argumentación dirigida a razonar la concurrencia de tal interés<sup>6</sup>, pudiendo denegar la preparación en caso de que falte.

Esta doctrina debiera ser matizada, para hacerla compatible con la posibilidad que el artículo 89.5 atribuye al órgano de instancia de emitir informe acerca del “interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia”. Lo que probablemente quiera decirse –nada más– es que dicho órgano carece de potestad para tener el recurso por no preparado si estimara que el interés casacional alegado no existe, a su juicio; pero nada impide que emita un juicio favorable, o desfavorable, si entendiera que, a su entender, el citado interés concurre o no, efectivamente.

---

<sup>3</sup> ATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 126/2016.

<sup>4</sup> AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 8/2017, y de 5 de diciembre de 2018, Rec. queja 269/2017.

<sup>5</sup> AATS de 2 de febrero y 5 de diciembre de 2017, Rec. queja 110/2016 y 269/2017; y de 4 de junio de 2018, Rec. queja 138/2018.

<sup>6</sup> AATS de 8 de mayo de 2017, Rec. queja 155/2017, y de 21 de mayo de 2018, Rec. queja 125/2018.

### 3.2. Los requisitos formales del escrito de preparación

a) Ante todo, una valoración general de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley. La lectura de las providencias de inadmisión que nos ha sido posible consultar –dado que no se publican, como es sabido– acredita una particular atención de la Sección de Admisión hacia el cumplimiento de estos requisitos formales; muchas de aquéllas se fundan, justamente, en la inobservancia de alguno de dichos requisitos.

Debo reiterar mi parecer –ya expuesto en alguna publicación anterior– acerca de la falta de justificación objetiva que tiene la exigencia legal de todos estos requisitos. Alguno de ellos es sencillamente ridículo, como la necesaria constancia de que las normas infringidas forman parte del derecho estatal o del de la Unión Europea. Pero es absurdo, además, que la Sección de Admisión haya de emplear su precioso tiempo de trabajo en la comprobación de estos requisitos –lo que, como acabamos de decir, debiera corresponder en exclusiva al órgano de instancia–, cuando lo único que debería valorar, sin distracción alguna, es la concurrencia del interés casacional; no tiene sentido que, dada la amplísima libertad que el Tribunal Supremo ostenta para estimar o negar la existencia de tal interés, sus decisiones de inadmisión hayan de fundarse en cuestiones formales. Antes bien, la abundancia de providencias que inadmiten los recursos apoyándose en estos motivos hace suponer –seguramente, de modo erróneo en algunos casos– que la real o supuesta infracción de los requisitos formales no responde más que al deseo de no herir la susceptibilidad de los recurrentes, negando interés casacional a cuestiones que para ellos son altamente relevantes. A ello se une el que algunas de las exigencias del artículo 89.2 son de apreciación absolutamente subjetiva, como sucede con la “precisión” con la que deben invocarse las normas que se pretenden infringidas, o con la relevancia o carácter determinante que hayan tenido, en el fallo que se impugna, las mencionadas infracciones.

Es cierto que los órganos de la Jurisdicción deben conservar la posibilidad de fiscalizar el cumplimiento de los requisitos formales del escrito de preparación, sobre todo teniendo en cuenta que no pocos de dichos escritos, según se nos dice, adolecen de unas imperfecciones y de una carencia de técnica jurídica alarmantes e injustificables. Pero no tiene lógica alguna que la admisión de un recurso se subordine a un conjunto de requisitos formales (que en todo caso los órganos jurisdiccionales controlarían de oficio, lo diga o no el recurrente), y que se inadmita en los casos en que se produzca alguna deficiencia, si el asunto sobre el que se pide que se forme jurisprudencia es de un interés inequívoco.

b) El examen de la doctrina sentada por la Sala Tercera a propósito de estos requisitos es, como se ha dicho, difícil. Solo se tiene acceso —ex art. 90.7— a los autos de admisión, así como a los de inadmisión mencionados en el artículo 90.3, que en conjunto forman una exigua minoría del total de decisiones adoptadas; por ello, la información que estas resoluciones proporcionan acerca de los criterios formales de la Sala es muy poco significativa.

Asumiendo esta grave limitación, cabe señalar que la Sala Tercera continúa utilizando prácticamente los mismos criterios de valoración de los requisitos formales que ya venía empleando bajo la vigencia del anterior sistema casacional a partir de los primeros años del siglo (que antes carecían de soporte legal: el art. 89.2 ha venido a ser una forma de regularización *ex post* de aquellas prácticas). Como ejemplos de este continuismo pueden citarse los siguientes:

- el plazo para preparar el recurso (art. 89.1) es de caducidad, no interrumpible, subsanable ni rehabilitable ex art. 128.1 LJCA<sup>7</sup>;
- en este mismo orden de cosas, se ha dicho que extemporáneo el escrito presentado ante el Tribunal Supremo (no ante el órgano de instancia), que luego se presenta ante éste, ya fuera de plazo<sup>8</sup>;
- no cabe plantear en el escrito de preparación cuestiones nuevas<sup>9</sup>;
- las normas y/o jurisprudencia infringidas han de citarse con precisión: no basta con aludir a normas jurídicas completas<sup>10</sup> ni a la “jurisprudencia notoria”<sup>11</sup>;
- es obligado razonar la “presencia” en el proceso de las normas y/o jurisprudencia infringidas<sup>12</sup>;
- en cuanto al juicio de relevancia (art. 89.2.d), se insiste en la obligación de razonar cómo, por qué y en qué forma la infracción ha sido determinante del fallo<sup>13</sup>; un defecto que no es subsanable<sup>14</sup>;
- y, con relación a los vicios de procedimiento invocados, es obligado razonar que los mismos han repercutido en un deficiente análisis de una cuestión sustantiva dotada de interés casacional<sup>15</sup>.

---

<sup>7</sup> ATS de 5 de marzo de 2018, Rec. queja 697/2017.

<sup>8</sup> AATS de 4 de octubre de 2017, Rec. queja 308/2017 y de 18 de abril de 2018, Rec. cas. 71/2016.

<sup>9</sup> AATS de 3 de febrero de 2017, Rec. cas. 203/2016, y 5 de abril de 2017, Rec. cas. 268/2017.

<sup>10</sup> AATS de 15 de junio de 2017, Rec. queja 318/2017, y de 14 de mayo de 2018, Rec. queja 151/2018.

<sup>11</sup> ATS de 13 de julio de 2017, Rec. queja 379/2017.

<sup>12</sup> AATS de 17 de noviembre de 2017, Rec. queja 417/2017 y 6 de abril de 2018, Rec. queja 73/2018.

<sup>13</sup> AATS de 8 y 15 de junio de 2017, Rec. queja 105 y 297/2017, y de 6 de abril de 2018, Rec. queja 64/2018.

<sup>14</sup> ATS de 27 de noviembre de 2017, Rec. queja 396/2017.

<sup>15</sup> ATS de 12 de julio de 2017, Rec. queja 58/2017.

*Nihil novum sub sole*, podría decirse: todas estas cuestiones son idénticas a las que se planteaban en el régimen casacional anterior. Y, con relación al nuevo sistema, los pronunciamientos a los que se tiene acceso son aún muy escasos: así, se ha sentado que las alegaciones de fondo hechas en el escrito de personación son prematuras y han de tenerse por no puestas<sup>16</sup>; que es insuficiente la mera invocación del interés casacional si no se razona su concurrencia<sup>17</sup>, un razonamiento que ha de hacerse en relación con las concretas circunstancias del objeto litigioso<sup>18</sup>; y que, si se citan motivos de interés casacional de los apartados 2 y 3 del artículo 88, han de exponerse y razonarse de forma separada<sup>19</sup>. Su interés, por ello, es muy relativo.

#### IV. LA APRECIACIÓN DEL INTERÉS CASACIONAL

Mucho más nutridas, y de mayor utilidad práctica, son las decisiones de la Sección de Admisión relativas a la interpretación de las circunstancias que enumera el artículo 88 de la Ley, que trataré de exponer de manera resumida.

##### 4.1. Sobre los dos listados

Como era de esperar, la Sala Tercera ha confirmado el carácter abierto de los listados de interés casacional objetivo y, por tanto, la apreciación como de interés casacional de circunstancias no mencionadas en los apartados 2 y 3 del artículo 88: la mención “entre otras circunstancias” que figura en el párrafo inicial del apartado 2 no admitía otra interpretación razonable. Pero esta aceptación se ha matizado con el anuncio de un criterio restrictivo en el acogimiento de circunstancias *extra legem*, advirtiendo que su invocación tiene un carácter de “*excepcionalidad*”, lo que exige que el escrito de preparación “justifique *cuidada y rigurosamente* el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada”<sup>20</sup>. Basta leer entre líneas para concluir (i) que el razonamiento que se exige al recurrente acerca de la nueva circunstancia va a ser bastante más estricto, y (ii) que la concurrencia de estas circunstancias va a ser apreciada de forma restrictiva (“*excepcionalidad*”).

---

<sup>16</sup> ATS de 27 de noviembre de 2017, Rec. cas. 4425/2017.

<sup>17</sup> ATS de 25 de enero de 2017, Rec. cas. 15/2016.

<sup>18</sup> AATS de 19 de abril de 2017, Rec. queja 170/2017, y de 25 de junio de 2018, Rec. queja 7/2018.

<sup>19</sup> ATS de 18 de enero de 2018, Rec. cas. 643/2017.

<sup>20</sup> AATS de 15 de marzo de 2017, Rec. cas. 93/2017, de 2 de abril de 2018, Rec. cas. 5956/2017, y de 7 de mayo de 2018, Rec. queja 738/2017.

Algún interés, aunque menor, tiene la precisión, que antes mencioné de pasada, según la cual, cuando el escrito de preparación invoca, simultáneamente, circunstancias de interés casacional comprendidas en uno y otro listado (esto es, del apartado 2 y del 3), su alegación y justificación razonada ha de hacerse de modo separado<sup>21</sup> (es de suponer, en párrafos con epígrafes diferenciados).

Esta exigencia no va a ser fácil de cumplir en los supuestos de motivos de interés casacional de contextura muy próxima o íntimamente relacionados [como sucede, por ejemplo, entre los previstos en la letra a) del apartado 2 y la letra b) del apartado 3; o entre los mencionados en la letra g) del apartado 2 y la letra c) del apartado 3]. Y, en la línea apuntada por este Auto, parece que ha de deducirse que la invocación y justificación de varios motivos pertenecientes al mismo apartado habrá de hacerse con idéntica separación física, por más que su fundamento sea el mismo (por ejemplo, cuando la sentencia recurrida verse sobre la impugnación de un reglamento, haya aplicado erróneamente una doctrina constitucional, vulnerando al tiempo el derecho de la Unión y creando una doctrina que afecte a gran número de situaciones).

Ciertamente, comparto la preocupación que muestra el Tribunal Supremo por la separación física de los argumentos, que no es sino un legítimo deseo de claridad que tantas veces se echa en falta en los escritos de parte. Pero esta directiva de desagregación puede chocar con la limitación física que a los escritos impuso el Acuerdo de su Sala de Gobierno de 19 de mayo de 2016<sup>22</sup>; por lo que será conveniente, en estos casos, hacer uso de la posibilidad que la propia Sección ha abierto de sustituir la argumentación por la remisión a lo ya expuesto en otros apartados del mismo escrito<sup>23</sup>.

#### **4.2. El supuesto del artículo 88.2.a). Pronunciamientos judiciales contradictorios**

Como era previsible, este motivo de interés casacional es el de invocación más frecuente, y el que ha dado lugar a un mayor número de precisiones por parte de la Sala. Sobre el mismo pesaba la inquietud de su semejanza con el antiguo recurso de casación para la unificación de doctrina, cuya escasísima eficacia práctica se advirtió en numerosas ocasiones a la luz de la sumamente restrictiva interpretación que el Tribunal Supremo hizo de sus requisitos de admisión (básicamente, de la llamada *triple identidad*).

---

<sup>21</sup> ATS de 19 de enero de 2018, Rec. 643/2017.

<sup>22</sup> Una limitación que todos estamos aplicando a los escritos de preparación, por más que el Acuerdo establezca que, por ahora, tiene carácter orientativo respecto de dichos escritos; intuitivamente, todos los abogados suponemos que exceder –al menos, notablemente– las dimensiones recomendadas pone en riesgo la admisión del recurso.

<sup>23</sup> Auto de 18 de diciembre de 2017, Rec. queja 339/2017.

a) Con un criterio elogiable, la Sección de Admisión ha decidido marcar distancias respecto de aquel malhadado recurso, sentando criterios de una cierta generosidad en la apreciación de esta primera circunstancia de interés casacional. Así lo ha hecho advirtiendo:

- que no nos hallamos ante una reformulación del recurso de casación para la unificación de doctrina y que, por tanto, no son exigibles las clásicas identidades del mismo<sup>24</sup>;
- que las resoluciones citadas de contraste no han de ser necesariamente firmes, como se exigía en el recurso de casación para la unificación de doctrina<sup>25</sup>;
- que cabe invocar, de contraste, sentencias dictadas por otras Salas del Tribunal Supremo, tanto de la Primera<sup>26</sup> como de la Cuarta<sup>27</sup>; no tenemos noticia de que este criterio se considere también aplicable a sentencias de otras jurisdicciones (Tribunal Constitucional, TJUE, TEDH, en los casos en que no sean aplicables los motivos previstos en las letras e) y f) del apartado 2); y
- que no cabe descartar la invocación de sentencias de la propia Sala Tercera del Tribunal Supremo, siempre que se haga con la finalidad de reafirmar, reforzar, completar o aclarar su doctrina<sup>28</sup>; se ha hecho así una interpretación ampliatoria del requisito de que la doctrina de contraste provenga de “otros órganos jurisdiccionales”, que en mi opinión es harto procedente, dadas las imprecisiones que la jurisprudencia anterior presentaba en muchos casos.

La flexibilidad mostrada en la adopción de estos criterios interpretativos tiene, sin embargo, contrapesos de sentido opuesto.

b) Así, en el campo de las antes citadas semejanzas con el viejo recurso de casación para la unificación de doctrina, se ha sentado el criterio de que la inexigencia de las identidades previstas para aquel recurso no excusa de que se acredite por el recurrente la “igualdad sustancial” de las cuestiones resueltas en las sentencias de contraste, igualdad que debe referirse tanto a la norma aplicada como a la realidad a la que se aplica y que debe razonarse adecuadamente en el escrito de preparación<sup>29</sup>; y, asimismo, que se requiere razonar en el escrito que la discrepancia deriva de la interpre-

---

<sup>24</sup> ATS de 7 de febrero de 2017, Rec. cas. 161/2016.

<sup>25</sup> ATS de 14 de diciembre de 2017, Rec. queja 426/2017.

<sup>26</sup> AATS de 19 de junio de 2017, Rec. queja 346/2017, y de 27 de septiembre de 2017, Rec. cas. 1168/2017.

<sup>27</sup> ATS de 26 de junio de 2017, Rec. cas. 1134/2017.

<sup>28</sup> AATS de 3, 16 y 24 de mayo de 2017, Rec. cas. 189, 685 y 678/2017, y de 23 de mayo de 2018, Rec. cas. 527/2018.

<sup>29</sup> AATS de 29 de marzo de 2017, Rec. cas. 302/2016, y de 30 de octubre de 2017, Rec. cas. 3666/2017.

tación de la norma, no de la valoración de la prueba o de otras circunstancias de hecho<sup>30</sup>.

El primero de estos criterios me parece fuera de lugar. La “igualdad sustancial” solo tiene sentido cuando se refiere a *la doctrina* sentada por la sentencia impugnada y la(s) de contraste; el que las normas aplicadas sean iguales y que el supuesto de hecho tenga también que serlo es algo completamente ajeno al nuevo recurso de casación, que no trata de garantizar la igualdad en la aplicación de la ley, sino la homogeneidad de la jurisprudencia.

c) Y, en el ámbito del origen de las sentencias de contraste, se ha declarado que no cabe citar como de contraste sentencias dictadas por la misma Sala y Sección de la que se impugna<sup>31</sup>. En este caso, parece haber jugado el límite de que se trate de resoluciones dictadas por “otros órganos jurisdiccionales”, que antes se mencionó. Pero esta limitación legal carece por completo de fundamento; si hay algo chocante y escandaloso para los recurrentes es la emisión de sentencias de sentido contradictorio dictadas por la misma Sección de idéntica Sala; y puede carecer de sentido cuando se trate de sentencias dictadas por Secciones cuya composición personal sea muy diferente (p. ej., por haber sido dictadas en momentos temporales muy diversos).

#### **4.3. Los supuestos del artículo 88.2.b) y c). Doctrina gravemente dañosa para los intereses generales y afección a gran número de situaciones**

No es impertinente la consideración conjunta de estos dos motivos de interés casacional. Aunque su sustancia sea evidentemente muy dispar, tienen en común el alto nivel de vaguedad de las situaciones a que pretenden aludir, que se describen mediante conceptos indeterminados de una considerable amplitud.

Desde el punto de vista del órgano encargado de la admisión de los recursos, la diferencia con las restantes circunstancias de interés casacional es apreciable: aunque la previsible producción de daños al interés general y la posibilidad de afección a situaciones similares son datos hipotéticamente susceptibles de ser constatados de manera objetiva, el énfasis que aportan los términos “gravemente” y “gran” abre al Tribunal Supremo un margen de apreciación mucho mayor que el que permite la formulación literal de otros motivos del artículo 88.

---

<sup>30</sup> AATS de 27 de noviembre de 2017, Rec. queja 619/2017, y de 2 de abril de 2018, Rec. queja 651/2017.

<sup>31</sup> AATS de 16 de octubre de 2017, Rec. cas. 2787/2017, de 15 de marzo de 2018, Rec. queja 694/2017, y de 16 de abril de 2018, Rec. queja 47/2018.

El enunciado de estas circunstancias ofrece, sin embargo, dificultades mucho más intensas a los recurrentes a la hora de argumentar su concurrencia (y, sobre todo, de intentar hacerlo de manera sólida y razonable).

a) La existencia de un perjuicio al interés general choca, de entrada, con la ambigüedad de la noción de “interés *general*”, que no se sabe si alude al conjunto de los intereses de la Nación, o es aplicable también a los de colectivos más reducidos (de una comunidad autónoma, o de un ayuntamiento). Por lo demás, la doctrina de la Sección de Admisión ha venido a complicar las cosas, al declarar que el interés general no puede confundirse con el de la Administración o con la mera conveniencia administrativa, ya que, por ejemplo, la constancia de que una determinada doctrina provoca una reducción de los ingresos fiscales del Estado no supone necesariamente que de ello se derive un grave perjuicio al interés general<sup>32</sup>. Pero si el interés general no es el propio de los entes administrativos, no cabe otra alternativa que referirlos al conjunto de los ciudadanos, cuyos intereses son eminentemente heterogéneos, lo que hace mucho más difícil identificar y describir dicho interés *general*.

Pero, sobre todo, la producción de daños a los intereses generales es una cuestión que, aparte de su radical opinabilidad, solo puede ser apreciada intuitivamente, por lo que su descripción es muy difícil de hacer sin acudir a vaguedades, que la vergüenza ajena del redactor responsable de un escrito tiende a evitar. Es, por ello, de problemático cumplimiento la exigencia, establecida en diversas resoluciones, de que no basta la mera afirmación apodíctica de los daños<sup>33</sup>.

b) Algo semejante sucede con la afectación a un gran número de situaciones. Aparte de que ésta sea una conclusión que normalmente solo puede hacer la Administración demandada (que es la única que conoce el número de posibles destinatarios de un acto o disposición administrativa), la definición del motivo parece que no puede traducirse en la mera abundancia cuantitativa de situaciones, medida en términos absolutos (más de mil, por ejemplo), sino que debe ser puesta en relación con el número de posibles afectados por una determinada medida, sea éste muy elevado o no (por ejemplo, una disposición que afecte a un generador de energía eléctrica no puede tener impacto más que en un limitado número de empresas).

Esta es una precisión que la doctrina de la Sección de Admisión no ha hecho aún. Como en el caso anterior, se ha limitado a exigir un razonamiento detallado, sin más precisiones, advirtiendo que no son suficientes

---

<sup>32</sup> ATS de 5 de abril de 2017, Rec. cas. 249/2017. Es de suponer que tal perjuicio sí podrá producirse cuando su impacto en los ingresos o gastos públicos sea considerable (aunque el ATS de 25 de enero de 2017, Rec. cas. 15/2016, dice literalmente que lo que cuenta es la doctrina sentada, no la cuantía del pleito): ¿pero, dónde ha de trazarse la línea?

<sup>33</sup> AATS de 29 de marzo de 2017, Rec. queja 302/2016, de 30 de octubre de 2017, Rec. cas. 3666/2017, y de 26 de febrero de 2018, Rec. queja 609/2017.

las referencias genéricas y abstractas, y que ha de argumentarse, aun de manera sucinta, la virtualidad expansiva de la doctrina sentada por la resolución judicial que se impugna<sup>34</sup>. Muy pocas indicaciones prácticas se hallarán en estas resoluciones.

#### 4.4. Los supuestos del artículo 88.2.d) y e). Cuestiones de constitucionalidad

La doctrina sentada en relación con estos dos apartados es, hasta la fecha, muy escasa y poco orientativa.

a) Sobre el primero de ellos, la Sección de Admisión parece haber objetivado la apreciación de este motivo, exigiendo para ello la concurrencia de solo tres requisitos: (a) que se hubiera producido debate en la instancia sobre la procedencia de plantear la cuestión de constitucionalidad; la exigencia de debate suscita dudas sobre los supuestos en los que la(s) parte(s) demandada(s) no hiciera(n) alusión alguna a este asunto planteado por la demandante; (b) que existan dudas fundadas sobre la constitucionalidad de la norma debatida; y (c) que el tribunal *a quo* no hubiera dado ninguna respuesta a la petición de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad<sup>35</sup>.

No se ha hecho, que sepamos, matiz alguno que condicione la admisión del recurso a la efectiva relevancia de la norma legal discutida en el proceso, como sucede en la letra c) del apartado 3 de este artículo. La mera y posible inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, unida al silencio del órgano *a quo* sobre ello, parecen datos suficientes para la admisión del recurso.

b) En relación con el supuesto de la letra e) (interpretar y aplicar con aparente error una doctrina constitucional), los Autos de la Sección de Admisión han aportado algunos criterios de utilidad. De una parte, aplican a este supuesto unas exigencias formales similares a las impuestas para las contradicciones de la sentencia impugnada con las dictadas por otros órganos jurisdiccionales, al requerir la necesidad de que el escrito de preparación argumente “por qué se trata de supuestos iguales y en qué forma se ha adoptado un criterio diferente”<sup>36</sup>. Y, de otra, describe el proceso lógico que debe seguir tal argumentación, describiendo (i) qué interpretación o aplicación de la doctrina constitucional ha realizado la sentencia recurrida; (ii) qué razón conduce a pensar que la doctrina constitucional se ha aplica-

---

<sup>34</sup> AATS de 1 de febrero de 2017, Rec. cas. 31/2016, de 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, de 2 de noviembre de 2017, Rec. cas. 4196/2017, y 7 de mayo de 2018, Rec. queja 503/2017.

<sup>35</sup> ATS de 3 de febrero de 2017, Rec. cas. 319/2016.

<sup>36</sup> AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 126/2016, y de 31 de mayo de 2017, Rec. queja 191/2017.

do erróneamente; y (iii) cómo tal interpretación ha constituido el fundamento o *ratio decidendi* de la resolución que se impugna<sup>37</sup>.

Salvo error por nuestra parte, no hemos encontrado pronunciamiento alguno referido al motivo de interés casacional previsto en la letra f) del artículo 88.2.

#### **4.5. Los supuestos del artículo 88.2.g) y 3.c). Cuestiones relativas a la legalidad de las disposiciones de carácter general**

Los motivos de interés casacional mencionados en el epígrafe se encuentran, como es notorio, también estrechamente emparentados: ambos se refieren a las sentencias dictadas en procesos en los que se haya impugnado una disposición de carácter general, presumiéndose dicho interés cuando la sentencia la haya declarado nula (salvo que, con toda evidencia, careciere de relevancia suficiente), y —meramente— pudiendo concurrir cuando tal anulación no haya sido dictada.

Estos preceptos apenas suscitan dudas interpretativas; la apuntada templanamente por algún autor —si la presunción del apartado 3.c) opera también en las sentencias que resuelvan en sentido estimatorio un recurso indirecto, pero sin anular *erga omnes* la disposición— no tiene fundamento alguno, porque en este supuesto el órgano judicial deberá elevar la cuestión de ilegalidad, que se resolverá en sentido confirmatorio (en cuyo caso estaremos en el supuesto de la letra c) del apartado 3) o revocatorio, caso en el que podrá entrar a jugar el motivo de la letra g) del apartado 2.

En su lugar, la Sección de Admisión de la Sala Tercera ha sentado criterio sobre algunas otras cuestiones —no excesivas—, y no siempre con acierto. Así, nos parece correcta la interpretación de que el motivo de interés casacional del apartado 2.g) puede concurrir cuando el debate, en el proceso de instancia, haya versado acerca de si la actuación impugnada posee o no naturaleza reglamentaria<sup>38</sup>; también, en los casos en los que el órgano jurisdiccional de instancia carezca por completo de competencia para declarar la disposición impugnada en el proceso, por tratarse de una norma perteneciente al ordenamiento de la Unión Europea<sup>39</sup>. Y es de estricta lógica el criterio que rechaza la aplicabilidad de la presunción establecida en el apartado 3.c) cuando lo controvertido en casación es la parte de la disposición

---

<sup>37</sup> AATS de 18 de septiembre de 2017, Rec. queja 149/2017, y de 7 de mayo de 2018, Rec. queja 503/2017.

<sup>38</sup> ATS de 18 de octubre de 2017, Rec. cas. 2049/2017.

<sup>39</sup> ATS de 12 de diciembre de 2017, Rec. cas. 4535/2017.

que no fue anulada en la instancia (en los casos de anulación parcial de la norma)<sup>40</sup>.

Por el contrario, nos parece injustificada la exigencia que se impone, también respecto la aplicación del apartado 3.c), de que es carga del recurrente justificar, en estos casos, que la disposición reglamentaria anulada posee trascendencia suficiente, a efectos de la inaplicación de la excepción establecida en el último inciso de este precepto<sup>41</sup>. Dado el carácter reforzado de la excepción (salvo que la norma “... *con toda evidencia*, carezca de trascendencia suficiente”), parece que constatar el grado de relevancia de la norma es una tarea que corresponde al juez de casación —o, en todo caso, a la parte que se oponga al recurso—, en ningún caso al recurrente.

Los supuestos previstos en las letras h) e i) del apartado 2 serán analizados, con otros de características semejantes, al final de esta exposición.

#### **4.6. El supuesto del artículo 88.3.a). Inexistencia de jurisprudencia**

Ya en alguna ocasión anterior me he pronunciado sobre los problemas prácticos que suscita la aplicación de este supuesto de interés casacional, desde la perspectiva de los recurrentes. La llamada “jurisprudencia” se encuentra en un complejo documental de dimensiones inabarcables, integrado por las sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (y, antes de 1985, por sus Salas Tercera, Cuarta y Quinta) a lo largo de toda su historia: decenas de miles de resoluciones que solo son accesibles hoy utilizando medios informáticos, pero con insuperables dificultades. Las bases de datos alcanzan solo a un corto período de la historia (la del CENDOJ, a mediados de los años noventa; la de Westlaw, algo más allá); los *thesaurus* que permiten la búsqueda son aún imperfectos y poco fiables, y su deficiencia viene incrementada por el empleo de términos diversos para aludir a los mismos conceptos e instituciones; y, ante todo, la doctrina que han establecido las sentencias venía normalmente diluida a lo largo de sus fundamentos jurídicos, siendo solo detectable a través de un análisis minucioso de sus textos. En resumen, la “jurisprudencia” es una noción vaga y de conocimiento problemático.

A ello se suma el inconveniente capital que supone la acreditación de un hecho negativo —que no existe jurisprudencia sobre un punto concreto—, demostración que, como es bien sabido, es lógicamente imposible. El recurrente que pretende invocar esta circunstancia de interés casacional no

---

<sup>40</sup> ATS de 28 de abril de 2017, Rec. cas. 433/2017.

<sup>41</sup> AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. queja 75/2017, de 2 de noviembre de 2017, Rec. cas. 2911/2017, de 9 de marzo de 2018, Rec. cas. 6541/2017, y de 2 de abril de 2018, Rec. cas. 5956/2017.

puede ir más allá, una vez agotadas sus habilidades informáticas, que acudir a las obras especializadas (preferentemente, los comentarios escritos de las leyes respectivas en busca de citas de sentencias; consultar los miles de trabajos monográficos en los que pueda encontrarse alguna referencia jurisprudencial es una tarea inabarcable). Pero, aun consumadas estas ímprobables tareas, la afirmación de que no existe jurisprudencia continúa siendo aventurada.

Es seguro que la Sección de Admisión de la Sala Tercera es consciente de estas insuperables dificultades. Pero, si es así, no es comprensible que exija, al igual que en supuestos anteriores, que el escrito de preparación contenga “una mínima argumentación” acerca de esta inexistencia<sup>42</sup>, exigencia que es de cumplimiento imposible, a menos que se acuda al absurdo procedimiento de mencionar las obras de referencia consultadas en busca de jurisprudencia, y sus respectivas páginas, como el autor de estas líneas se ha visto obligado a hacer en alguna ocasión. Al igual que antes se dijo a propósito de un supuesto semejante, rebatir dicha afirmación, haciendo constar la jurisprudencia existente, es una tarea que debe hacer de oficio la Sala (cuya memoria acerca de su propia doctrina es, naturalmente, mucho más rica que la que pueda tener cualquier letrado) o la parte que se oponga a la tramitación del recurso, si es que tiene acceso al contenido del escrito de preparación.

Salvo en este capital extremo, las restantes indicaciones relativas a este motivo casacional proporcionados por los autos de la Sección de Admisión son bastante lógicas y, en algún caso, bien conocidas. Así, cuando ha recordado su tradicional doctrina de que un único pronunciamiento del Tribunal Supremo no constituye jurisprudencia<sup>43</sup>, lo que permite la válida invocación de este motivo, o cuando ha advertido que cabe tal invocación cuando, aun existiendo fallos reiterados, es conveniente un nuevo pronunciamiento dirigido a reafirmar, reforzar o clarificar la doctrina ya emitida<sup>44</sup>. Y también, cuando ha recordado que la inexistencia de jurisprudencia no es un hecho suficiente, por sí solo, para hacer entrar en juego este motivo casacional, siendo imperativo que la parte recurrente argumente y justifique el interés casacional que objetivamente posea la doctrina que se pretenda sentar<sup>45</sup>.

---

<sup>42</sup> AATS de 9 de febrero de 2017, Rec. cas. 131/2016, de 2 y 27 de noviembre de 2017, Rec. cas. 2872/2017 y Rec. queja 523/2017, y de 11 de abril de 2018, Rec. queja 45/2018.

<sup>43</sup> ATS de 5 de febrero de 2017, Rec. cas. 2717/2017, de 5 de diciembre de 2017, Rec. cas. 2717/2017, y de 16 de marzo de 2018, Rec. cas. 6716/2017.

<sup>44</sup> AATS de 15 de marzo de 2017, Rec. cas. 93/2017, de 16 de mayo de 2017, Rec. cas. 685/2017, y de 27 de noviembre de 2017, Rec. cas. 4432/2017.

<sup>45</sup> AATS de 8 de mayo de 2017, Rec. cas. 1439/2017, de 30 de octubre de 2017, Rec. queja 3666/2017, y de 14 de noviembre de 2017, Rec. queja 459/2017.

Es menos asumible, por el contrario, su “teoría del acto claro”, en virtud de la cual no resulta necesaria la formación de jurisprudencia cuando los términos literales de la norma cuya interpretación se pretende son inequívocos<sup>46</sup>. Ciertamente, no es acogible un recurso de casación en el que la doctrina que se pretende sea sentada constituya una reproducción de los términos literales de la norma; pero es notorio que toda norma, por clara que sea, admite interpretaciones diversas, por lo que no es impertinente intentar que se confirme alguna de ellas, incluso aunque esté acogida generalmente en la comunidad jurídica.

#### **4.7. El supuesto del artículo 88.3.b). El apartamiento deliberado de la jurisprudencia**

Como se ha dicho ya en numerosas ocasiones, esta circunstancia de interés casacional es tan incuestionable como de producción excepcional. Desde luego, nada impide que un juez o tribunal *a quo* sienta en sus sentencias una doctrina que, discrepando explícitamente de la sentada por el Tribunal Supremo, pretenda la rectificación del criterio de este último; más aún, me parece una práctica sumamente oportuna, que posibilita la evolución de la doctrina jurisprudencial.

Pero no es menos evidente que esta forma de actuar es insólita: aunque es evidente que mi conocimiento de los fallos de los tribunales es muy limitado, he de confesar que, en mi prolongada experiencia, tanto como profesor como abogado, no he tenido oportunidad de leer una sola sentencia de instancia que se pronuncie en los términos indicados. Los órganos de instancia fallan inaplicando con una cierta frecuencia la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero lo hacen bien por ignorancia de la misma, bien por respeto al Alto Tribunal, omitiendo la referencia a la doctrina de la que se discrepa. La ignorancia es tan comprensible como excusable, dadas las deficiencias que han existido en la exposición tradicional de la jurisprudencia, que antes resaltamos; pero el respeto al Tribunal Supremo carece por completo de justificación, y no solo porque confunde a los recurrentes, sino porque es mucho más cortés y elegante, si cabe, la discrepancia amable que la contradicción disimulada.

Por estas razones, no me parece acertado el insistente criterio de la Sección de Admisión que, acogándose a los términos literales del artículo 88.3.b), ha exigido que el apartamiento detectado en la sentencia de ins-

---

<sup>46</sup> AATS de 4 de abril de 2018, Rec. cas. 41/2018, de 7 y 14 de mayo de 2018, Rec. cas. 1163/2018 y 4614/2017, y de 18 de junio de 2018, Rec. queja 117/2018.

tancia sea consciente, reflexivo y razonado<sup>47</sup>, requisitos que excluyen a las discrepancias implícitas, pero inequívocas. Entre estos casos se encuentran aquéllos en los que la resolución recurrida no hace referencia alguna a la jurisprudencia que las partes hayan invocado a lo largo del debate, en los que la Sección de Admisión ha negado la concurrencia de este motivo casacional<sup>48</sup>; la omisión de alusiones a la jurisprudencia citada es un indicio evidente de la discrepancia, que la Sala Tercera debiera corregir en vía casacional.

#### 4.8. Los restantes supuestos de interés casacional

No merece una exposición separada la doctrina sentada hasta la fecha por la Sección de Admisión respecto de los demás supuestos de interés casacional no referidos anteriormente, que, sin perjuicio de su importancia en algunos casos, es muy escasa, por lo que puede mencionarse en un solo epígrafe de modo sintético.

a) Así, y siguiendo el orden del artículo 88, puede decirse, respecto del supuesto previsto en su apartado 2.h) (*impugnación de convenios interadministrativos*), que la Sección citada ha hecho una interpretación ampliatoria del mismo, entendiendo que este motivo puede concurrir no solo en los casos estrictos de impugnación directa de un convenio, sino también cuando el debate versa sobre actos de ejecución de un convenio, pero cuya resolución exige la interpretación del mismo<sup>49</sup>. No podemos sino manifestar nuestra valoración positiva de esta exégesis del precepto, que en otro caso limitaría su ámbito de aplicación al recurso emprendido por terceros de los convenios celebrados por dos Administraciones; los convenios se celebran para ser cumplidos, no para ser impugnados *a posteriori* por las partes.

b) Igualmente razonable ha sido la doctrina sentada a propósito del apartado 2.i) (*haber sido dictada la sentencia en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales*), cuyo entendimiento literal hubiera conducido a un nuevo abuso de este procedimiento especial como una vía indirecta para la apertura posterior del recurso de casación. Con harta fundamento, la Sección de Admisión ha declarado que el hecho de

---

<sup>47</sup> AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, de 10 y 24 de abril de 2017, Rec. cas. 91 y 611/2017, de 20 de noviembre de 2017, Rec. queja 309/2017, y de 16 de mayo de 2018, Rec. queja 505/2017.

<sup>48</sup> AATS de 8 de marzo de 2017, Rec. cas. 40/2017, y de 10 y 21 de noviembre de 2017, Rec. cas. 3196 y 1263/2017.

<sup>49</sup> ATS de 5 de diciembre de 2017, Rec. cas. 4797/2017.

haber recaído la sentencia en el procedimiento especial es un mero indicio, no automático, de la existencia de interés casacional, el cual debe ser argumentado y razonado de modo cumplido por la parte recurrente<sup>50</sup>.

c) Ha sido un tanto oscilante la doctrina sentada sobre el apartado 3.d) del artículo 88 (sentencias relativas a la impugnación de actuaciones de los organismos reguladores cuyo enjuiciamiento compete a la Sala de la Audiencia Nacional). En algún caso, la Sección de Admisión ha optado por una interpretación literal y restrictiva del precepto, rechazando los recursos relativos a actuaciones de organismos no mencionados explícitamente en la disposición adicional cuarta de la Ley Jurisdiccional<sup>51</sup>, siendo así que tal disposición no menciona todas las personificaciones a las que es aplicable esta calificación. En otros, ha aplicado analógicamente las reglas de los apartados 1, 2 y 6 de la mencionada disposición adicional cuarta respecto de las sentencias relativas a actos de autoridades que resuelven recursos contra actuaciones de organismos reguladores<sup>52</sup>; aunque este criterio ha sido contradicho en otros supuestos<sup>53</sup>.

d) Y es oportuno recordar la única decisión interpretativa del apartado 3.3 del artículo 88 (*actos o disposiciones dictados por los Gobiernos o Consejos de Gobierno de comunidades autónomas*), en la que se ha negado tal consideración a las Diputaciones Forales de los Territorios Históricos del País Vasco<sup>54</sup>.

e) Finalmente, y en relación con las salvedades a la presunción que interés casacional que afectan a los supuestos de las letras a), d) y e) del apartado 3, ha de mencionarse la doctrina de la Sección de Admisión que recuerda la obligación de los recurrentes de justificar razonadamente la no concurrencia de estas salvedades y, por tanto, la relevancia del asunto a efectos de formación de jurisprudencia<sup>55</sup>; una doctrina que diluye aún más la cuestionable distinción que la Ley ha establecido entre los supuestos de los apartados 2 y 3.

---

<sup>50</sup> AATS de 15 de marzo de 2017, Rec. queja 110/2017, y de 2 de noviembre de 2017, Rec. queja 575/2017.

<sup>51</sup> Así, en el ATS de 18 de abril de 2017, Rec. cas. 114/2016; bien es cierto que la actuación impugnada en la sentencia era del Comisionado para el Mercado de Tabacos, que muy difícilmente puede calificarse de auténtico organismo regulador. Igualmente, el ATS de 18 de octubre de 2017, Rec. cas. 3206/2017, que niega acertadamente la consideración de organismo regulador al Secretario de Estado de Telecomunicaciones.

<sup>52</sup> ATS de 12 de junio de 2017, Rec. cas. 1883/2017, sobre una decisión del Ministro de Economía y Competitividad, resolviendo el recurso interpuesto contra una sanción dictada por la CNMV.

<sup>53</sup> Así, en los acuerdos del TEAC dictados en recursos contra actos de la AEAT: AATS de 25 de julio de 2017, Rec. cas. 1263/2017, y de 18 de junio de 2018, Rec. queja 117/2018.

<sup>54</sup> ATS de 2 de noviembre de 2017, Rec. cas. 2911/2017.

<sup>55</sup> ATS de 4 de julio de 2018, Rec. cas. 1461/2017, relativo a la letra e) del apartado 3.

## V. CONCLUSIÓN

Los datos que han quedado expuestos ofrecen, por sí solos, un panorama que casi no es necesario resumir. En el plano cuantitativo, la perspectiva que presenta el abultado número de recursos de casación preparados es literalmente alarmante, igual que el número de recursos admitidos a trámite; una y otra circunstancia amenaza con retrotraernos al estado de congestión que padecía el Tribunal Supremo en los primeros años de la década precedente, lo que impedirá la construcción reflexiva y meditada de jurisprudencia, a menos de optar por la producción en masa de sentencias, que impediría tal construcción y el objeto crucial de la reforma. Por más impopular que resulte esta propuesta (y más, dicha por un abogado en ejercicio), no cabe otra alternativa que una reducción drástica del número de recursos admitidos y una mejora y aumento de los efectivos de apoyo de que dispone hoy la Sala Tercera.

Y, en su aplicación práctica, la doctrina sentada hasta la fecha por la Sección de Admisión no ofrece excesivos perfiles dignos de crítica. Las interpretaciones apuntadas sobre el sentido de las distintas circunstancias de interés casacional enumeradas en el artículo 88 son, en conjunto, razonables, si se hace excepción del rigor en la exigencia de argumentaciones allí donde las mismas no son necesarias o simplemente posibles. Y, aunque el empleo de los reales o supuestos vicios formales de los escritos de preparación sea excesivo e innecesario, es comprensible teniendo en cuenta la escasa calidad técnica de muchos recursos que llegan a la Sala Tercera. Es verdad que el nivel de conocimiento del proceso contencioso-administrativo ha aumentado notablemente en el mundo de la abogacía española; pero restan todavía numerosos colectivos que continúan imperturbablemente instalados en la ignorancia y en el desprecio hacia las formas, y también en la inclinación a interponer recursos carentes de toda viabilidad por razones puramente económicas. De nada sirve la autocontención y el rigor formal en la Sala Tercera si ello no se acompaña de una actitud idéntica en los letrados de los recurrentes, que solo se conseguiría con la imposición de estrictos requisitos de experiencia y prestigio para la firma de los escritos casacionales, como sucede en muchas jurisdicciones extranjeras; una imposición que hoy es de imposible planteamiento, pero que, como tantas otras cosas, tendrá que llegar.