

LAS PRIMERAS SENTENCIAS DE LA NUEVA CASACIÓN

RAFAEL TOLEDANO CANTERO¹
Tribunal Supremo

Cómo citar/Citation

Toledano Cantero, R. (2018).

Las primeras sentencias de la nueva casación.

Revista de Administración Pública, 207, 95-118.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.04>

Resumen

El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo establece un sistema de admisión basado en la constatación de interés casacional objetivo. El presente trabajo tiene por finalidad estudiar la sentencia que resuelve el recurso de casación, tanto desde su vertiente de interpretación de las normas estatales o del derecho de la Unión sobre las que se apreció el interés casacional objetivo, y la consiguiente fijación de doctrina jurisprudencial, como en la resolución de las pretensiones de las partes. Se examinan las sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo durante los dos primeros años de vigencia del nuevo recurso de casación.

Palabras clave

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

¹ Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Abstract

The new administrative cassation appeal establishes an admission system based on the finding of objective cassational interest. The purpose of this paper is to study the sentence that resolves the cassation appeal, both from the point of view of the interpretation of the state or Union Law rules on which the objective cassational interest was appreciated, and the consequent establishment of jurisprudence doctrine, as in the resolution of the claims of the parties. The judgments delivered by the Third Chamber of the Supreme Court during the first two years of validity of the new cassation appeal are examined.

Keywords

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

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN DEL NUEVO RECURSO. II. ESTRUCTURA DE LAS NUEVAS SENTENCIAS DE CASACIÓN. III. LA CUESTIÓN DE LA VINCULACIÓN ENTRE EL AUTO DE ADMISIÓN Y EL ÁMBITO DE CONOCIMIENTO DE LA SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO. IV. LA MATIZACIÓN O CONCRECIÓN DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN. V. LA INTRODUCCIÓN DE NUEVAS CUESTIONES DE INTERÉS CASACIONAL EN LA SENTENCIA. ¿PUEDE LA SENTENCIA DEJAR SIN RESPUESTA LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL DELIMITADA EN EL AUTO DE ADMISIÓN? VI. LAS CUESTIONES DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA NUEVA CASACIÓN. VII. TRATAMIENTO DE LAS DENUNCIAS DE INCONGRUENCIA OMISIVA. VIII. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN. LA INADMISIÓN. IX. RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES. X. LA RETROACCIÓN DE ACTUACIONES. XI. COSTAS. XII. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA. XIII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN DEL NUEVO RECURSO

El día 22 de julio de 2018 se cumplieron dos años de la entrada en vigor del nuevo recurso de casación introducido por la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (LOPJ). La disposición final primera de la LO 7/2015 pospuso hasta el día 22 de julio de 2016 la aplicación de la nueva redacción de los arts. 86, 87, 88, 89, 91, 92 y 93 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), que contienen el régimen legal del nuevo recurso de casación. Durante ese año de *vacatio legis* la Sala Tercera del Tribunal Supremo acometió las previsiones necesarias para la entrada en vigor del nuevo recurso de casación, cambios que se han traducido, en primer lugar, en la reorganización de las Secciones que la componen².

² Acuerdo de 30 de junio de 2016 (BOE, 163, de 7 de julio de 2016), de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo

La atención de los operadores jurídicos quedó centrada, en los primeros meses, en el nuevo régimen de admisión del recurso de casación, dado lo novedoso del sistema basado en el concepto de interés casacional objetivo, y las numerosas incógnitas que ofrecía el régimen legal de preparación, admisión e interposición del recurso de casación.

Las extensas previsiones de la nueva regulación del recurso de casación, en lo que concierne a la fase de preparación y admisión del recurso, contrastan con la escueta regulación dedicada a la fase de enjuiciamiento. Así, mientras el legislador dedica a la fase de preparación y admisión del recurso de casación tres extensos artículos (los arts. 88, 89 y 90), divididos a su vez en varios apartados, y la fase de interposición se regula en el artículo 92 LJCA, dividido en ocho apartados, las previsiones sobre la sentencia de casación se limitan a un par de apartados del art. 93 LJCA, ya que, de sus cuatro apartados, uno (art. 93.4 LJCA) se dedica a las costas procesales, y otro (art. 93.2 LJCA) contiene el tratamiento de la infracción de jurisdicción e incompetencia del órgano de instancia, con la consecuencia de remisión al órgano competente o la indicación de la jurisdicción que deba entender del litigio. En definitiva, la regulación sustancial de la sentencia, en su contenido interpretativo y de resolución de las pretensiones, se limita a lo previsto en los apartados primero y tercero del art. 93 LJCA. Además hay que tener en cuenta las menciones del art. 92.4 LJCA a la posibilidad de dictar sentencia de inadmisión por interposición defectuosa del recurso de casación, la exclusión de las cuestiones de hecho (art. 87 bis. 1 LJCA) sin más excepción que la facultad excepcional de integrar los hechos admitidos como probados por el órgano de instancia, según el art. 93.3 LJCA, y la indicación de que la sentencia de casación podrá examinar otras normas legales distintas a las indicadas en el auto de admisión como precisadas de interpretación, a la vista de los términos en que, finalmente, haya quedado trabado el recurso.

Pues bien, durante los dos años transcurridos desde la entrada en vigor de la reforma, el ritmo de señalamiento de los nuevos recursos de casación se ha acompasado con el de los recursos de casación del régimen normativo anterior que, en sus distintas modalidades, estaban pendientes, así como el señalamiento de los asuntos de competencia directa. No obstante, se ha alcanzado un número significativo de sentencias de la nueva casación.

Concretamente, hasta finales de julio de 2018 se han dictado 286 sentencias del nuevo recurso de casación, de las que 120 corresponden a la Sec-

de 14 de junio de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que aprueba las normas de reparto, composición, funcionamiento y asignación de ponencias de la Sala Tercera para su adecuación a la nueva regulación del recurso de casación en lo contencioso-administrativo.

ción Segunda, 77 a la Sección Tercera, 33 a la Sección Cuarta y 56 a la Sección Quinta.

No consta que se haya dictado ninguna sentencia de inadmisión en la fase de interposición, por defectos en el escrito de interposición, tal y como permite el art. 92.4º de la LJCA. Sin embargo, varias sentencias han debido resolver situaciones de inadecuación del escrito de interposición análogas a las que prevé dicho precepto, si bien lo han hecho en un momento procesal posterior, tras el señalamiento para deliberación o celebración de vista. En estos casos se ha hecho un pronunciamiento de no haber lugar, o de desestimación, como se verá más adelante.

Uno de los rasgos que cabe destacar es el significativo número de sentencias de recursos de casación que versan sobre una misma cuestión de interés casacional. En todas las Secciones, en mayor o menor medida, se produce esta situación. En este tipo de asuntos se produce un efecto uniformador del auto de admisión, y, aunque se presenten las lógicas diferencias en las sentencias o autos recurridos, la respuesta puede ser sustancialmente homogénea, de manera que, una vez se ha dictado sentencia en los primeros recursos que, a modo de procedimientos testigo, han sido señalados, y fijada la correspondiente doctrina jurisprudencial, las sentencias sucesivas sobre la misma cuestión se caracterizan por contener una remisión a lo resuelto en las que fijaron el criterio jurisprudencial. Esta remisión se hace en la mayoría de las sentencias mediante su reproducción literal, pero también en algunos casos se opta por la remisión a sus fundamentos sin necesidad de transcribirlos, tendencia que parece más compatible con la claridad que se demanda a las sentencias de la nueva casación.

II. ESTRUCTURA DE LAS NUEVAS SENTENCIAS DE CASACIÓN

El examen de las sentencias dictadas hasta el momento permite apuntar algunas conclusiones de interés. La primera es que la mayor parte de las sentencias se corresponden con la estructura y organización de la argumentación que inspira el nuevo recurso de casación, señaladamente la preponderancia del contenido interpretativo. Las sentencias resuelven la cuestión o cuestiones de interés casacional y la interpretación de las normas que fueron identificadas en el respectivo auto de admisión, y, seguidamente, examinan las pretensiones de las partes, acordando lo procedente sobre las mismas. Eventualmente se dispone la retroacción de actuaciones para que se resuelva sobre el fondo por el órgano de instancia, de conformidad con la doctrina jurisprudencial fijada en la sentencia de casación.

Las nuevas sentencias suelen seguir un esquema bastante semejante. Incluyen entre los antecedentes de hecho, aunque ocasionalmente lo hacen en los fundamentos jurídicos, la identificación de la cuestión o cuestiones de interés casacional señaladas en el auto de admisión y las correspondientes normas a interpretar. Así, se transcribe el contenido esencial del auto de admisión, fundamentalmente la parte dispositiva en la que se precisan las cuestiones de interés casacional objetivo que deben ser esclarecidas. Como más adelante se verá, no son pocas las sentencias que, además, se extienden en introducir algún tipo de matización de la cuestión de interés casacional, cuando consideran que, a la vista del debate, ello resulta necesario para concretar el alcance de su pronunciamiento. Normalmente las sentencias no hacen consideración alguna sobre la existencia del interés casacional, más allá de la mención del motivo apreciado con referencia al apartado del art. 88 LJCA que fue considerado en el auto de admisión. Aun así, alguna sentencia ha considerado necesario introducir explicaciones sobre la relevancia de la admisión pese a existir doctrina reiterada sobre la cuestión litigiosa³, llamando la atención sobre la función de protección y reafirmación de criterios jurisprudenciales asentados.

Fijado el ámbito de la cuestión de interés casacional, las sentencias resuelven sobre la misma, analizando e interpretando los preceptos correspondientes y fijando en todo caso la interpretación establecida por la Sala, y ello con independencia de que el pronunciamiento de casación sea o no favorable al planteamiento de la parte recurrente, es decir, aunque se rechace la pretensión de anulación de la sentencia o auto recurrido, lo que, por otra parte, se deduce sin esfuerzo de la dicción del art. 93.1 LJCA, y de la finalidad de satisfacción del «*ius constitutionis*» que domina el nuevo recurso de casación.

Resuelta la parte interpretativa, las sentencias abordan el análisis y la resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas por las partes, con arreglo a la interpretación de las normas que han sido objeto de identificación en atención a la cuestión de interés casacional, así como de las demás que fueren aplicables, como señala el art. 93.1 LJCA. Cabe apreciar, sobre todo en las primeras sentencias, un esfuerzo por seguir este esquema, donde el hilo conductor es la función interpretativa y de fijación de jurisprudencia, y no el orden

³ La Sentencia de la Sección Segunda, de 27 de febrero de 2018 (casación 170/2016; ES:TS:2018:704), hace alguna consideración sobre la necesidad de admitir la casación en casos en que la sentencia recurrida, contraria a la consolidada doctrina jurisprudencial, no se aparta deliberadamente de la misma, aunque sí la ignora, y a tal efecto precisa el TS que «[...]no sería lógico que centráramos nuestra exclusiva atención en la creación de jurisprudencia nueva allí donde no la hay y nos desentendiéramos de la fundamental labor de protección y tutela de la ya existente frente a resoluciones que no se avengan a ella o se muestren contradictorias con sus determinaciones».

dado por la respuesta o examen de los motivos o infracciones aducidas por las partes recurrentes, como ocurría en las sentencias de la antigua casación. Esto hace más comprensible el desarrollo argumentativo de la sentencia, aunque pueda resultar compleja su redacción, pues obliga a resituar los sucesivos argumentos de impugnación y oposición de las partes dentro del esquema que el Tribunal se ha fijado para dar resolución a la cuestión de interés casacional.

Dada la importancia del contenido interpretativo de la sentencia de la nueva casación, parece conveniente que el mismo quede reflejado expresamente en el fallo de la sentencia, aunque por razones de claridad no se opte por su transcripción literal. El criterio que se viene consolidado al respecto es que la parte interpretativa de la sentencia quede perfectamente identificada en los fundamentos jurídicos, dedicando específicamente uno a sintetizar las conclusiones alcanzadas sobre la cuestión de interés casacional, a modo de contestación concisa al planteamiento que formula el correspondiente auto de admisión. Aunque este contenido interpretativo no constituya, en puridad, una respuesta a las pretensiones de las partes, como establece el art. 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)⁴ al determinar el contenido del fallo, lo cierto es que se incorpora en la mayoría de las sentencias dentro de su parte dispositiva, bien en el primer inciso del fallo⁵, bien en un primer pronunciamiento del mismo, y en ambos casos con indicación, por su numeral ordinal, del fundamento o fundamentos en que se fija la interpretación, de modo que se facilite su localización. No obstante, hay que señalar que esta práctica no está totalmente consolidada, y aún hay sentencias, no solo de las dictadas en los primeros meses, que no siguen ninguno de estos criterios y no hacen mención alguna al contenido interpretativo en la parte dispositiva.

III. LA CUESTIÓN DE LA VINCULACIÓN ENTRE EL AUTO DE ADMISIÓN Y EL ÁMBITO DE CONOCIMIENTO DE LA SECCIÓN DE ENJUICIAMIENTO

Una de las principales cuestiones que plantea el nuevo recurso de casación es determinar hasta donde alcanza el grado de vinculación del debate procesal en casación, respecto a lo delimitado en el auto de admisión, o, por

⁴ Dice el art. 209.4 de la LEC lo siguiente: «[...] El fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes [...]».

⁵ El pronunciamiento en estos casos suele ser del siguiente tenor: «Por todo lo expuesto [...], esta Sala, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico ... (ordinal), ha decidido: 1º.- Estimar/desestimar [...] 2º [...]».

decirlo de otra forma, si es imperativa para la Sección de Enjuiciamiento la correlación entre las cuestiones planteadas en el auto de admisión y la función interpretativa y resolutoria de la sentencia.

Por una parte, el grado de concreción con que el auto de admisión delimita la cuestión o cuestiones de interés casacional no impide descartar que la Sección de Enjuiciamiento, al estudiar el asunto en su integridad, y sobre todo a la luz del escrito de interposición y oposición, estime necesario introducir matizaciones al planteamiento del auto de admisión. Además, se suscita la posibilidad de que puedan ser examinadas en la sentencia cuestiones al margen de las identificadas en el auto de admisión, pero también la posibilidad de no pronunciarse sobre alguna de aquellas cuestiones previamente identificadas en el auto de admisión.

El tenor literal del art. 93.1 LJCA puede parecer inequívoco, y una lectura aislada del mismo conduciría a pensar que la sentencia debe seguir invariablemente un esquema de respuesta a las cuestiones de interés casacional y, seguidamente, a tenor de la doctrina fijada, resolver sobre las pretensiones de las partes. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el art. 92.3 de la LJCA no excluye que las partes, desde luego la recurrente, planteen otras cuestiones en el escrito de interposición, siempre que hayan sido identificadas en el escrito de preparación, aunque no hubieran sido calificadas en el auto de admisión como cuestiones de interés casacional objetivo. Esta posibilidad determinará, y así viene ocurriendo con frecuencia, que la Sección de Enjuiciamiento haya de adoptar una postura sobre si resuelve tales cuestiones o se abstiene de su examen, por no haber sido consideradas de interés casacional por la Sección de Admisión.

Sin duda deben ponderarse muy cuidadosamente las consecuencias que decantarse por una y otra opción de las antes expuestas tendría en la coherencia del sistema instaurado. Ahora bien, pese a las notables diferencias entre el anterior modelo de casación y el introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, son también muchas las semejanzas, en particular en lo relativo a la esencia del ámbito de enjuiciamiento de la Sala. Si las diferencias vienen dadas por la ausencia de un sistema de motivos estructurado legalmente, como el vigente en el modelo anterior, no por ello dejar de ser la casación un recurso extraordinario. Ello tiene reflejo, entre otros aspectos, en la persistencia de una consolidada doctrina que impide plantear cuestiones nuevas en el recurso de casación, tanto en el sentido de aquellas que no hayan sido suscitadas por la parte recurrente en los escritos de preparación e interposición del recurso de casación como las que no lo hubieran sido en las instancias.

Por tanto, existe amplia coincidencia en que el nuevo sistema de casación atribuye a la sentencia el primordial cometido de fijar la interpretación de aquellas normas que en el auto de admisión hubiesen quedado señaladas como necesitadas de un pronunciamiento del Tribunal Supremo, lo que im-

plica que la cuestión señalada en el auto de admisión debe quedar definitivamente dilucidada en la sentencia, cualquiera que sea el sentido del fallo.

Por otra parte, cuando se alcance un eventual resultado estimatorio del recurso de casación, y sea casada la resolución judicial recurrida, no parece que la posición de la Sala difiera sustancialmente en el nuevo modelo respecto al anterior. En aquellos casos en que la decisión de la Sala ordene la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia, o aprecie la falta de jurisdicción o de competencia, no habrá lugar a entrar en el fondo del asunto. Y en los restantes casos en que se declare haber lugar al recurso, casando y anulando la resolución recurrida, el ámbito de enjuiciamiento de la cuestión litigiosa debe ser tan extenso como exija la resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, con el límite de no abordar cuestiones nuevas no suscitadas por las partes en sus respectivos escritos procesales, tanto del recurso de casación como en los deducidos en la instancia.

Finalmente, en aquellos casos en que la sentencia del recurso de casación estime que el órgano de instancia resolvió adecuadamente la cuestión o cuestiones que el auto de admisión determinó como necesitadas de esclarecimiento, y que revestían el interés casacional apreciado en dicha resolución, se evidencia la trascendencia de optar por una de las dos posiciones que ofrecía la disyuntiva expuesta *ut supra*. No existe duda, ya se ha dicho, de que también en este caso de pronunciamiento desestimatorio, la sentencia de casación deberá esclarecer definitivamente la cuestión objeto de interés casacional. La discrepancia está en sí, una vez cumplida esta función, y no habiendo lugar a casar la resolución recurrida respecto a las cuestiones de interés casacional fijadas en el auto de admisión, aun así la sentencia de casación podría extender el control casacional a otras cuestiones relevantes para el fallo de instancia, siempre que hubiesen quedado debidamente señaladas en el escrito de preparación, y sobre las que la parte recurrente haya formulado alegaciones y pretensiones en el escrito de interposición.

Expuestas las principales líneas que configuran el nuevo sistema de recurso de casación, y las dudas que suscita en cuanto a la fase de enjuiciamiento, pasaremos ahora a examinar cómo han sido resueltas en las sentencias dictadas en estos dos años de funcionamiento.

IV. LA MATIZACIÓN O CONCRECIÓN DE LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL EN LA SENTENCIA DE CASACIÓN

Ya se ha enfatizado la importancia del contenido interpretativo de la sentencia, que viene delimitado, en principio, por el auto de admisión. Es interesante examinar si se produce una exacta correspondencia entre el contenido

interpretativo de las sentencias y el auto de admisión, así como hasta qué punto se ha considerado la posibilidad de que sea objeto de matización, concreción, ampliación o, eventualmente, que no se entre en la cuestión identificada en la fase de admisión.

La conclusión principal que se obtiene del estudio de las sentencias dictadas es que la mayor parte de ellas no se hace explícita mención de dificultades significativas en la correlación entre las cuestiones identificadas en el auto de admisión y el debate procesal trabado en el recurso.

No obstante, conviene advertir que, con relativa frecuencia, la minuciosidad con que muchos autos de admisión delimitan las cuestiones de interés casacional no se corresponde enteramente con los matices del debate procesal suscitado en el litigio, y así lo reflejan no pocas sentencias. La cuestión de interés casacional se formula en los autos de admisión, a menudo, como una proposición que requeriría una respuesta categórica, ya sea en términos afirmativos o negativos, y esto no siempre es posible una vez que se examina en su totalidad la cuestión litigiosa. La dificultad de dar una respuesta tajante viene dada por los matices del debate procesal, o bien, precisamente, porque el debate procesal solo ofrece una perspectiva parcial del problema planteado en el auto de admisión, con lo que una respuesta al mismo sin matizaciones sería una respuesta, al menos en parte, abstracta, ajena a los términos reales del litigio o, por lo menos, ajena al desarrollo argumental de las partes. Y es que, si el recurso de casación es, como resulta obvio, un medio de impugnación basado en las alegaciones de las partes, éstas, una vez superado el trámite de admisión, no dedican sus mayores esfuerzos al análisis de la cuestión de interés casacional, sino a la defensa de sus pretensiones, lo que por otra parte es perfectamente comprensible. Es por ello que a veces lo que se apreciaba en el auto de admisión no cristaliza en el debate procesal de los escritos de interposición y oposición, y no pocas sentencias dedican algunas consideraciones, bien para acotar el alcance de su pronunciamiento sobre la interpretación de la cuestión de interés casacional, bien para introducir algún tipo de matización.

Sirva como ejemplo de ello la STS, Sección Segunda, de 17 de julio de 2018 (casación 2878/2017; ES:TS:2018:2995), en la que, al igual que otras sentencias dictadas sobre la misma cuestión, vinculación de la potestad sancionadora en materia tributaria a una previa resolución judicial penal de sobreseimiento, se hace notar que «[...] [l]a pregunta suscitada por el auto de admisión no puede tener, sin embargo, una respuesta tan contundente como la que hemos expuesto en relación con el dolo (para descartarlo) cuando se trata de la negligencia». En parecida tesitura pueden verse las precisiones que hace la STS, Sección Quinta, de 31 de mayo de 2018 (casación 1321/2017; ECLI:ES:TS:2018:2041), sobre la interpretación más acertada del art. 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y libertades de los

extranjeros en España y su integración social (LOEX), y en concreto, su inciso «delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año».

V. LA INTRODUCCIÓN DE NUEVAS CUESTIONES DE INTERÉS CASACIONAL EN LA SENTENCIA. ¿PUEDE LA SENTENCIA DEJAR SIN RESPUESTA LA CUESTIÓN DE INTERÉS CASACIONAL DELIMITADA EN EL AUTO DE ADMISIÓN?

Como hemos señalado anteriormente, una de las principales cuestiones que plantea el nuevo recurso de casación es determinar si cabe que la sentencia aborde cuestiones distintas de las identificadas en el auto de admisión, o si puede excluir el examen de todas o alguna de ellas. El art. 90.4 LJCA establece que los autos de admisión precisaran la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificaran las normas o normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación. Pero, a continuación, se añade que, sin perjuicio de este contenido necesario de la sentencia, no hay óbice a que la misma pueda extenderse a otras normas, si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso. La redacción del precepto evidencia que las normas interpretadas pueden ser otras distintas de las señaladas en el auto de admisión, y esto vendrá dado por la lógica conexión de las mismas para la resolución de la cuestión planteada. En otras ocasiones, no todas las normas citadas en el auto de admisión son en realidad objeto de examen o consideración por la sentencia, por no resultar necesario a tenor del planteamiento efectuado en el escrito de interposición y de oposición y el desarrollo argumentativo de la sentencia.

Ahora bien, lo que no resulta tan obvio es que la cuestión de interés casacional pueda ser alguna distinta a las identificadas en el auto de admisión, y menos aún que sea una que no guarde una estrecha conexión con la delimitada en el auto de admisión, a modo de matización de la misma. Pero los escritos de interposición buscan, con frecuencia, abrir el abanico de cuestiones debatidas a algunas otras que, habiendo sido planteadas en el escrito de preparación, no fueron acogidas como dotadas de interés casacional en el auto de admisión. Al fin y al cabo, el art. 92.3.a) de la LJCA, que regula el escrito de interposición, no excluye categóricamente esta posibilidad, al mencionar que el escrito de interposición expondrá razonadamente la infracción de las normas o jurisprudencia que como tales se identificaron en el escrito de preparación, no exclusivamente las identificadas en el auto de admisión.

Siendo esto así, resulta fácil comprender que no ha pasado desapercibido para quienes siguen de cerca el desarrollo del nuevo recurso de casación, el auto de la Sección Primera, de 2 de julio de 2018 (casación 5580/2017;

ECLI:ES:TS:2018:766OAA), en el que, si bien se deniega el complemento del auto de admisión de 9 de abril de 2018, complemento solicitado por el recurrente respecto a otras cuestiones propuestas por dicha parte, sí indica que aun así «[...] no debe inferirse la carencia de interés casacional objetivo de todas aquellas infracciones y pretensiones sobre las que la Sección de Admisión no se hubiere pronuncia[do] en el Auto de admisión, y que sin embargo hubieran sido planteadas por la recurrente en su escrito de preparación [...], cuya prosperabilidad deberá valorar, en su caso, la Sección de Enjuiciamiento».

No es este el único pronunciamiento que ha admitido la posibilidad, al menos teórica, de extender la cuestión de interés casacional a alguna otra indicada en el escrito de interposición, si bien en la mayoría de los casos ha sido sobre cuestiones que estaban en conexión con la inicialmente identificada. En este sentido puede verse la STS, Sección Segunda, de 7 de febrero de 2018 (casación 914/2017; ECLI:ES:TS:2018:694), sobre un asunto en materia de Impuesto Especial de Hidrocarburos (IEH).

Ahora bien, la postura de las Secciones de Enjuiciamiento, e incluso de las mismas secciones en recursos análogos, no es uniforme. Así, en otro caso relacionado con la misma cuestión sobre el IEH, y ante un auto de admisión idéntico al que admitió el recurso de casación anteriormente examinado, resuelto por la sentencia de 7 de febrero de 2018, cit., la postura de la misma Sección Segunda es significativamente distinta en la STS de 3 de julio de 2018 (casación 680/2017; ES:TS:2018:2988), que concluye que la cuestión debe considerarse puramente fáctica y que, en tal contraposición de posturas, «[...] debe darse preferencia la que preconiza la parte demandada por todo lo que seguidamente se explica», lo que, en puridad, supone entrar en el ámbito de la valoración de la prueba. En fin, lo más significativo es que, a diferencia de lo resuelto en la sentencia de 7 de febrero de 2018, cit., la de 3 de julio de 2018, cit., decide no entrar en la resolución de las cuestiones de interés casacional, precisamente porque estima que se trata de una cuestión puramente fáctica, de lo que se deduce que no considera posible ni relevante hacer interpretación normativa alguna, y, sin fijar doctrina alguna respecto a la planteada en el auto de admisión, desestima el recurso de casación.

Aparentemente se trata de dos soluciones opuestas sobre una situación muy semejante, en realidad idéntica a tenor del auto de admisión. Posiblemente, la razón de la divergencia no está tanto en que las sentencias adopten criterios enfrentados, sino en que los matices del debate litigioso requerían una respuesta diversa en uno y otro, y seguramente se habría justificado la inadmisión del recurso porque el elemento fáctico era mucho más relevante que la cuestión estrictamente jurídica a que se refería el auto de admisión. Ahora bien, habrá de convenirse en que, atendido el volumen de asuntos que han de ser filtrados en la Sección de Admisión, este riesgo de que sean tratados como

asuntos idénticos a otros previamente admitidos algunos que, en realidad, no guarden la homogeneidad aparente, es un riesgo asumible en aras de un trato igualitario a los distintos recurrentes.

Otra vertiente de este mismo problema es el de aquellas sentencias en las que no se ha apreciado vinculación entre la razón de decidir de la sentencia recurrida, y la cuestión identificada en el auto de admisión, pese a lo cual se han pronunciado sobre la cuestión de interés casacional, fijando el criterio del Tribunal Supremo. Este supuesto se trata en la STS, Sección Segunda, de 13 de marzo de 2018 (casación 53/2017; ES:TS:2018:949)⁶.

Finalmente, cabe reseñar algunas sentencias en las que se rechaza dar contestación a alguna de las cuestiones de interés casacional cuando la Sección de Enjuiciamiento entiende que, existiendo varias, una de ellas carece de relevancia una vez contestada otra. Esta es la postura de la STS de 19 de febrero de 2018 (casación 122/2016; ES:TS:2018:488), en la que se contesta la segunda de las cuestiones relativa al alcance del principio de congruencia, al apreciar que la sentencia recurrida había incurrido en incongruencia por exceso al anular por motivos distintos a los expuestos en la demanda, pero deja sin responder la primera cuestión.

Ahora bien, sin perjuicio de reseñar la existencia de estos supuestos de discordancia entre la fase de admisión y la de enjuiciamiento, lo cierto es que, tal y como se ha señalado anteriormente, estas situaciones no son generalizadas, y obedecen más al desarrollo normal de una fase de rodaje del nuevo sistema casación. La mayoría de las sentencias no evidencian desajuste alguno entre la cuestión de interés casacional y los términos del debate, y rechazan entrar en cuestiones ajenas a las identificadas en el auto de admisión. En los casos en que lo hacen, es sobre cuestiones que no cambian el resultado final de la decisión ni la doctrina fijada, por lo que en realidad carecen de trascendencia.

En esta línea de rechazo a las cuestiones ajenas a las delimitadas como de interés casacional por el auto de admisión puede citarse la STS, Sección Quinta, de 26 de junio de 2018 (casación 846/2017; ES:TS:2018:2510)⁷. En

⁶ La STS de 13 de marzo de 2018, cit., señala que «[...] cabe que la interpretación propugnada por la Sala de instancia del precepto contenido en el artículo 174.5 de la Ley General Tributaria (por cuyo alcance nos pregunta el auto de admisión) no sea ajustada a Derecho y, sin embargo, esa errónea interpretación no determine el acogimiento del recurso de casación si la decisión alcanzada por la sentencia no se ampara exclusivamente en el “alcance restrictivo” de aquella norma, sino en una completa valoración del material probatorio del que se dispone [...]», como resuelve finalmente.

⁷ La STS de 26 de junio de 2018, cit., rechaza entrar en la cuestión señalando que «[...] delimitado en el auto de admisión del recurso y en los términos expuestos nuestro ámbito de conocimiento, es obligado indicar en primer lugar que la mercantil aquí

el mismo sentido, la STS, Sección Segunda, de 26 de junio de 2018 (casación 1689/2017; ES:TS:2018:2647), sobre el alcance de una exención de Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), y la STS, Sección Quinta, de 29 de enero de 2018 (casación 27/2016; ES:TS:2018:303), que es claro exponente de la línea mayoritaria sobre la necesidad de atenerse a los términos del debate procesal y del auto de admisión. Dice la STS de 29 de enero de 2018, cit., lo que sigue:

[...] Las partes no pueden en vía de recurso de casación alterar, modificando o innovando, sus respectivos motivos de impugnación u oposición en la instancia, porque, merced al principio de congruencia, es sobre ellos, sobre los que recae el pronunciamiento judicial que es objeto del recurso. En segundo lugar, el Auto de admisión tiene, entre sus finalidades fundamentales, una vez examinado el cumplimiento de los requisitos formales y la concurrencia de alguno de los supuestos de interés casacional objetivo, fijar la cuestión o cuestiones que presentan específicamente dicho interés, sin perjuicio de la facultad de la Sala sentenciadora de realizar aquellos otros pronunciamientos que sirvan para colmar el derecho a la tutela judicial solicitada por las partes.

En parecidos términos, la STS, Sección Quinta de 26 de junio de 2018 (casación 6/2017; ES:TS:2018:2536), afirma:

[...] Atendiendo al modo en que se plantea la cuestión de interés casacional en los términos expuestos, por consiguiente, hemos de excluir de nuestro pronunciamiento en esta sede, en tanto que no viene comprendida dentro de su ámbito, la cuestión atinente a la procedencia de la práctica en el supuesto de autos del estudio informativo requerido por la normativa que contempla la indicada exigencia [...] debate que se había suscitado a este respecto en las dos instancias jurisdiccionales intervinientes. [...].

El caso, en fin, de sentencias que prescinden por completo de la cuestión de interés casacional es excepcional y viene justificado porque los términos reales del debate litigioso eran absolutamente ajenos a los del auto de admisión, y esto a la vista del manifiesto error en que incurrieron tanto la sentencia de instancia como el propio auto de admisión al no ser la cuestión litigiosa la delimitada en este, como tampoco lo había sido la resuelta en la sentencia recurrida.

recurrente (BBVA) excede en su escrito de interposición de la delimitación expuesta cuando, además del argumentario relativo a la cuestión precisada en el auto de admisión del recurso, incide en otra no amparada por dicho auto, cual es que el aval por ella prestado no garantizaba el pago del justiprecio expropiatorio reconocido por el Jurado autonómico de valoraciones».

La estructura del nuevo recurso de casación parece establecer un ámbito separado de competencias, en el que es tarea exclusiva de la Sección de Admisión determinar el ámbito de la cuestión de interés casacional y las normas necesitadas de interpretación, hasta el punto de que la lectura de muchas sentencias denota una terminología propia del esquema pregunta, respuesta, en el que la Sección de Admisión plantea una cuestión y la Sección de Enjuiciamiento da respuesta a la misma. Ahora bien, existen varias situaciones en las que la Sección de Enjuiciamiento ha optado por no abordar la cuestión de interés casacional, situaciones que responden a escenarios tan diversos como el puro y simple error en la identificación de la cuestión, la inexactitud de la misma ante los términos concretos del debate procesal, o la apreciación por la Sección de Enjuiciamiento de que la cuestión de interés casacional no estaba enlazada realmente con la resolución del litigio planteado.

Sobre esta cuestión puede verse la STS, Sección Cuarta, de 2 de julio de 2018 (casación 732/2017; ECLI:ES:TS:2018:2766), que opta por la desestimación sin fijación de doctrina ni interpretación alguna «[...] por no haber aflorado en el debate procesal ninguna de las cuestiones que determinaron la admisión del recurso». En contraste con esta solución, la STS, Sección Quinta, de 2 de julio de 2018 (casación 1758/2017; ECLI:ES:TS:2018:2503), aborda la cuestión de fondo, pese a los evidentes errores de planteamiento de la sentencia de instancia sobre el examen de la pretensión del recurrente, y la STS, Sección Segunda, de 19 de julio de 2018 (casación 3323/2017; ECLI:ES:TS:2018:2983), también resuelve sobre el fondo, no sin antes señalar que la cuestión litigiosa no era la señalada en el auto de admisión, como tampoco lo fue la resuelta en la sentencia de instancia que había incurrido en incongruencia por error.

La STS de la Sección Segunda, de 26 de junio de 2018 (casación 299/2016; ES:TS:2018:2541), es quizá el caso más extremo. Se trata de un supuesto en que la Sección de Enjuiciamiento discrepa de manera abierta del criterio de la Sección de Admisión sobre la cuestión de interés casacional identificada en el auto de 20 de julio de 2017 (casación 299/2016; ES:TS:2017:8045A), y después de extensas consideraciones expuestas en el fundamento de derecho tercero dedicado a la «[...]relativización, en este asunto, de las cuestiones definidas en el auto de admisión del recurso, dadas las singularidades del caso»⁸, la Sección de Enjuiciamiento concluye que en el caso litigioso, que versa

⁸ Singularidades consideradas explícitamente en el auto de admisión, ATS de 20 de julio de 2017, que ya consideró la existencia de la sentencia de 26 de octubre de 2016, cit., y la doctrina en ella contenida, que examina, como el motivo determinante del interés casacional objetivo al amparo del art. 88.2.a) de la LJCA, al estimar que la doctrina fijada en la misma quedaba contradicha por la de instancia.

sobre un crédito fiscal para compensación en base imponible del impuesto de sociedades, «[...] no es procedente dar respuesta a las cuestiones que plantea el auto de admisión, por no apreciar que las conclusiones que alcanzáramos tras su análisis pudieran servir de fundamento a la decisión del recurso de casación» (FD 5). La sentencia casa la de instancia y estima el recurso contencioso-administrativo, y aunque lo hace sobre la base del efecto de la cosa juzgada material positiva o prejudicial de la sentencia del TS, Sección Segunda, de 26 de octubre de 2016 (casación 3090/2015; ES:TS:2016:4743), lo relevante es que, al rechazar la procedencia de responder a la cuestión de interés casacional, se separa abiertamente del criterio del auto de admisión.

Otros supuestos en los que la decisión de la Sección de Enjuiciamiento excluye alguna de las cuestiones de interés casacional son aquellos en que se considera que se ha producido la pérdida de relevancia de la misma por la existencia de una modificación normativa, o por haberse establecido doctrina del Tribunal Constitucional.

En otras ocasiones, la ausencia de resolución de la cuestión de interés casacional responde a la falta de correspondencia entre la cuestión identificada en el auto de admisión y los términos reales del debate litigioso. Así, la STS, Sección Segunda, de 19 de julio de 2018 (casación 3323/2017; ES:TS:2018:2983), después de hacer notar que la sentencia recurrida trató el caso como una cuestión perteneciente a una serie de recursos sobre una cuestión distinta, aunque ciertamente conexa con la realmente planteada, llega a la conclusión de que el recurso de casación no puede ser declarado inadmisibile en ese estado procesal, pese a la discordancia entre la cuestión planteada y la identificada como de interés casacional en el auto de admisión⁹, y, en segundo lugar, que la sentencia recurrida ha de ser casada por incurrir en incongruencia, vicio *in procedendo* que no había sido identificado en el auto de admisión.

Un caso semejante es el resuelto en la STS, Sección Segunda, de 7 de julio de 2018 (casación 3960/2017; ES:TS:2018:2994), en la que la Sección de Enjuiciamiento constata que la cuestión de interés casacional identificada en el auto de admisión resulta «ajena a la cuestión litigiosa y además su respuesta es completamente innecesaria para resolver el recurso de casación [...]», por lo que no entra en la misma.

⁹ Explica la Sentencia de 19 de julio de 2018, cit., que «los interrogantes que suscita la Sección Primera de esta Sala resultan extraños a los hechos, motivos y pretensiones que conformaron la cuestión litigiosa y, además, su respuesta es irrelevante para resolver el presente recurso de casación: [...] vienen referidas a un problema jurídico que, aunque relacionado en parte con el litigioso, es distinto a los abordados en los litigios precedentes, y no toma en consideración la naturaleza de éste y la necesidad de supeditarlo a la prueba de otros hechos sustentadores del derecho discutido».

Finalmente, la STS, Sección Cuarta, de 14 de marzo de 2018 (recurso de casación 336/2016; ES:TS:2018:1275), también afronta un caso en el que aprecia la falta de correspondencia, en este caso parcial, entre la delimitación de la cuestión de interés casacional planteada en el auto de admisión, y la argumentación real de la sentencia recurrida. Como suele ocurrir en este tipo de situaciones, la sentencia de instancia trata la cuestión como perteneciente a una serie de asuntos de naturaleza análoga, en los que la Sala de Instancia ha llegado a perfilar lo que podríamos denominar sentencia tipo que, con muy escasos cambios, se va repitiendo en diversas sentencias, lo que provoca que, al afrontar la fase de admisión, la Sección Primera reitera en el auto de admisión un mismo planteamiento de la cuestión de interés casacional, siendo así que los exactos términos en los que se pronuncian las diversas sentencias de casos análogos no son homogéneos. Señala la Sentencia de 14 de marzo de 2018, cit., que «[...] [l]a doctrina jurisprudencial que esta Sala ha de establecer debe ser, en todo caso, sobre las bases reales del litigio sometido a enjuiciamiento, como exige el art. 93.1 de la LJCA, y no a modo de proclamación abstracta, lo que resultaría contrario a la naturaleza del recurso de casación como medio de impugnación».

VI. LAS CUESTIONES DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LA NUEVA CASACIÓN

Otra de las características del nuevo recurso de casación es la exclusión, en principio absoluta, de las cuestiones de carácter fáctico. Ahora bien, en muchas ocasiones resulta complejo deslindar las cuestiones fácticas de las jurídicas, sobre todo cuando están implicadas presunciones legales y reglas de carga de la prueba. Esta perspectiva se pone de manifiesto en la STS, Sección Segunda, de 23 de mayo de 2018 (casación 1880/2017; ES:TS:2018:2185), que reflexiona sobre la dificultad de deslindar los aspectos probatorios de las cuestiones jurídicas sometidas en el auto de admisión en una materia como la examinada en aquel recurso, acerca del método de comprobación de valores reales de transmisiones de inmuebles consistente en la aplicación de un coeficiente multiplicador sobre el valor catastral asignado a este (art. 57.1.b de la Ley General Tributaria).

Aun así, no debe pasar desapercibido que muchas sentencias, y la STS de 23 de mayo de 2018, cit., es un ejemplo de ello, no dejan de entrar, aun de manera implícita, en el tema de la prueba, si bien sea para argumentar, ya que el recurrente no llega a plantear que la sentencia recurrida incurra en arbitrariedad o irrazonabilidad en la obtención de su fallo, ya que la Sala de Casación no aprecia este vicio pese a lo argumentado. En realidad, este tipo

de argumentaciones parece más bien un vestigio de la clásica doctrina del anterior recurso de casación sobre alguno de los supuestos en que, pese a estar vedada la materia probatoria en casación, era susceptible de invocarse el vicio de valoración absolutamente arbitraria o irrazonable en el ámbito probatorio.

En efecto, en el nuevo recurso de casación, la cuestión fáctica solo puede ser traída al debate mediante la facultad de integración de hechos, con los requisitos y límites que son característicos de esta potestad del órgano de casación, que hacen francamente difícil su aplicación. El examen de los pronunciamientos dictados hasta el momento revela que la facultad de integración de hechos reconocida al Tribunal Supremo en el art. 93.3 LJCA ha sido de uso muy restrictivo en las sentencias de la nueva casación, que invocan los límites que la doctrina de la antigua casación imponía a esta potestad, a saber, que la integración no implica ni permite la sustitución de los hechos que el juzgador de instancia declare como probados, y que se ha de limitar a algún extremo que conste acreditado en las actuaciones y haya sido identificado en el escrito de interposición, con señalamiento de los medios de prueba en que el recurrente apoya la integración, que deberá ser, en todo caso, relevante para estimar la infracción de las normas o de la jurisprudencia invocada en el recurso. En la STS, Sección Quinta, de 29 de enero de 2018 (casación 27/2016; ES:TS:2018:303) se afirma que:

[...] la integración de hechos solicitada tiene como exclusiva finalidad la de tratar de acreditar la situación urbanística de los terrenos al tiempo de la resolución recurrida, cuestión que, como advirtió la recurrente en el acto de la vista, constituye, a su juicio, la cuestión nuclear de este procedimiento. Para ello la parte pretende que se incorporen determinados datos y conclusiones que se derivan de diversas certificaciones emitidas por el Ayuntamiento de Palma, sin embargo, las mismas ya han sido objeto de valoración por parte de la sentencia recurrida, lo que nos lleva a concluir que, la verdadera voluntad de la parte es atacar, discrepando, las conclusiones valorativas realizadas por la Sala de instancia, lo que excede de las posibilidades del mecanismo procesal utilizado.

En la misma línea es de citar la STS, Sección Segunda, de 3 de julio de 2018 (casación 680/2017; ES:TS:2018:2988) y la STS, Sección Tercera, de 23 de noviembre de 2017 (casación 150/2016; ES:TS:2017:4263) (FD segundo), cuando señala que «[...] la integración de hechos que se propugna por la defensa letrada de la parte recurrente [...] pretende, en realidad, la revisión de la valoración de las pruebas realizada por el Tribunal de instancia, lo que excede del marco estricto del recurso de casación al no invocarse la infracción de ninguna norma de carácter procesal».

Análogo criterio es seguido por la STS, Sección Segunda, de 9 de julio de 2018 (casación 6226/2017; ECLI:ES:TS:2018:2499) y la STS, Sección Quinta, de 2 de julio de 2018 (casación 333/2017; ECLI:ES:TS:2018:2506), que en un caso de extranjería, señala que su examen no puede desbordar el aspecto probatorio que ha sido afirmado por la sala de apelación, en la que se llega a una distinta valoración sobre la existencia en el caso de un riesgo de incomparecencia del extranjero, respecto a la efectuada en la sentencia de primera instancia. Ante esta discrepancia, afirma la sentencia: «[...] [p]ues bien, ahora, en casación, es en lo que declara esta última resolución en lo que hemos de situarnos como punto de partida, sin que ahora podamos venir en esta sede a enervar su criterio y expresar una opinión distinta sobre la existencia de riesgo de incomparecencia».

VII. TRATAMIENTO DE LAS DENUNCIAS DE INCONGRUENCIA OMISIVA

No cabe excluir del ámbito de cuestiones de interés casacional la posibilidad de admitir denuncias sobre infracciones en las garantías procesales que regulan los actos procesales, en particular, la sentencia. Pero desde luego no se puede afirmar que sea una situación en la que se carezca de jurisprudencia, ni que haya de reforzarse o reconsiderarse la doctrina jurisprudencial al respecto. La única situación en que se ha admitido que la incongruencia omisiva abra el acceso a la casación es cuando la verificación de si se ha incurrido en tal defecto constituye un presupuesto para constatar la existencia de una aplicación o inaplicación de una norma o jurisprudencia con relevancia casacional, como es el caso admitido por el citado Auto de 21 de marzo de 2017.

Por contra, sí resulta frecuente que los recurrentes, una vez superado el trámite de admisión, introduzcan en sus escritos de interposición denuncias sobre distintos quebrantamientos de garantías procesales, y la incongruencia de la sentencia recurrida, en sus diversas variantes, constituye uno de los motivos habitualmente alegados. Como regla general las sentencias del nuevo recurso de casación rechazan abordar esta cuestión por no estar incluida entre las de interés casacional; rechazo que es implícito, cuando se acota el examen a las cuestiones de interés casacional [en este sentido, puede citarse la STS de 22 de mayo de 2018, Sección Tercera (casación 350/2017; ECLI:ES:TS:2018:2035), aunque en otras ocasiones se opta por un rechazo expresado con un sucinto razonamiento, como es el caso de la STS de la Sección Segunda de 22 de mayo de 2018 (casación 38/2017; ECLI:ES:TS:2018:2047)].

VIII. PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA DE CASACIÓN. LA INADMISIÓN

Entre los posibles pronunciamientos de la sentencia de casación está, desde luego, el de inadmisión, si bien la posibilidad que al respecto prevé el art. 92.4 LJCA se limita a los defectos en el escrito de interposición, y tan solo en esa fase. Fuera de esta posibilidad, que hasta el momento permanece inédita, las sentencias que han encontrado defectos que, de ser apreciados en aquel momento hubieran determinado la inadmisión, descartan tal posibilidad, utilizando la fórmula de «no haber lugar» al recurso de casación, sin fijar la doctrina requerida por el art. 93.1 LJCA¹⁰.

IX. RESOLUCIÓN DE LAS PRETENSIONES

Finalmente, en los casos en que se declare haber lugar al recurso, y se acuerde la anulación de la sentencia o auto recurrido, el ámbito de enjuiciamiento de la cuestión litigiosa debe ser, como se indicó anteriormente, tan extenso como exija la resolución de las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso, con el límite de no abordar cuestiones nuevas no suscitadas por las partes en sus respectivos escritos procesales, tanto del recurso de casación como en los deducidos en la instancia.

Descendiendo a algunos de los posibles pronunciamientos, el art. 93.2 LJCA contempla, tal y como hacía el anterior recurso de casación, los supuestos de estimación del recurso por infracción en cuanto al ejercicio de la jurisdicción. Aunque la redacción parezca referirse exclusivamente al caso del exceso de jurisdicción, al mencionar tan solo el caso de que «el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no es el competente para el conocimiento de aquellas pretensiones», no hay duda alguna de que la sentencia habrá de ser estimatoria tanto si constata el abuso como el exceso, pero también el defecto en el ejercicio de la jurisdicción¹¹, procediendo como determina el art. 5.3 LJCA, salvo en el caso de que se aprecie abuso o

¹⁰ En este sentido, STS, Sección Segunda, de 2 de julio de 2018 (casación 732/2017; ECLI:ES:2018:2766).

¹¹ Sobre la impugnación por exceso de jurisdicción se han pronunciado en sentido desestimatorio las sentencias del TS, Sección Segunda, de 27 de noviembre de 2017 (casación 3277/2016; ES:TS:2017:4229), de 28 de noviembre de 2017 (casación 2825/2016; ES:TS:2017:4230), de 28 de noviembre de 2017 (casación 2829/2016; ES:TS:2017:4321) y de 29 de mayo de 2018 (casación 1528/2017; ES:TS:2018:2048), así como la Sentencia del TS, Sección Cuarta, de 26 de abril de 2018 (casación 248/2016; ES:TS:2018:1722).

exceso en el ejercicio de la jurisdicción por infracción del art. 71.2 LJCA, en que la corrección del exceso se limitará a la anulación de la resolución objeto de recurso. En cuanto a la sentencia que aprecie la falta de competencia del órgano judicial de instancia, el art 93.2 LJCA dice literalmente que la sentencia remitirá las actuaciones al órgano judicial que hubiere debido conocer de ellas, lo que no resulta muy razonable dada la posición del Tribunal Supremo, siendo más lógico que se remitan al órgano de instancia para que proceda a ejecutar esta decisión.

X. LA RETROACCIÓN DE ACTUACIONES

Esta solución ha sido adoptada en diversas sentencias y resulta de todo punto lógico proceder así en aquellos supuestos en los que concurren circunstancias impeditivas del pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la cuestión litigiosa, una vez estimada la casación y anulada la sentencia recurrida. Además de lo antes dicho acerca del tratamiento de la incongruencia omisiva, que es una situación que generalmente puede dar lugar a la retroacción de actuaciones cuando deba ser objeto de aplicación derecho autonómico, o cuando el órgano de instancia no se ha pronunciado sobre todas las cuestiones aducidas, cabe señalar diversas situaciones en las que se ha acordado la retroacción de actuaciones.

En primer lugar, la existencia de cuestión prejudicial penal. La STS, Sección Cuarta, de 14 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1275) acuerda la retroacción de actuaciones, una vez casada la sentencia de instancia, en un supuesto en que se había suscitado la procedencia del planteamiento de cuestión prejudicial penal y la necesidad de solicitar determinada documental al Juzgado de Instrucción que conocía de la causa penal, para constatar la pertinencia de la misma, así como recabar el preceptivo informe del Ministerio Fiscal.

Otros supuestos en que se ha acordado la retroacción son los de cuestión prejudicial planteada ante el TJUE sobre materia conexas. En este sentido cabe citar la STS, Sección Segunda, de 13 de junio de 2018 (casación 2800/2017; ES:TS:2018:2397) que, ante la estimación de un recurso de casación que aplicó de forma improcedente el principio de confianza legítima para anular una liquidación en materia de ITP por compra de oro a particulares, retrotrae las actuaciones al órgano de instancia para que resuelva sobre el fondo, sin perjuicio de prevenir al mismo que deberá tener en cuenta la resolución que adopte

Sobre el defecto de jurisdicción, puede verse la Sentencia del TS, Sección Segunda, de 3 de julio de 2018 (casación 1309/2017; ES:TS:2018:2760), también desestimatoria.

el TJUE en la cuestión prejudicial planteada por el propio Tribunal Supremo en otro asunto de análoga naturaleza.

Un tercer supuesto es aquel en que, casada la sentencia de instancia, el pronunciamiento de fondo requiere el examen y valoración de las pruebas. En este tipo de situaciones, aun siendo posible el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre el fondo, es frecuente que se acuerde la retroacción de actuaciones, por considerar que es una función característica del órgano de instancia. En este sentido pueden verse la STS, Sección Segunda, de 27 de febrero de 2018 (casación 914/2017; ES:TS:2018:694) y la STS, Sección Cuarta, de 18 de enero de 2018 (casación 874/2017; ES:TS:2018:103). En otras ocasiones, el fundamento de la decisión de retroacción es proporcionar al demandante el derecho pleno a la tramitación del recurso contencioso-administrativo en todas sus instancias, o la ausencia de pronunciamiento del órgano de instancia sobre los restantes fundamentos de la demanda y no haber sido objeto de la casación los mismos¹².

XI. COSTAS

La regulación de las costas ha provocado cierta disparidad de criterios en cuanto a las de instancia, ya que el art 93.4 LJCA permite entender que existirá siempre un pronunciamiento de las costas de instancia, y esto aunque no se estime el recurso de casación. Obviamente, de estimarse el recurso de casación y anular la sentencia de instancia, lo procedente es pronunciarse sobre las costas de instancia, con arreglo a los criterios del art. 139.1 LJCA. Pero no son pocas las sentencias que, aun no estimando el recurso de casación, hacen un pronunciamiento de las costas del recurso en la instancia, en general, manteniendo lo acordado en la sentencia recurrida.

XII. OTROS PRONUNCIAMIENTOS DE LA SENTENCIA

La existencia de pronunciamiento desestimatorio en sentencias dictadas en asuntos que guardan total homogeneidad con otros pendientes de sentencia, se ha considerado causa suficiente para declarar la desaparición sobrevenida de interés casacional. Así lo ha declarado, entre otras, la STS, Sección

¹² En este sentido las sentencias del TS, Sección Tercera, de 26 de junio de 2018 (casación 1366/2017; ES:TS:2018:2539), y la de la Sección Segunda de 21 de mayo de 2018 (casación 113/2017; TS:2018:2054).

Cuarta, de 26 de abril de 2018 (casación 142/2016; ECLI:ES:TS:2018:1721) apreciando que «[...] tras la admisión del recurso, por Auto de 21 de marzo de 2017, se ha producido la desaparición sobrevenida del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, toda vez que las sentencias relacionadas evidencian una jurisprudencia reiterada y uniforme sobre las cuestiones identificadas como de interés casacional».

También se ha acordado la desaparición sobrevenida de interés casacional cuando se ha declarado por sentencia firme la nulidad de la norma que daba cobertura al acto administrativo impugnado objeto de la sentencia recurrida en casación, tal y como declaran, entre otras, las sentencias del TS, Sección Cuarta, de 20 de diciembre de 2017 (casación 853/2017; ECLI:ES:TS:2017:4662) y de 3 de enero de 2018 (casación 200/2016; ECLI:ES:TS:2018:113). Cuando esta situación se constata en la fase de admisión, respecto a asuntos pendientes de resolución, se ha acordado la inadmisión de los mismos en atención a la desaparición sobrevenida de interés casacional¹³.

XIII. CONCLUSIONES

La nueva casación ha completado su implantación en todas las fases, y ya cuenta con un número de sentencias significativo, en un plazo relativamente breve. La función de defensa del «*ius constitutionis*» se ha erigido en el centro de la nueva casación, tanto en la fase de admisión como en las nuevas sentencias. Los riesgos para el nuevo recurso vienen de algunas de las características de la jurisdicción contencioso-administrativa, muy señaladamente de la litigiosidad en masa y, sobre todo, de la ausencia de una segunda instancia generalizada que disminuya la presión sobre el recurso de casación. Se advierte la carencia de un mecanismo legal que, en fase de admisión, permita dar respuesta a la problemática planteada respecto a la admisión de asuntos que versen sobre una cuestión de interés casacional idéntica a la suscitada en recursos ya admitidos, especialmente cuando son litigios en masa. Esta situación puede comprometer las capacidades organizativas de la Sección de Admisión, además de minorar la posibilidad de admitir recursos de casación en todos y cada uno de los ámbitos en que es necesaria la fijación de doctrina jurisprudencial. Esta situación se ha debido suplir, hasta ahora, con las medidas organizativas y criterios de sentido común en la dosificación en la administración de los tiempos en la fase de admisión de este tipo de recursos, medida que

¹³ Así, la providencia de 15 de febrero de 2018 (casación 3444/2017) en www.poderjudicial.es.

debería generalizarse en tanto no se produzca, si es que fuera necesaria, alguna previsión legal específica para este tipo de situaciones. También es necesario un tratamiento específico para este tipo de litigios en la fase de sentencia, con el fin de impedir que absorban los medios disponibles, con merma de la celeridad en la producción de jurisprudencia en todos y cada uno de los ámbitos en que resulte necesaria su fijación.

Por otra parte, la relevancia del auto de admisión no debe hacer olvidar que es en la fase de enjuiciamiento cuando el asunto puede ser examinado con todos sus matices, y que son las partes las que proporcionan al Tribunal Supremo los elementos del debate procesal. El planteamiento de los autos de admisión debe encontrar el equilibrio óptimo en el grado de precisión de las cuestiones planteadas, también con el objetivo de no consumir energías y recursos necesariamente limitados. La información o «feed back» que proporcionan las sentencias marcará el camino para conseguir el «ajuste fino» del nuevo recurso de casación, lo que permitirá garantizar la defensa del «*ius constitutionis*» al tiempo que la tutela del «*ius litigatoris*» de las partes.