

LA ORIENTACIÓN LEGAL ACERCA DEL INTERÉS CASACIONAL: EXCESOS Y DEFECTOS DEL ARTÍCULO 88

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR

Cómo citar/Citation

Santamaría Pastor, J. A. (2018).
La orientación legal acerca del interés
casacional: excesos y defectos del artículo 88.
Revista de Administración Pública, 207, 43-59.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.02>

Resumen

Este escrito —simple documento de trabajo para un seminario— analiza los supuestos de interés casacional establecidos en el art. 88 de la ley, intentando precisar su contenido y alcance, los problemas que ofrece su redacción y la conveniencia u oportunidad de algunos de ellos.

Palabras clave

Recurso de casación; interés casacional; Tribunal Supremo; interpretación de normas.

Abstract

This document – intended as a working document for a seminar – analyses the cases for «objective cassational interest for the formation of case law» set out in article 88 of the Law, by specifying the content and scope thereof, the challenges and difficulties associated with drafting and preparation and the suitability or aptness of the same.

Keywords

Cassation appeal; cassational interest; Supreme Court; interpretation of rules.

SUMARIO

I. CONTENIDO. II. CONVENIENCIA DE LA ENUMERACIÓN. III. LA SINGULARIDAD DE LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN. IV. PROBLEMAS GENERALES DEL ARTÍCULO 88. V. LOS SUPUESTOS DE CONTRADICCIÓN ENTRE CRITERIOS INTERPRETATIVOS. VI. LOS SUPUESTOS DEL APARTADO 2, B) Y C). VII. LAS SENTENCIAS RELATIVAS A LA VALIDEZ DE NORMAS. VIII. LA CUSTODIA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIA. IX. LAS SENTENCIAS RELATIVAS A CONVENIOS Y A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. X. LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL POR RAZONES SUBJETIVAS. XI. LAS CARENCIAS DEL ARTÍCULO.

I. CONTENIDO

El presente escrito contiene las líneas para una reflexión crítica acerca del art. 88 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se trata de un simple documento de trabajo en el que se relacionan (de modo muy sintético, por las limitaciones impuestas a esta ponencia) los puntos problemáticos que cabe detectar en este capital artículo, con objeto de abrir un debate sobre el mismo; no pretende, pues, efectuar un comentario, ni una descripción exhaustiva del contenido de este precepto. Huelga decir que los criterios que avanza el autor son meramente provisionales y revisables a la luz de los más fundados pareceres que se viertan en este seminario.

II. CONVENIENCIA DE LA ENUMERACIÓN

Una primera cuestión se refiere a *la procedencia de un precepto legal como el que examinamos*. ¿Era necesaria la aprobación de un precepto que relacione las circunstancias indicativas de la posible existencia de interés casacional?

No faltan razones para emitir una respuesta negativa. El art. 88 consagra una potestad incondicionada del Tribunal Supremo para estimar si el recurso que se somete a su conocimiento ofrece, o no, interés casacional para la forma-

ción de jurisprudencia («[...] podrá apreciar que existe [...]», dice el párrafo inicial del apdo. 2). La presencia de alguno de los datos que después enumera no asegura la efectiva concurrencia de tal interés; el cual, por lo demás, podrá también ser estimado de apreciarse la existencia de circunstancias similares, no mencionadas en el artículo («[...] entre otras circunstancias [...]»). Esta enumeración, por tanto, carece de carácter imperativo, ni puede ser considerada en modo alguno como un listado de elementos que permitirían un supuesto «control de la discrecionalidad» del poder de admisión de los recursos, porque solo el Tribunal Supremo es quien debe decidir si una cuestión específica ha de resolverse para integrar la auténtica doctrina jurisprudencial.

Pese a ello, estimo que un precepto legal de esta naturaleza es conveniente. De alguna manera, racionaliza la toma de decisiones por parte del Tribunal Supremo, evitando la formulación de criterios erráticos, por subjetivos o coyunturales, que arrojarían una imagen de arbitrariedad en la admisión o inadmisión de los recursos; y, sobre todo, proporciona a los litigadores una orientación sumamente valiosa acerca de las justificaciones que pueden alegar, lo que evitará —al menos, en parte— la construcción de razonamientos *imaginativos*.

Y, por lo demás, ha de reconocerse, en su aspecto positivo, que esta relación de situaciones posibilitadoras de la admisión de un recurso i) ha sido concebida con una innegable amplitud (quizá para desactivar el pronóstico pesimista de un cierre casi completo de la casación), y ii) se ha confeccionado con un criterio acertado, ya que las situaciones que se definen en el artículo son innegablemente relevantes (quizá con alguna excepción, a la que después se aludirá).

III. LA SINGULARIDAD DE LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN

Puede ser susceptible de algún reparo *la procedencia de establecer, para la jurisdicción contenciosa, un modelo de criterios de admisión de los recursos tan dispar del vigente para los restantes órdenes jurisdiccionales*. Solo se asemeja al establecido en el artículo 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya enumeración es sensiblemente más corta (a mi juicio, excesivamente cerrada) que la prevista en el art. 88; los arts. 849 a 851 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal continúan optando por la relación analítica de posibles infracciones en que puede incurrir una sentencia recurrida; y el art. 207 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social mantiene el clásico elenco de motivos casacionales, idéntico al que figuraba en el anterior art. 88 de la Ley Jurisdiccional.

No creo que esta disparidad esté justificada por las diferencias existentes entre las materias que deben conocer los distintos órdenes jurisdiccionales

(salvo la jurisdicción penal, en la que la casación actúa como una segunda instancia constitucionalmente obligada). El Tribunal Supremo es un único órgano, y tiendo a pensar que su función principal, la formación de jurisprudencia, debería desempeñarse, en todas sus salas, de acuerdo con criterios de una cierta homogeneidad; sin perjuicio, por supuesto, de que las circunstancias determinantes del interés casacional puedan ser distintas.

IV. PROBLEMAS GENERALES DEL ARTÍCULO 88

Antes de emprender el examen de los listados contenidos en los apdos. 2 y 3 del artículo, han de reseñarse dos cuestiones dignas de debate.

- a) En primer lugar, *la ambigüedad en que incurre el art. 88 a la hora de precisar el objeto específico del interés casacional*: en concreto, si lo que ha de revestir tal interés es la concreta interpretación que debe darse a una norma [así, claramente, en la letra a) del apdo. 2] o, por el contrario, el objeto (fáctico) del fondo del litigio, en función de su trascendencia objetiva [es el caso de las letras b) y c) del mismo apdo. 2]. En otras ocasiones, además, el interés casacional deriva del simple origen subjetivo de los actos impugnados en el proceso [letras d) y e) del apdo. 3]. No tengo un criterio firme acerca de estas disparidades, sobre las que oíré con gusto otras opiniones. En principio, me inclino a pensar que el objeto de fondo del proceso es un mero presupuesto previo, de necesaria concurrencia, pero que el interés casacional ha de apreciarse, además, en función de la relevancia efectiva de la interpretación de la norma que sea conveniente sentar. Solo excluiría de esta tesis los supuestos contemplados en las letras b) y c) del apdo. 2 (grave daño para los intereses generales, y afectación a gran número de situaciones), en las que el interés casacional parece hallarse determinado por un imperativo de custodia final de los intereses públicos. Luego volveremos sobre estos supuestos.
- b) Una objeción de conjunto al art. 88 se centra en *la separación de las relaciones de sus apartados 2 y 3*. Entiendo su sentido, que es nítido; pero su justificación me parece muy poco consistente. Ciertamente, ya nadie defiende la tesis de que el apdo. 2 enunciaría supuestos de *praesumptio juris tantum* de interés casacional, y el apdo. 3 los de *praesumptio juris et de jure*: el párrafo final del apdo. 3 desautoriza radicalmente esta suposición [con la excepción de su letra b), a la que después se aludirá]. Todas las circunstancias descritas en ambos apartados han de ser sometidas al escrutinio de la Sala Tercera, comprobando su existencia y valorando después si la cuestión interpretativa que subyace al litigio posee o no la

suficiente relevancia. Y la lectura de los autos que la Sección de Admisión ha venido dictando, ha terminado de convencernos de que la alegación de alguna de las circunstancias del apdo. 3 solo supone un incremento mínimo, prácticamente despreciable, de las posibilidades de que el recurso sea admitido.

La disparidad de régimen entre ambas relaciones se limita, en efecto, a un aspecto estrictamente formal, la exigencia de auto motivado (expresión redundante, por cierto) para la inadmisión de los recursos apoyados en la invocación de una de las circunstancias del apdo. 3 [art. 90.3.b)], en lugar de la mera providencia; lo cual, a mi juicio, no es razón suficiente para la aparente *summa divisio* que el art. 88 establece. El que, en estos casos, la ausencia de interés casacional haya de ser «manifiesta» no supone, en la práctica, más que la exigencia de una motivación algo más detallada en el auto de inadmisión.

El origen de esta distinción pone de relieve la que, a mi juicio, es una de las principales deficiencias del régimen de admisión/inadmisión establecido en la reforma de 2015. Sin perjuicio de escuchar opiniones más autorizadas, el empleo, para la inadmisión de los recursos entablados con invocación de las circunstancias del apdo. 2, de una simple providencia con una redacción menos que lacónica, es altamente inconveniente; más aún, en los casos en los que la negativa a apreciar interés casacional se disimula con una imputación de supuestos defectos formales en el escrito de preparación. Sin entrar a fondo en esta cuestión, que excede los límites de esta ponencia, creo que el art. 90.3 de la ley es manifiestamente desafortunado; que todas las resoluciones, de admisión o inadmisión, debieran adoptarse en forma de auto, bien que sucintamente motivado (los que hasta ahora se vienen dictando son innecesariamente extensos, por elogiable que sea el empeño puesto por sus ponentes): bastan muy pocos párrafos para reseñar el objeto del litigio y la cuestión jurídica que este plantea, y para razonar a continuación por qué dicha cuestión ofrece, o no, un interés suficiente para justificar una sentencia de fondo del Tribunal Supremo. La cortesía hacia los litigantes, me parece, no exige menos.

V. LOS SUPUESTOS DE CONTRADICCIÓN ENTRE CRITERIOS INTERPRETATIVOS

Las circunstancias enumeradas en los dos apartados del art. 88 guardan entre sí, en casi todos los casos, un estrecho parentesco. En orden a evitar reiteraciones, conviene examinarlas agrupadamente en seis bloques. El primero de ellos está integrado por *los supuestos de contradicción en los criterios inter-*

pretativos sentado por los órganos jurisdiccionales, así como por la inexistencia de doctrina jurisprudencial [letras a) del apdo. 2, y a) y b) del 3]¹.

- a) La primera de las circunstancias mencionadas [apdo. 2.a)] es tan esencial como obvia: al Tribunal Supremo le corresponde, por naturaleza, unificar los criterios de interpretación de las normas jurídicas, por lo que cualquier justificación de este precepto sería innecesaria. Es elogiable, a mi juicio, que el mismo haya sustituido la desafortunada fórmula que figuraba en la regulación del (felizmente) extinguido recurso de casación para la unificación de doctrina («en *idéntica* situación»: antiguo art. 96.1), que había terminado por reducirlo a la inutilidad, por la más sensata de «ante cuestiones *sustancialmente* iguales».

Pero esta norma, unida a la prevista en la letra b) del apdo. 3, deja importantes lagunas: primera, los supuestos de contradicción entre las propias sentencias del Tribunal Supremo, que las ha habido y cuya producción futura no puede descartarse. Segunda, los de contradicción entre sentencias del Tribunal Supremo y las dictadas (normalmente, de forma posterior) por las jurisdicciones internacionales (TJUE y TEDH). Y tercera y principal, los supuestos de contradicción de la sentencia recurrida con la sentada por el propio Tribunal Supremo (antes o después de la reforma, es lo mismo). Este último supuesto podría entenderse tácitamente excluido tanto por la referencia que la letra a) hace a la doctrina sentada por «*otros* órganos jurisdiccionales» cuanto por la previsión de la letra b) del apdo. 3, que solo alude a los apartamientos *deliberados* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no a los causados por desconocimiento u olvido².

No creo que las lagunas antes referidas hayan sido premeditadas, por lo que estimo que los casos a que se refieren han de entenderse implícitamente incluidos en la letra a) del apdo. 2. En particular, el supuesto

¹ 2.a): «Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido». 3.a): «Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia». 3.b) «Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea».

² No puede decirse lo mismo, en cambio, de otro problema en absoluto contemplado en la reforma del recurso, cual es la resolución de las discrepancias existentes entre la doctrina de la Sala Tercera y las de las Salas Primera y Cuarta en las múltiples materias conexas que son de su competencia respectiva, cuyas vías de arreglo se han mostrado hasta ahora ineficaces.

descrito en la letra b) del apdo. 3 me parece desafortunado: no solo por el equívoco a que induce (la supuesta exclusión de las contradicciones *no* deliberadas), sino porque define una hipótesis de laboratorio, que jamás he podido apreciar en ninguna de las múltiples sentencias que la profesión me ha obligado a leer (aunque, según resulta de alguna de las ponencias de este seminario, se han dictado en algún caso aislado), por lo que su mención como único supuesto de presunción *juris et de jure* me parece superflua. Si se produjera, intuyo que la admisión del recurso se produciría inmediatamente y sin vacilaciones.

- b) Hay en este primer bloque dos regulaciones cuya procedencia creo cuestionable. Lo es, a mi juicio, la letra a) del apdo. 3, que abre la puerta a un caudal gigantesco y gratuito de recursos. Hablar de falta de jurisprudencia podría tener sentido cuando el universo de normas a interpretar fuera cuantitativamente accesible, como sucede con las contenidas en los Códigos Civil o Penal; pero las normas del ordenamiento administrativo que carecen de pronunciamientos jurisprudenciales se cuentan por millones; incluso en las leyes más relevantes y frecuentemente invocadas en los recursos, los preceptos interpretados por el Tribunal Supremo se cuentan con los dedos de la mano, sin contar con el factor añadido de su volatilidad por las reformas constantes que sufren. Pero, además, en este supuesto resulta de imposible cumplimiento la exigencia, establecida en el art. 89.2.f), de fundamentar su concurrencia, que solo puede efectuarse mediante una negación apodíctica: lo único que puede decirse es que «sobre este artículo no ha recaído jurisprudencia», una negación desnuda, que no obstante algunos autos han estimado insuficiente (?).

Y es también discutible la referencia que la letra a) del apdo. 2 hace a las normas «de Derecho estatal o de la Unión Europea», que es claramente incompleta a la luz de lo dispuesto en el apdo. 3 del art. 86, al no aludir a las normas emanadas de las comunidades autónomas, cuya interpretación habrá de ser unificada mediante el recurso de casación específico que regulan los párrafos segundo y tercero de dicho art. 86.3 (en la inalicable forma que se ha hecho). Es cierto que esta omisión puede ser fácilmente salvada mediante una sencilla interpretación sistemática; aunque no cabe descartar que la fórmula antes entrecomillada termine por ser, bien al contrario, superflua en la hipótesis de que prospere, en su momento, la cuestión de inconstitucionalidad planteada en junio de este año por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (*BOE* del 26 de junio).

VI. LOS SUPUESTOS DEL APARTADO 2, B) Y C)

Los *supuestos indiciariamente determinantes de interés casacional previstos en las letras b) y c) del apdo. 2* son altamente peculiares³. Su justificación se desprende, sin necesidad de razonamiento, de su propio enunciado, por su incuestionable lógica institucional: pero el proceso de razonamiento que conduciría a la admisión de los recursos correspondientes es completamente disímil del que ha de seguirse en los restantes casos.

En la generalidad de los supuestos mencionados en este artículo, y como antes dijimos, la Sección de Admisión debe, primero, constatar la concurrencia efectiva de la situación de hecho descrita en el precepto legal (p. ej., si existe o no contradicción entre sentencias); y, después, valorar la relevancia de la cuestión jurídico-interpretativa planteada en el debate, decidiendo si es de la suficiente entidad como para merecer su incorporación a la doctrina jurisprudencial. En los dos supuestos que ahora analizamos, en cambio, la existencia o no del interés casacional se agota en la determinación de la existencia, o no, de la propia situación de hecho; de tal manera que si la doctrina sentada por la sentencia recurrida puede causar un grave daño a los intereses generales, o si es susceptible de ser aplicada a un gran número de situaciones, el interés casacional deberá apreciarse, aunque la cuestión jurídica a interpretar posea bien poca importancia dogmática, por así decir. La apreciación o rechazo de dicho interés dependerá exclusivamente, por tanto, de la valoración de la gravedad del daño a los intereses generales, o de la importancia cuantitativa del número de situaciones a las que pueda afectar la sentencia.

No puede silenciarse, sin embargo, el hecho de que las letras b) y c) del apdo. 2 se definen mediante conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción y justificación plantea dificultades insalvables a los recurrentes. La gravedad del daño a los intereses generales solo puede ser razonada mediante palabras vacías, porque su apreciación es puramente intuitiva; y la cantidad del número de situaciones afectadas es un dato que, en un proceso, solo puede llegar a conocer (y después de una laboriosa indagación) la Administración demandada, nunca los recurrentes. Creo, por ello, que el requisito de fundamentación de estas situaciones no puede ser exigible más allá de un razonamiento sumario, desprovisto de datos cuantitativos.

³ 2.b): «Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales». 2.c): «Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso».

VII. LAS SENTENCIAS RELATIVAS A LA VALIDEZ DE NORMAS

Las *letras d) y g) del apdo. 2, así como la c) del apdo. 3*⁴, tienen en común referirse a sentencias dictadas en procesos en los que se hubiera debatido la validez de una disposición normativa, ya sea de rango legal [2, letra d)] o reglamentario (las dos restantes).

- a) La recurribilidad, en principio, de las sentencias relativas a la validez constitucional de una norma con rango de ley (esto es, las susceptibles de recurso o cuestión de inconstitucionalidad) es, en sí misma, una decisión legal escasamente discutible. Pero la dicción del precepto es claramente perfectible. Su expresión, un tanto simplista («validez constitucional»), debe entenderse que alude, genéricamente, a todos los casos en los que la sentencia recurrida *aplica o inaplica* una norma con rango de ley cuya validez ha sido cuestionada en el proceso; y, por tanto, 1) a los supuestos en los que la sentencia rechaza el argumento de que la ley aplicada al caso del litigio contradice el bloque de constitucionalidad; 2) a aquellos otros, mucho más inusuales, en los que tal alegación se aprecia y la ley se inaplica; 3) a los que se inaplica una ley preconstitucional por entenderla derogada por la CE, posibilidad de antiguo admitida por el Tribunal Constitucional; 4) a los de inaplicación de una ley autonómica por contradicción con la normativa básica estatal; y 5) a los de inaplicación de una ley, estatal o autonómica, por estimarla incompatible con el ordenamiento de la Unión.

Esta pluralidad de supuestos hace inexigible en algunos de ellos el requisito adicional que la letra d) enumera: la insuficiente justificación⁵ de haber resuelto el conflicto sin plantear previamente una cuestión de inconstitucionalidad. No lo sería, en concreto, en los casos mencionados en los números 3 a 5 del párrafo anterior.

⁴ 2.d): «Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida». 2.g.): «Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general». 3.c): «Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que esta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente».

⁵ La norma habla, con evidente imprecisión, de no estar suficientemente «esclarecida» la improcedencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Parece obvio que se refiere a la ausencia de una argumentación suficiente.

- b) Resta la cuestión del interés casacional de los recursos que tuvieron por objeto la impugnación, directa o indirecta, de una disposición reglamentaria. Por las razones que antes se expusieron acerca de la ausencia de necesidad de los dos listados independientes de los apdos. 2 y 3 del art. 88, nos parece que el supuesto mencionado en la letra c) del apdo. 3 es redundante con la letra g) del apdo. 2 y, por tanto, innecesario. El primero no añade nada al segundo, y más aún cuando su texto contiene la salvedad de carecer la disposición de suficiente trascendencia, que está implícita en la letra g) del apdo. 2.

Por lo demás, la referencia que la letra g) del apdo. 2 hace a las sentencias dictadas en recursos indirectos contra reglamentos es un tanto equívoca. Si, en el proceso de instancia, la sentencia estima un recurso indirecto contra un reglamento dictado por alguno de los órganos enumerados en el art. 12.1 (p. ej., por el Gobierno), la vía a seguir no es el recurso de casación, sino la cuestión de ilegalidad prevista en el art. 27.1; la casación solo procedería si la sentencia hubiera declarado válido el reglamento indirectamente impugnado (y también, por supuesto, en los casos en los que el tribunal de instancia hubiera anulado *erga omnes* el reglamento por tener competencia para conocer del recurso directo).

VIII. LA CUSTODIA DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIA

Poseen también una cierta similitud *los supuestos de interés casacional establecidos en las letras e) y f) del apdo. 2⁶* del artículo que nos ocupa. Uno y otro confían al Tribunal Supremo la custodia de la correcta aplicación e interpretación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por el TJUE⁷.

El único reproche que puede hacerse a estas dos normas es la posible confusión que pueden generar las diferencias de su redacción: la letra e) habla de interpretación y aplicación «con error», en tanto que la letra f) utiliza la fórmula «en contradicción»; y, asimismo, la primera de las letras citadas añade el requisito de que el error haya constituido la *ratio decidendi* (el «fundamento»)

⁶ 2.e): «Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional». 2.f): «Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial».

⁷ Aunque la letra f) habla literalmente del «Tribunal de Justicia», creemos que esta expresión debe entenderse como comprensiva de los tres tribunales que configuran la jurisdicción comunitaria (Tribunal de Justicia, Tribunal General y Tribunal de la Función Pública).

de la sentencia impugnada, que no se menciona en la letra f). La referencia a las cuestiones prejudiciales que hace esta última letra la examinaremos aparte.

Las diferencias de redacción que se han reseñado son, a mi juicio, irrelevantes: de una parte, parece notorio que, a efectos prácticos, es lo mismo hablar de «error» que de «contradicción», porque la sentencia que yerra en la aplicación de una doctrina constitucional la contradice, y lo mismo sucede a la inversa. Y, de otra, el requisito de que el razonamiento errado de la sentencia constituya el fundamento de su decisión debe entenderse implícito en el supuesto de infracción de la doctrina del TJUE, porque el recurso de casación no está hecho para corregir (ni en esta ni en otras situaciones) las declaraciones incidentales o hechas a título de mero *obiter dictum*; así lo confirma la exigencia general de que la infracción que se invoca «sea relevante y determinante del fallo impugnado» (art. 86.3).

El segundo inciso de la letra f) no es, ciertamente, un ejemplo de redacción: después de enunciar el requisito de una interpretación errónea o contradictoria con la doctrina del TJUE, se añade «o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial». Según la opinión común, esta críptica frase hace referencia a los supuestos en los que la sentencia de instancia ha hecho una aplicación errónea de la doctrina mencionada, pero sin haber planteado la cuestión prejudicial (en aplicación de la bien conocida doctrina del «acto claro»): SSTJUE *CILFIT*, C-283/81, *Boxus*, C-128/09 y *Agenzia Italiana del Farmaco*, C-452/14, debiéndolo haber hecho (art. 267 del TFUE).

Esta explicación no me parece convincente, ya que la letra f) describe no uno, sino dos supuestos diversos, claramente separados por la disyuntiva «o». En el primero, el supuesto base es claro: lo que ha de justificarse en el trámite de preparación es que la sentencia recurrida infringe la doctrina sentada en una o varias sentencias del TJUE (y, por tanto, las normas de la Unión que dichas sentencias hayan interpretado); en tal caso, la procedencia o no de haber planteado la cuestión prejudicial es ociosa, ya que el TJUE ya se habría pronunciado sobre el asunto debatido en la instancia. En consecuencia, el segundo motivo de interés casacional contemplado en esta letra f) ha de referirse a los supuestos en los que la cuestión debatida ofrece dudas fundadas de resolución a la luz *de las normas* de la Unión (no interpretadas por el TJUE), y en los que el recurrente estima que la interpretación hecha de ellas por el tribunal de instancia es incorrecta, concurriendo, además, la circunstancia de que dicho tribunal no planteó la cuestión prejudicial⁸. Debo advertir, no obstante, que estas conclusiones no me resultan absolutamente satisfactorias.

⁸ No se trata de que el tribunal de instancia haya infringido el art. 267 del TFUE al no plantear la cuestión prejudicial, ya que, siendo un órgano judicial cuyas decisiones

IX. LAS SENTENCIAS RELATIVAS A CONVENIOS Y A LA PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

El penúltimo bloque de circunstancias indicativas de un posible interés casacional está constituido por *las letras h) e i) del art. 88.2º*, que aluden a las sentencias dictadas, respectivamente, en procesos de impugnación de un convenio interadministrativo y en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Ambas circunstancias me parecen altamente cuestionables.

- a) La primera, porque la inmensa mayoría de los convenios celebrados entre Administraciones públicas poseen una importancia social y económica muy limitada, y porque, desde luego, su contenido técnico-jurídico es inexistente en no pocos supuestos, pese a los esfuerzos de juridificación que han intentado los arts. 6 y 8 de la Ley 30/1992 y, hoy, los arts. 48 y siguientes de la Ley 40/2015. También suscita perplejidad el que la letra h) hable de procesos *de impugnación* de los convenios: es muy discutible que la Administración que celebra válidamente un convenio tenga legitimación para impugnarlo. Lo lógico hubiera sido que el precepto se refiriera a los procesos relativos a su *aplicación o incumplimiento*, como sucede con cualquier contrato; y quizá sea éste el sentido que haya que terminar dando a esta letra h), si es que no se quiere que permanezca inédita en su aplicación.
- b) Conferir interés casacional a las sentencias en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales¹⁰, por otra parte, tampoco se me antoja razonable. Para empezar, dejemos a un lado el hecho de que la mayor parte de los conflictos que utilizan esta vía procesal, en la actualidad, son de una relevancia general bastante escasa (al menos, en los que he podido conocer directamente); también, que la interpretación de los preceptos constitucionales ha sido ya exhaustivamente hecha por el diluvio de sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional hasta el cierre del recurso de amparo, por lo que raramente concurrirá la conveniencia

son susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, tal planteamiento es puramente potestativo (párr. segundo del art. 267).

⁹ 2.h): «Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas». 2.i): «Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales».

¹⁰ Exclusión hecha, claro está, de las dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electoral, por imperativo del art. 86.

de que el Tribunal Supremo se pronuncie en casación sobre alguno de ellos [lo normal será, en estos casos, invocar como situación de interés casacional la infracción de doctrina constitucional, letra e) del apdo. 2].

Mis reparos a esta letra i) son de naturaleza puramente operativa, y se refieren a la previsible inflación de recursos de casación que puede motivar. Aunque el abuso que se hizo de este procedimiento en las primeras fases de aplicación de la Ley de 1978 ha disminuido sensiblemente, una vez desaparecido en la práctica su régimen privilegiado de medidas cautelares, su empleo puede ser potenciado, ahora, como una vía para intentar forzar artificialmente la admisión de los recursos de casación. Es cierto que tal argucia puede también vehicularse invocando, en todos los procesos, la ilegalidad de los reglamentos que hayan sido aplicados, o la supuesta inconstitucionalidad o infracción del derecho de la Unión de las restantes normas; pero la amplitud del proceso de protección de derechos fundamentales es mucho mayor, sobre todo si se entabla mediante la invocación del infinito art. 24 de la CE. Y cierto es que el Tribunal Supremo dispondrá de libertad para negar interés casacional a muchos de estos recursos; pero no pueden ignorarse los escrúpulos que dificultarán, en muchos casos, tomar una decisión de esta naturaleza. Nunca tiene buena imagen negar interés casacional a una violación de derechos constitucionales, sea o no real.

Dicho sea con entera sinceridad: la inclusión de este motivo casacional es un nuevo homenaje al tótem de los derechos fundamentales, como lo fue en su momento el art. 62.1.a) de la Ley 30/1992 [que perdura en el art. 47.1.a) de la Ley 39/2015]. Y, probablemente, aquel será tan escasamente útil como este último lo fue.

X. LOS SUPUESTOS DE INTERÉS CASACIONAL POR RAZONES SUBJETIVAS

Los dos últimos fundamentos —expresos— de interés casacional se hallan en *las letras d) y e) del art. 88.3*¹¹. Su diseño es de carácter subjetivo, refiriéndose a las resoluciones dictadas en procesos emprendidos contra actos o disposiciones dictados por los organismos reguladores (concepto que luego

¹¹ 3.d): «Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional». 3.e): «Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas».

trataré de precisar), y por los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las comunidades autónomas, sin ninguna exigencia especial relativa al contenido de aquellos.

- a) La decisión legislativa de habilitar el recurso de casación contra las actuaciones de los organismos reguladores suscitó una cierta extrañeza en la doctrina. Esta sorpresa era, empero, infundada. Los organismos reguladores han mostrado una tendencia irresistible a actuar, en sus relaciones con privados, con sujeción casi exclusiva a criterios técnicos, propios de la ciencia económica o de la ingeniería, supuestamente irrefutables, y a fundamentar sus decisiones en tales parámetros, con una notable dejadez en su obligación de observar el ordenamiento jurídico. En tal situación, ni debe sorprender el justo rigor de que ha venido haciendo gala la Audiencia Nacional en los procesos en que tales organismos son parte, ni puede ser juzgada negativamente la inclusión de este posible motivo de interés casacional, que probablemente responde a una directriz de *atar corto* a estos peculiares organismos.

Pero esta letra d) del apdo. 3 define con gran imprecisión su ámbito subjetivo. No es explicable, de una parte, que mantuviera la referencia a las agencias estatales siendo así que la Ley Orgánica 7/2015 se tramitó parlamentariamente de modo simultáneo a la Ley 40/2015, cuya disposición adicional cuarta suprimía esta categoría (?). Y, de otra, la referencia a los «organismos *reguladores* o de *supervisión*» es incierta: esta categoría no aparece nominalmente recogida en la enumeración del art. 84 de la citada Ley 40/2015; podría entenderse que esta expresión se refiere a las que la ley últimamente citada denomina «autoridades administrativas independientes», cuyo art. 109.1 define como las entidades de derecho público que tienen atribuidas «funciones de *regulación* o *supervisión* de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas». Pero, aparte de que la Ley 40/2015 no se molestó en decir, en alguna de sus disposiciones adicionales, cuáles fueran tales autoridades independientes, el inciso final de la letra d) termina por complicar las cosas, al identificar a dichos organismos como aquellos «cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional» de acuerdo con la disposición adicional cuarta de la Ley Jurisdiccional; y dentro de dicha disposición se enumeran, junto a indiscutibles organismos reguladores y supervisores (Banco de España, CNMV, CNMC y Consejo de Seguridad Nuclear), otros que carecen de tales funciones (la Agencia Española de Protección de Datos, la Junta Arbitral de la LOFCA, el Consejo Económico y Social, el Instituto Cer-

vantes, el Consejo de Universidades, la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual y el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas). Un verdadero lío, en definitiva, que en nada ayuda a los recurrentes y que tendrá que ser despejado en los autos de admisión que el Tribunal Supremo vaya dictando.

Y a ello cabría añadir que, debido al colosal olvido que la reforma efectuada por la Ley Orgánica 7/1985 sufrió respecto del recurso de casación autonómico, cabe dudar si el concepto de «organismos reguladores o de supervisión» (que carece de adjetivo, al contrario que las «agencias *estatales*») comprende o no a los organismos de la misma naturaleza creados por las comunidades autónomas; organismos que, hoy por hoy, parecen excluidos del precepto al que nos estamos refiriendo.

- b) La letra e) del apdo. 3, por fin, es quizá el precepto del art. 88 que, aparentemente, ofrece menos dificultades y comentarios, dada su nítida redacción. Sucede, sin embargo, que las normas que aplican usualmente los máximos órganos ejecutivos de las comunidades autónomas son, precisamente, las dictadas por dichas comunidades, cuyo acceso a la casación parece vedado, respecto del Tribunal Supremo, por el art. 86.3; el cual, por tanto, solo podrá conocer de los correspondientes recursos de casación en los contados supuestos en los que dichas autoridades apliquen normativa estatal o de la Unión Europea, que son a los que implícitamente parece querer referirse el art. 88 [que manifiestamente pasa por alto al recurso de casación autonómico, como lo acreditan su apdo. 1, la letra a) del apdo. 2 y la letra d) del 3].

XI. LAS CARENCIAS DEL ARTÍCULO

Dado el carácter meramente enunciativo que tiene el art. 88 («[...] entre otras circunstancias [...]»), plantearse las carencias que ofrece —las cuestiones que deberían haber sido calificadas como de interés casacional— podría considerarse innecesario: si un recurso versa sobre una cuestión de indiscutible relevancia, es probable que la Sala Tercera lo admita a trámite. Pero es evidente que esta posibilidad puede hallarse lejana: la abundancia de supuestos de interés casacional que el art. 88 enumera generará en dicha sala, de modo inevitable, una tendencia restrictiva a admitir hipótesis diversas a las previstas a dicho precepto.

Tampoco puede ocultarse que enunciar las circunstancias que deberían haber sido incluidas en este precepto puede responder a preferencias puramente subjetivas, determinadas por el interés personal en concretos aspectos

del ordenamiento administrativo, pero que no sean compartidas por un sector mayoritario de la comunidad jurídica. Aceptando esta posible deficiencia se hace la relación que sigue, que no está inspirada en la supuesta importancia o relevancia objetiva de los objetos en litigio (salvo en un caso), sino en una valoración de la conveniencia de que las mismas sean resueltas definitivamente por el órgano supremo —y único— del orden jurisdiccional contencioso. Por lo demás, esta relación es deliberadamente incompleta, por las limitaciones físicas impuestas a estos documentos de trabajo.

- a) Entiendo, en primer lugar, que habrían debido incluirse, entre las sentencias y autos recurribles, los que se hubieran dictado con votos particulares de miembros del órgano jurisdiccional colegiado, así como aquellas otras respecto de las que el juez o tribunal *a quo* hubiera expresado su parecer favorable en la «opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia» a que se alude en el inciso final del art. 89.5 de la ley. No parece necesario explicitar las razones que aconsejarían esta inclusión, por obvias.
- b) Echo personalmente en falta, en la relación del art. 88, las sentencias dictadas en litigios en los que se haya dilucidado un conflicto de competencias entre el Estado y una comunidad autónoma. No tiene mucho sentido que conflictos semejantes hayan de ser resueltos por el Tribunal Constitucional ex art. 161.1.c) CE, y que puedan no llegar al Tribunal Supremo cuando el litigio se encauza a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, como es frecuente que suceda. Por lo demás, la similitud entre los títulos competenciales que figuran en los diversos estatutos de autonomía hace aconsejable, desde mi punto de vista, una solución unitaria a estas arduas cuestiones interpretativas.
- c) Algo similar cabe decir de las sentencias o autos que zanjen un debate acerca del ámbito de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (de su «jurisdicción», en los términos del art. 5 de la ley). Parece innecesario razonar que determinados tipos de conflictos han de ser solventados por el nivel máximo de este orden jurisdiccional, por el alcance general que ha de tener este tipo de pronunciamientos.
- d) Razones similares aconsejarían, a mi entender, conferir interés casacional (aunque en la modalidad presuntiva del apdo. 2.a) del artículo) a las sentencias dictadas en los procedimientos especiales para la garantía de la unidad de mercado. Por más que tanto la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, como los arts. 127 *bis* a *quáter* de la Ley Jurisdiccional, ofrezcan deficiencias clamorosas de precisión y de técnica legislativa, me parece que la proclamación de lo que afecta o lesiona al valor proclamado en

- el art. 139.2 de la CE debe corresponder, por la propia naturaleza de las cosas, al Tribunal Supremo como órgano máximo y singular.
- e) Motivos diversos, pero no menos relevantes, me mueven a creer que debieran ser sometidos a revisión casacional los autos y sentencias que declarasen la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo, por su directa incidencia en el derecho fundamental reconocido en el art. 24.1 de la CE. Es cierto que algunos de los supuestos previstos en el art. 69 de la ley de lo contencioso remiten, en muchos casos, a valoraciones estrictamente singulares de cada proceso (así, cuestiones relativas a la legitimación de las partes, o a la existencia de cosa juzgada o litispendencia), que solo el órgano judicial *a quo* puede apreciar en profundidad, pero no sucede lo mismo en los restantes casos. Su inclusión en la letra a) del art. 88.2 me parecería deseable; más aún, en contraste con el discutible supuesto previsto en la letra i) del mismo artículo y apartado, sobre el que ya he manifestado mis reservas.
- f) Y me choca, por fin, la ausencia de una cláusula similar a la prevista en la letra b) del art. 88.2 (que la sentencia «siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales») en la que pudieran tener cabida todos los fallos relativos a asuntos de muy alta cuantía económica, por más que su interés para la formación de jurisprudencia pueda ser cuestionable; como sucede, paradójicamente, en muchos de estos casos (piénsese, por ejemplo, en las sentencias sobre la retribución de las energías renovables, sobre la licitud del *fracking*, o, más específicamente, sobre la indemnización debida al concesionario del almacenamiento Castor), en los que la doctrina de una sentencia no tiene por qué afectar directamente a los intereses generales.

