



Tribuna
La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral **8**



Tribuna
La contribución de los votos particulares de las sentencias del TS **15**

sumario

<p>■ Doctrina</p> <p>La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo Arturo MUÑOZ ARANGUREN</p>	1
<p>■ Tribuna</p> <p>La incorporación a los estatutos sociales de la cláusula arbitral: notas sobre la constitucionalidad del sistema José Carlos PÉREZ BERENGENA</p>	8
<p>La contribución de los votos particulares de las sentencias del Tribunal Supremo en el desenvolvimiento de la doctrina jurisprudencial Raquel GUILLÉN CATALÁN</p>	15
<p>■ Jurisprudencia</p> <p>Carecen de aforamiento ante el TS los Fiscales Especiales contra la Corrupción y el Crimen Organizado</p>	18
<p>Fecha de cómputo para reclamar las prestaciones de maternidad y paternidad en supuestos de adopción internacional cuando es necesario el desplazamiento previo al país de origen del menor</p>	19

DOCTRINA

LA LEY 6056/2015

La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo

Arturo MUÑOZ ARANGUREN
Abogado. Socio de Ramón C. Pelayo Abogados

La disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, reforma de manera radical el recurso de casación contencioso-administrativo. Este estudio tiene por objeto determinar cuál es, en rigor, el criterio de admisión de los recursos que instaura la reforma, lo que no es sencillo tras una primera lectura de la norma. El legislador ha optado por adoptar un sistema de admisión sustancialmente discrecional, lo que constituye una importante novedad en el diseño de los recursos de casación en España.

I. INTRODUCCIÓN

En un justamente celebrado trabajo de juventud (1), el profesor CRUZ VILLALÓN acudió a la figura retórica de un imaginario observador imparcial para desentrañar, de la forma más objetiva posible —y dejando al margen el contexto en que fue promulgada la Constitución Española y las diversas ideologías que la alumbraron— cuál era la verdadera estructura territorial que diseñaba nuestra Carta Magna. La figura del «jurista persa» —a su vez inspirada en las *Cartas Persas* (2) de Montesquieu— me parece un instrumento analítico útil, en la medida en que su asepsia nos blindaba —o al menos lo intenta— de los inevitables sesgos ideológicos, doctrinales o simplemente derivados de nuestra experiencia personal, a la hora de examinar por primera vez una norma (3).

Me propongo rescatar en estas líneas la figura del «jurista persa» para examinar la reciente reforma del recurso de casación en el orden contencioso-

administrativo, llevada a cabo mediante la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ (4), que entrará en vigor el 22 de julio de 2016 (5). El objeto de este trabajo es, fundamentalmente, dilucidar cuál es el sistema de admisión del recurso de casación que ha consagrado la indicada reforma. Porque ya adelanto que no es fácil.

De forma esquemática, puede decirse que los criterios legales de admisión de recursos de casación suelen tradicionalmente clasificarse en tres grupos: el discrecional (del que el «certiorari» norteamericano es la referencia más conocida); el reglado (en el que el Tribunal Casacional carece de potestad para decidir qué recursos debe admitir, ya que ello le viene impuesto normativamente por el legislador de forma expresa, sin recurrir a conceptos jurídicos indeterminados que concedan al órgano judicial un margen de discrecionalidad); y el mixto, que contempla una serie de supuestos reglados, pero que se remiten a conceptos jurídicos indeterminados,



Audiencia Provincial
la sentencia del día
Ejercicio de la acción civil de indemnización de daños y perjuicios contra los administradores de la concursada
Ponente: Pañeda Usunariz, Francisco José **14**

OPINIÓN

La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), llevada a cabo mediante la Ley Orgánica 7/2015, supone un giro copernicano en la fijación de los criterios de admisión del recurso de casación del orden contencioso-administrativo. Con una dicción confusa y, en algunos casos, contradictoria, los nuevos artículos de la LJCA que regulan la casación consagran un sistema de admisión básicamente discrecional, que permitirá a la Sala Tercera admitir libremente los recursos que estime, en cada momento, oportuno. Al no definirse normativamente el novedoso concepto de «interés casacional objetivo», se allana el camino para que el Tribunal Supremo lo modele a su antojo. La nueva regulación del recurso de casación se inspira, de forma indisimulada, en el Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ, siguiendo fielmente las sugerencias allí contenidas. Cabe preguntarse si éste era el momento idóneo para acometer una reforma de ese calado, cuando el número de recursos pendientes de resolución ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo ha disminuido sustancialmente en los últimos años.

lo que otorga una cierta dosis de discrecionalidad al tribunal a la hora de admitir los recursos (6).

II. LA INDAGACIÓN DEL JURISTA PERSA

1. Supongamos que en un rincón de Persia habita un jurista que carece de cualquier tipo de información acerca de España, pero por una misteriosa razón desea conocer el criterio de admisión de asuntos del recurso de casación contencioso-administrativo en nuestro país. Para ello, no se le ocurre cosa mejor que procurarse un ejemplar de la Ley de la Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, adaptada a la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 7/2015. Con el fin de no desviarse en exceso de su designio, dejará al margen de su análisis el régimen de los recursos de casación contra los autos.

Tras una atenta lectura de los nuevos arts. 87 a 93 de la LJCA, lo primero que llamará la atención de nuestro hispanista es la dificultad de precisar, aunque sea nominalmente, cuál es el nuevo régimen de admisión de los recursos de casación.

Tampoco la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2015 le servirá de mucha ayuda pues, cuando se refiere a la reforma del recurso de casación, tan solo afirma lo que sigue:

«En este ámbito, y con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos, la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés

casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión. El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo.»

2. También le sorprenderá la falta de una definición normativa del concepto de «interés casacional objetivo», a pesar de ser la clave de bóveda del nuevo diseño del recurso de casación contencioso-administrativo. En búsqueda de pistas sobre la intención del legislador español, nuestro observador oriental acude al concepto de interés casacional de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Allí descubre que, en su artículo 477.3, se define este concepto de la siguiente forma: «[s]e considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido».

Aunque pronto descubrirá que esta definición no le será de mucha ayuda, se pregunta en qué medida con la utilización del término «objetivo» se ha pretendido enfatizar el carácter nomofiláctico de la casación contencioso-administrativo, por oposición a su precedente civil, quizá orientado —deduce nuestro observador— a la defensa del *ius litigatoris*. Ahora bien, por muchas veces

que relea la LEC, el jurista persa no aprecia en el concepto de interés casacional contenido en dicha norma el menor rasgo de «subjetividad»; al contrario, le parece un supuesto clásico de modalidad de casación destinada a uniformizar la jurisprudencia y a depurar la interpretación de las normas legales (nomofilaquia).

3. Volviendo a la LJCA, nuestro investigador constata que el art. 88, en sus apartados 2 y 3, recoge una serie de supuestos en los que dicho recurso «podrá» ser admitido y otros en los que se «presume» la existencia de interés casacional objetivo, lo que apuntaría a un sistema de admisión reglado. Ahora bien, el hecho de que, en un caso, se indique que la admisión es puramente potestativa y, en otro, se hable de simples «presunciones» (sin mayor precisión a cuanto a si pueden ser desvirtuadas), parece aproximar el nuevo recurso de casación a un sistema discrecional. Es más, en tres (en realidad, cuatro, como a continuación comprobaremos) de los cinco supuestos tasados de presunción favorable a su admisibilidad, la propia LJCA faculta al TS para inadmitir los recursos interpuestos a su amparo, justificando, precisamente, su carencia manifiesta de interés casacional objetivo.

En todo caso, nuestro ayudante constatará que, para acceder al recurso de casación, la sentencia deberá: i) ser «susceptible» de tal recurso de conformidad con el art. 86.1 LJCA (7); ii) revestir «interés casacional objetivo» en los términos señalados en el art. 88 LJCA; y iii), por último, tratándose de sentencias dictadas por un TSJ, será preciso además que el recurso se funde en la infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora (art. 86.3 LJCA).

4. La confusión de nuestro observador aumentará de grado cuando compruebe que la rela-

ción de supuestos en los que el TS *podrá* apreciar la existencia de interés casacional objetivo no es exhaustiva («entre otras circunstancias» dice el nuevo art. 88.2 LJCA), lo que permitirá a los magistrados ampliar *discrecionalmente* los supuestos relacionados por la LJCA. Se preguntará entonces nuestro jurista por qué el legislador español ha optado por insertar en la norma meros ejemplos hipotéticos, sin valor vinculante para su interprete. Porque, de un lado, aun cuando concurra alguno de los supuestos expresamente recogidas en el art. 88.2 LJCA podrá el TS, libremente, no admitir el recurso. Y, en sentido contrario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS podrá entender concurrente ese interés casacional objetivo —que habilitará su admisión— de forma discrecional (la norma no define en qué consiste, ni siquiera de forma aproximada), sin limitación aparente alguna.

Ahora bien, el jurista persa, inicialmente convencido de que el listado incluido en el art. 88.2 LJCA no es exhaustivo, empieza a dudar cuando, un solo precepto más adelante, en el art. 89.2 f), el legislador incluye, entre los requisitos del escrito de preparación del recurso de casación, la necesidad de «fundamentar con singular referencia al caso, que concurren *alguna o algunos de los supuestos* que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo anterior, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo». Luego —piensa ahora para sí nuestro observador— parecería que estamos ante un sistema de *numerus clausus*.

5. El análisis del apartado 3.º del art. 88 LJCA también le resultará dificultoso. Es cierto que se establece una presunción de admisibilidad para una serie de casos, pero en más de la mitad de ellos el TS puede —de forma motivada, eso sí— concluir que carecen de interés casacional objetivo y proceder a su inadmisión.

Yendo al núcleo de la nueva regulación, constata que no se dice de forma terminante en el art. 88.3 que en tales supuestos habrá de admitirse el recurso de casación, sino que se fija una «presunción» legal cuya alcance la norma no aclara. Nuestro investigador se plantea si la utilización de la fórmula de la «presunción» —en vez de, por ejemplo, limitarse la LJCA a señalar que determinados asuntos serían recurribles *tout court*— no querrá indiciar que la misma podría ser desvirtuada por el propio Tribunal, pues solo a él le competirá definir qué se entiende en cada momento por interés casacional objetivo, dado que la norma no define tal concepto jurídico. No, al menos, de forma directa, salvo que, de forma fragmentaria, tal definición pudiera extraerse de un análisis holístico de los supuestos relacionados en los apartados 2 y 3 del art. 88 LJCA.

Por su parte, el art. 90. 3 b) dispone que, en los supuestos en los que el interés casacional objetivo se presume, «la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificarán que concurren las salvedades que en aquél se establecen». Pues bien, esa salvedad es —concluye nuestro investigador— única: la carencia manifiesta de interés casacional o, por usar la terminología del apartado c), la falta de «trascendencia suficiente». Luego cuatro de las cinco presunciones legales pueden ser desvirtuadas por el TS. Todas menos la recogida en el apartado b), que se refiere a las resoluciones que se aparten deliberadamente de la jurisprudencia del TS por reputarla errónea.

Por ello, si se interpreta que la presunción legal del art. 88. 3 LJCA es *iuris et de iure* —lo que parece deducirse de los taxativos términos de la lacónica Expositivo de Motivos de la Ley que reforma el recurso de casación, cuando señala que, concurriendo la premisa sobre la que se sustenta la presunción legal, el Tribunal «deberá admitir» el recurso—, nuestro observador concluirá que nos encontramos, en realidad, ante un sistema eminentemente discrecional, bajo la apariencia de un sistema de admisión parcialmente reglado. Y, en el supuesto de que se considere vencible la presunción del art. 88. 3 LJCA, ante un sistema puramente discrecional.

6. Otro dato que no le pasa desapercibido a nuestro ayudante es que en la versión de la Ley anterior a la reforma, en la modalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina —asimilable *grosso modo* al interés casacional (8)— se identificaban con claridad como «recurribles» las sentencias de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en única instancia «cuando la contradicción se produzca con sentencias del Tribunal Supremo [...]» (art. 96.2). Nuestro investigador persa deduce que el Parlamento español ha querido, al establecer un novedoso sistema de «presunciones» y despojar a la LJCA de certidumbres, algo más que utilizar una terminología diferente.

7. De la lectura del nuevo texto legal, a nuestro jurista le llama la atención poderosamente el hecho de que la infracción de la jurisprudencia del TS no se repute, en principio, suficiente para fundar el recurso de casación. Si una de las dos funciones casacionales mencionadas en la Exposición de Motivos es la uniformadora, no deja de parecerle paradójica esta omisión (9). De un lado, toma nota de que sí se mencionan expresamente como casos susceptibles de suscitar interés casacional objetivo la conculcación de la jurisprudencia del TJUE y la del TC español. De otro, constata que, en lo que se refiere a la jurisprudencia en sentido estricto —esto es, la del TS—, se presume la existencia de tal interés tan solo si la resolución recurrida «se

apart[a] deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea». Es decir, se dejan al margen los supuestos más comunes de ignorancia o indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial por el tribunal *a quo*, para reducir la presunción a un apartamiento consciente por parte del tribunal de instancia. Nuestro observador deduce que el legislador ha querido otorgar un trato diferenciado a la jurisprudencia de esos tres tribunales; y le sorprende en grado sumo que el art. 92.3 a) LJCA, al regular el contenido del escrito de interposición del recurso de casación, de forma incongruente, tan solo se refiera, precisamente, a la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

8. Otra idea brota de la lectura de la LJCA. Todo el diseño legal parece orientado a buscar casos que presenten ese interés casacional objetivo que permita «la formación de jurisprudencia». Nuestro ayudante siempre ha pensado que la jurisprudencia no se crea artificialmente mediante resoluciones judiciales abstractas, sino que surge espontáneamente de la resolución de los concretos recursos de casación. Son las razones de decidir de esos casos las que, reiteradas en el tiempo, conforman la doctrina jurisprudencial, pues en otro caso parecía que se atribuye al tribunal un poder normativo del que constitucionalmente carece.

9. Finalmente, nuestro observador, desviándose por un momento de objeto de su investigación, toma nota de que, con el nuevo modelo del recurso de casación, no es posible cuestionar —aunque sea excepcionalmente— la valoración de la prueba efectuada en la instancia. Es cierto que el art. 88 LJCA señala que podrá sustentar el recurso de casación la infracción de normas sustantivas o procesales, pero le parece evidente que una concreta infracción manifiesta de las reglas legales de valoración de un medio de prueba no es una cuestión que, en principio, parezca revestida de interés casacional objetivo, pues difícilmente podrá fijarse en estos casos una doctrina jurisprudencial extrapolable a otros casos. Si, por ejemplo, se ha valorado irracionalmente un dictamen pericial por el tribunal *a quo* —barrunta nuestro hispanista—, no parece que sea posible casar la sentencia con base en una doctrina abstracta sobre cómo debe valorarse este concreto medio de prueba.

III. OCHO TESIS PROVISIONALES SOBRE EL NUEVO DISEÑO LEGAL DE LOS CRITERIOS DE ADMISIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO.

Abandonando en este punto a nuestro ilustre acompañante oriental, creo que se pueden establecer ya una serie de conclusiones —ne-

cesariamente tentativas— sobre los nuevos criterios de admisión del recurso de casación contencioso-administrativo que —lo adelantando— pretenden ser más descriptivas que valorativas:

1. Nos encontramos ante un cambio radical en cuanto a los criterios de admisibilidad. Aunque a primera vista la nueva redacción de la LJCA sea engañosa, hemos pasado de forma solapada de un sistema reglado (vinculado a la cuantía del asunto y a la existencia de pronunciamientos contradictorios en la instancia o contrarios a la jurisprudencia del TS) a uno *eminente* *discrecional*. Sorprende que este giro copernicano se haya dado en un momento en el que la Sala Tercera, gracias al denominado «plan de actualización», resuelve los recursos de casación sin excesivas demoras —el tradicional problema de los sistemas de admisión reglados (10)—. En efecto, en los últimos años se ha conseguido rebajar —con el esfuerzo de los magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo— la carga de trabajo de manera muy notable (se ha pasado de 11.272 asuntos pendientes a finales de 2011, a 6.475 a finales de 2013 —y en eso sin descontar, dentro de estos últimos, los suspendidos por pendencia de cuestión de inconstitucionalidad o prejudicial—).

Se concede un extraordinario ámbito de discrecionalidad a la Sala Tercera del Supremo en la admisión de los recursos de casación

Ahora bien, es importante hacer notar que los propios magistrados de la Sala Tercera habían abogado recientemente por una reforma en la línea finalmente acogida por el legislador (11). En el «Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ» se rechazó el modelo casacional propuesto entonces por el pre-legislador y se propuso uno alternativo, hasta el punto de sugerir incluso el tenor literal de esos eventuales nuevos preceptos de la LJCA, que la Ley Orgánica 7/2015 han reproducido de forma casi mimética. No es éste el momento de valorar hasta qué punto es razonable que desde el Poder Judicial se proponga al Legislativo la redacción *literal* de los preceptos que regularían la admisión de los recursos por parte del Tribunal Supremo. Y que el legislador,

dócilmente, reforme la LJCA incorporando casi en su literalidad dichas sugerencias.

2. Existe una cierta descoordinación entre los artículos que regulan los criterios de admisibilidad del recurso y los que se refieren al modo en que deben elaborarse los escritos de preparación e interposición del recurso de casación, conforme a lo ya expuesto.

3. La deficiente técnica legislativa también genera dudas sobre si la relación de supuestos contemplada en el art. 88.2 LJCA es o no abierta. Me inclino por sostener que sí lo es —a pesar de la innegable antinomia existente entre este precepto y el art. 89.2 f)—, por dos razones fundamentales: porque el artículo que regula directamente esta cuestión —*lex specialis*— así lo indica (no tendría sentido, en caso contrario, el inciso «entre otros supuestos (12)» que precede al listado de casos en el art. 88.2); y, porque, en caso contrario, uno de los supuestos arquetípicos que sirven para unificar la jurisprudencia —finalidad expresamente mencionada en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2015—, como es la infracción (por indebida aplicación no deliberada) de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, quedaría fuera del nuevo recurso de casación. Dada esta confesada intención del *mens legislatoris*, la interpretación teleológica de la norma milita a favor de considerar como no exhaustivo el listado del art. 88.2.

De esta forma, —y desde una interpretación sistemática— el apartado 1.º del art. 88 debe entenderse como independiente de los dos subsiguientes, de manera que cuando dispone que «[e]l recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia» está estableciendo una cláusula de *textura abierta*. Cláusula —similar a la fórmula alemana de la «importancia fundamental» («grundsätzliche Bedeutung») — que permitirá al TS apreciar *discrecionalmente* que un caso reviste interés casacional objetivo, aun cuando no aparezca expresamente previsto en el elenco de supuestos mencionados en los apartados 2 y 3 del mismo precepto.

4. Las dificultades interpretativas de la nueva dicción de la LJCA no acaban aquí. No es en absoluto claro si, en los supuestos relacionados en el art. 88.3, el Tribunal Supremo está obligado a admitir en todo caso los recursos de casación preparados. La utilización del novedoso canon de «presunción», cuya naturaleza no se aclara, suscita dudas legítimas sobre la posibilidad de que la Sala Tercera, a pesar de enfrentarse a alguno de

los supuestos recogidos en el indicado precepto, pueda inadmitir el recurso si concluye que carece de un genuino interés casacional objetivo (13).

Admitiendo las dudas interpretativas que genera la nueva regulación del recurso de casación, creo que el legislador ha querido establecer una presunción *iuris et de iure* (14).

Dicho de forma sintética, entiendo que abonan esta interpretación los siguientes razonamientos: (i) La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/2015 —esto es, la interpretación *auténtica* de la norma— señala que el recurso «deberá ser admitido en determinados supuestos»; (ii) el art. 90.3 b) LJCA dispone que «[e]n los supuestos del apartado 3 del artículo 88, en los que se presume la existencia de interés casacional objetivo, la inadmisión se acordará por auto motivado en el que se justificará que concurren *las salvedades que en aquél se establecen*» (luego si es preciso fundamentar la inadmisión en la concurrencia de algunas de las «salvedades» señaladas en la propia norma, no parece que sea posible que el TS funde la inadmisión en consideraciones diferentes); (iii) por reducción al absurdo, si el TS fuera libre en cualquier caso para inadmitir el recurso —aun concurriendo el supuesto al que la LJCA otorga la presunción de interés casacional objetivo—, el legislador no se hubiera tomado la molestia de precisar que, en el caso de los apartados a), d) y e), el recurso podrá ser inadmitido de forma motivada si concurre la salvedad indicada (lo que, *a sensu contrario* significa que, en los supuestos contemplados en el resto de apartados, el TS no goza de tal facultad); (iv) se trata de una presunción legal de contenido jurídico, de forma que la propia enunciación concreta contiene ya, en sí misma, una valoración jurídica predeterminada por parte del legislador (15).

Por tanto, nos encontraríamos ante una presunción *absoluta*, que «instaura una consecuencia jurídica determinada sobre la base de un razonamiento presuntivo que se supone ha sido formulado por el legislador (16)». La nota distintiva de este tipo de presunciones es que son formuladas por la norma en un «lenguaje presuntivo», pero la manera en la operan es sustancialmente la misma: son normas jurídicas que anudan una consecuencia jurídica a un determinado supuesto (17).

En sentido contrario, debe reiterarse que el legislador se ha inspirado indisimuladamente en la propuesta formulada por el «Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ», de 3 de junio de 2014. Y allí se decía lo siguiente:

«En cambio, para los del segundo [se refiere a los casos en los que el interés casacional se presume] dichas decisiones habrían de revestir forma de auto motivado, fundado en la apreciación razonada de que el asunto, en el caso concreto de que se trata y pese a su inclusión en ese otro gran grupo, carece en realidad de toda relevancia social, económica o jurídica».

Es decir, en la propuesta del Informe —lo que permite conjeturar que ésta será la línea que seguirá el TS al interpretar el nuevo art. 88 LJCA— se preveía un doble sistema de supuestos, pero siempre partiendo de la premisa de que la Sala de lo Contencioso-Administrativo, en todo caso, estaba facultada para inadmitir los recursos de casación si entendía que, a pesar concurrir alguno de los supuestos plasmados en la LJCA, carecía de verdadero interés casacional. Los primeros permitirían a la Sala Tercera inadmitir el recurso sin motivar la razón; los segundos —en los que la existencia de interés casacional se presume— también permitirían al TS inadmitir a trámite los recursos preparados a su amparo, si bien con la necesidad de motivar tal decisión.

Ahora bien, resulta que el nuevo art. 88.3 LJCA, a diferencia del texto propuesto en el indicado Informe, no prevé la posibilidad de inadmitir todos los supuestos relacionados en ese apartado. Esta diferencia no me parece intrascendente, máxime cuando la disposición final tercera de la Ley Orgánica 7/2015 ha acogido casi en su integridad el tenor literal de la redacción de los preceptos sugerida en el Informe. Da la impresión de que, en este punto concreto, el legislador ha decidido apartarse del modelo propuesto por Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, aunque esta interpretación —lo admito— dista de ser concluyente.

No obstante lo anterior, la opción por una u otra interpretación del art. 88.3 LJCA tiene, si estoy en lo cierto, una importancia relativa. La posibilidad de inadmitir los recursos cuando el TS aprecie, a pesar de concurrir el supuesto favorecido por la presunción, la carencia manifiesta de intereses casacional objetivo —posibilidad de la que solo se excluye el apartado b) del art. 88— conduce, en la práctica, a un resultado similar, salvo en el caso de sentencias de instancia que se aparten de la jurisprudencia por considerarla errónea.

5. Se concede un extraordinario ámbito de discrecionalidad a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la admisión de los recursos de casación, al ser el «interés casacional objetivo» un concepto jurídico de máxima indeterminación normativa. Es obvio que esta conclusión está en parte condicionada por el planteamiento asumido



en las conclusiones precedentes, pues si se considera que la enumeración del art. 88.2 LJCA no es un *numerus apertus*, el ámbito de discrecionalidad del TS sería mucho más reducido. En la interpretación que aquí se defiende, el legislador deja en manos de la Sala Tercera no solo la fijación del contenido material del interés casacional objetivo, sino incluso su *definición formal*. (18) Lo que, por utilizar la expresión del magistrado Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, provocará una indeterminación *carrolliana*, ya que su significación será la que, en cada momento, la Sección de admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS quiera atribuirle (19).

En lo que se refiere a los supuestos del apartado 3 del art. 88 LJCA, ya hemos justificado por qué, con independencia de la interpretación que se haga del mismo, se concede a la Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo encargada de la admisión de los recursos de casación (art. 90 LJCA) una enorme libertad a la hora de identificar y aplicar el concepto de interés casacional objetivo.

Nótese que, en ambos casos (apartados 2 y 3 del art. 88), ante la falta de claridad de la norma y sus contradicciones manifiestas, el Tribunal Supremo podrá optar legítimamente por cualquiera de las interpretaciones apuntadas —hay buenas razones que permiten sostener todas ellas—, lo que nuevamente refuerza la tesis de que, deliberadamente o no, se ha acabado por atribuir al Alto Tribunal la delimitación del concepto de interés casacional objetivo e incluso la determinación del grado de discrecionalidad en la admisión de los recursos de casación.

Trazando un símil, si en el trabajo que inspira este estudio CRUZ VILLALÓN concluía que

nuestra Constitución había «operado una desconstitucionalización de la estructura del Estado» —dejando su diseño en manos del legislador ordinario—, podemos decir que la reforma de la LJCA ha «desnormativizado» en buena medida el concepto de interés casacional (en comparación con su equivalente aproximado anterior a la reforma: la modalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina), dejando su definición y alcance en manos de la Sala Tercera.

6. Se ha desechado por el legislador considerar la indebida aplicación de la jurisprudencia de la Sala Tercera, cuando no se produce de forma consciente, como un supuesto que hace presumir la existencia de interés casacional objetivo. Tampoco se recoge entre los supuestos, enunciados a título meramente ejemplificativo, en los que el Tribunal Supremo podrá apreciar la existencia de tal interés. Si bien creemos que el nuevo art. 88.2 LJCA permitirá al Alto Tribunal admitir recursos de casación fundados en esta ignorancia o defectuosa aplicación de la jurisprudencia —aun admitiendo que se trata de una cuestión dudosa—, no parece justificable otorgar a ésta un trato menos favorable que a la doctrina jurisprudencial del TC o del TJUE. Si de lo que se trata es, por decirlo con HABERMAS (20), de hacer frente a la «crisis de la jurisprudencia» motivada por su falta de predictibilidad o indeterminación, la infracción de la jurisprudencia del TS (ya sea por indebida aplicación o por omisión involuntaria) por parte de los tribunales de instancia debe seguir teniendo acceso —y preeminente— a la casación.

Esta omisión es todavía más llamativa cuando apenas un año antes se aprobó un Anteproyecto de reforma de la LOPJ que pretendía —de una forma un tanto extra-

vagante— otorgar a la jurisprudencia valor vinculante. (21)

Debe subrayarse, además, que al no aplicarse en nuestro Derecho la técnica del precedente característica del *Common Law*, los jueces se hallan exclusivamente vinculados al imperio de la Ley, de manera que la única forma efectiva de garantizar la uniformidad en la interpretación de las normas y en la aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo por parte de sus inferiores jerárquicos es, precisamente, posibilitando el acceso a la casación de los pronunciamientos de instancia que aplican indebidamente esa jurisprudencia.

7. Dejando al margen por un momento la regulación de los criterios de admisión de asuntos, creo importante resaltar que la valoración de la prueba queda aparentemente al margen del nuevo recurso de casación, de forma que *las conclusiones fácticas de instancia, aun cuando fueran manifiestamente irrazonables, permanecerán incólumes*. Este dato es especialmente relevante en tanto en cuanto en la jurisdicción contenciosa es mucho más frecuente que en la civil el dictado de sentencias en única instancia. En este supuesto, parece que al litigante perjudicado no le quedará otra salida que acudir a dos instrumentos que se han demostrado en la práctica claramente insuficientes para remediar este tipo de errores (22): el incidente excepcional de nulidad de actuaciones ante el propio Juzgado o Tribunal que dictó la Sentencia; y, en último término, el recurso de amparo. En este último caso, además, al no constituir la infracción de las normas que regulan la valoración de la prueba un supuesto al que el Tribunal Constitucional haya reconocido «especial trascendencia constitucional» tras la reforma de la LOTC de 2007, se trata de una vía condenada de antemano al fracaso. Creo que no es excesivo concluir que, con la Ley Orgánica 7/2015, ha desaparecido uno de los mecanismos más efectivos para combatir la arbitrariedad judicial en el orden contencioso-administrativo. Lo que evidencia la pérdida de importancia del *ius litigatoris* en el nuevo diseño casacional.

8. La experiencia de lo ocurrido en los últimos años con los criterios de admisión del recurso de casación civil y del recurso de amparo nos permite hacer algunas conje-

turas sobre el devenir del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo. Por lo que se refiere al recurso de casación civil, como es sabido, cuando se trata de procedimientos tramitados *ratione materiae* o de cuantía inferior a los 600.000 euros, cabe la interposición del recurso si presenta interés casacional (art. 477 LEC). A pesar de aparecer este concepto definido en la propia LEC —a diferencia del interés casacional objetivo de la LJCA—, y de no ser indeterminado (23), en la práctica funciona como un sistema discrecional, en el que la Sala Primera escoge los asuntos de forma más o menos libérrima (24). Además, la Sala Primera ha adoptado dos polémicos Acuerdos —el de 12 de diciembre de 2000 y el de 30 de diciembre de 2011— que, al margen de otras consideraciones que no vienen al caso, tienen una orientación marcadamente restrictiva en cuanto a la admisibilidad de los recursos de casación. A la vista de que el primero de ellos fue expresamente validado por el Tribunal Constitucional (*vid.*, entre otras, la STC 108/2003) —en contra del parecer casi unánime de la doctrina (25)—, no sería extraño que la Sala Tercera procediera a adoptar también un acuerdo similar (26).

Un examen de la jurisprudencia civil reciente dictada bajo esta modalidad del recurso de casación permite comprobar que, a menudo, se unifican por el TS criterios sobre cuestiones menores, muy concentradas, por ejemplo, en el Derecho de familia, el de propiedad horizontal y el de arrendamientos urbanos (27).

Por lo que se refiere al recurso de amparo, desde la reforma de 2007 el Tribunal Constitucional actúa, a la hora de admitir las demandas, con enorme discrecionalidad (28). Es un secreto a voces que los propios criterios fijados por su jurisprudencia (STC 155/2009, de 25 de junio) para apreciar la existencia de «especial trascendencia constitucional» son, a menudo, obviados por el TC. (29) Como se ha señalado con acierto, «el modelo de acceso al amparo constitucional se ha convertido en una auténtica carrera de obstáculos en la que, por regla general, uno acaba cayéndose; y, lo que es peor, *sin saber por qué* [...] [l]a cuestión es que el listado de indicadores es, a su vez, lo suficientemente ambiguo como para que no se sepa, con cierta probabilidad *ex ante*, en

qué casos la expectativa de obtener la admisión sería razonable y en qué casos no (30)».

La sensación es que el Tribunal goza de una discrecionalidad absoluta sobre qué tipo de recursos de amparo (apenas un 1% de los interpuestos, según la Memoria del propio TC correspondiente al año 2014) admite cada año. Por lo demás, como el propio TC ha puntualizado, se trata de una relación abierta, que no puede ser entendida como «un elenco definitivamente cerrado de casos en los que un recurso de amparo tiene especial trascendencia constitucional, pues a tal entendimiento se opone, lógicamente, el carácter dinámico del ejercicio de nuestra jurisdicción, en cuyo desempeño no puede descartarse a partir de la casuística que se presente la necesidad de perfilar o depurar conceptos, redefinir supuestos contemplados, añadir otros nuevos o excluir alguno inicialmente incluido» (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2).

Desde el punto de vista de la previsibilidad, en ambos casos, la incertidumbre de los litigantes es, a día de hoy, máxima. No es posible conocer *ex ante*, con un mínimo razonable de seguridad, qué recursos de casación civil (en la modalidad de interés casacional) o de amparo serán admitidos. Lo que es especialmente significativo en el caso de la casación civil, pues al menos formalmente se configura como un sistema reglado.

Naturalmente, esta experiencia no implica que el acceso al recurso de casación contencioso-administrativo recientemente reformado vaya a seguir por los mismos derroteros. Ello dependerá, en buena medida, del criterio mayoritario de los magistrados de la Sala Tercera. Una incógnita a día de hoy (31). Pero parece difícil que el devenir sea otro cuando los nuevos criterios de admisión —a pesar de lo alambicado del régimen instaurado por la reforma legislativa analizada— apuntan hacia un sistema sustancialmente discrecional más o menos enmascarado (32). Quizá hubiera sido más sencillo para el legislador —y más sincero— afirmar abiertamente su novedoso carácter discrecional.

En cualquier caso, conviene que seamos conscientes de la importancia del cambio operado por la Ley Orgánica 7/2015. No estamos ante la enésima reforma legislativa puramente cosmética. ■

NOTAS

(1) CRUZ VILLALÓN, P., «La estructura del Estado, o la curiosidad del jurista persa», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. monográfico 4, 1981, págs. 53-63.

(2) Alianza Editorial, Madrid, trad. José Marchena, 2000.

(3) Este método analítico ha sido utilizado también por otros autores. Cfr. PULIDO QUECEDO, M., «La curiosidad del jurista persa», *Diario El País*, 23 de diciembre de 2000; VIVER I PI-SUNYER, C., «Soberanía, autonomía, interés general... y el retorno del jurista persa», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 25, 1989, págs. 77-104; TREJO OSORNIO, L.A., *El jurista persa visita México. Las tensiones entre las jurisdicciones federal y local*, Serie Temas selectos de Derecho

Electoral, Impresora y Encuadernadora Progreso, S.A. de C. V, México, núm. 42, 2014. Vid. también ACKERMAN, B., «¿Somos una nación?» en *La Constitución viviente*, Marcial Pons, Madrid, 2011, págs. 16-39.

(4) Como apunta GASCÓN INCHAUSTI, F., «ya estamos lamentablemente acostumbrados a que los títulos y propósitos de las leyes poco o nada tenga que ver con su contenido y con su eficacia

real.», «Los recursos en el proceso civil tras la Ley de Medidas de Agilización procesal», Revista OTROSÍ (5.ª Época), núm. 10, abril-junio, 2012, pág. 32. En este caso, la reforma del recurso de casación de la jurisdicción contencioso-administrativa tampoco figura en título de la Ley que opera tan importante modificación. Se despacha la reforma integral de la casación por medio de una disposición final (la tercera), agazapada entre otras reformas procesales — también ajenas a la LOPJ— de calado acometidas de la misma manera.

(5) La Ley Orgánica 7/2015 entrará en vigor el día 1 de octubre de 2015, excepto los apartados uno, dos (que son los que reforman el recurso de casación) y cinco de la disposición final tercera, que lo harán al año de su publicación. Los apartados uno y dos entrarán en vigor, consecuentemente, el 22 de julio de 2016.

(6) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La admisión discrecional de asuntos por el Tribunal Supremo», Revista de Jurisprudencia, núm. 1, 2015, págs. 1-7.

(7) «Las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y las dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. En el caso de las sentencias dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, únicamente serán susceptibles de recurso las sentencias que contengan doctrina que se reputa gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos».

(8) Aunque no se trata, en puridad, de modalidades de casación idénticas. Cfr. ORTELLS RAMOS, M., «La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”», en Los recursos ante los Tribunales Supremos en Europa / Appeals to Supreme Courts in Europe. Coloquio de Gandía y Valencia, 6, 7, y 8 de noviembre de 2008 (Madrid, Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008).

(9) Sobre las indudables conexiones entre la función nomofiláctica y la uniformadora de la casación, cfr. GUTIÉRREZ BERLINCHEA, A., «Los recursos ordinarios y extraordinarios» en Los procesos declarativos de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Problemas actuales, soluciones jurisprudenciales y propuestas de reforma a los diez años de su vigencia, VVAA (Coord: BANACLOCHE PALAO, J.), Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 432. Sobre esta cuestión —y cualquier otra relativa al instituto de la casación—, vid. Piero CALAMANDREI, La casación civil, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, trad. Sentís Melendo, Tomo II, 1945, págs. 101 y ss.

(10) XIOL RÍOS, J.A., SALA SÁNCHEZ, P., FERNÁNDEZ MONTALVO, R., Práctica procesal contencioso administrativa, t. VI, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 155.

(11) Pretensión que no era nueva dentro de la alta magistratura. XIOL RÍOS et al, ob. cit. pág. 156.

(12) Inciso que, significativamente, no aparecía en el texto propuesto por el «Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ» y asumido —como ya hemos indicado— casi en su totalidad por la Ley Orgánica 7/2015.

(13) El hecho de que se interprete que el nuevo art. 88.1 LJCA permite al TS admitir cualquier asunto cuando discrecionalmente aprecia la existencia de interés casacional objetivo no impide, obviamente, la posibilidad de que el legislador hubiera previsto unos supuestos específicos en los que el Alto Tribunal estuviera obligado a hacerlo, con independencia de su criterio.

(14) Cfr., en el mismo sentido, LOZANO CUTANDA, B., «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», Diario LA LEY núm. 8599, 7 de septiembre de 2015, pág. 7 (versión digital).

(15) Es cierto, por ejemplo, que la regla 10 de las Rules of the Supreme Court (EEUU) también contiene una serie de supuestos que enuncia de manera ejemplificativa. Pero nótese que, antes de enunciarlos, esa misma norma proclama que la admisión del recurso «no es un derecho» del litigante, sino una cuestión de pura «discrecionalidad» del Tribunal, así como que tales supuestos en modo alguno limitarán ni condicionarán las facultades decisorias —en materia de admisión— del Alto Tribunal. Para un análisis en español de la figura del certiorari norteamericano, cfr. AHUMADA RUIZ, M.ª A., «Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos», Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 41, mayo-agosto 1994, págs. 898-136.

(16) GAMA LEYVA, R., «Concepciones y tipología de las presunciones en el Derecho Continental», Revista de Estudios de la Justicia, núm. 19, 2013, pág. 79.

(17) GAMA LEYVA, R., ob. cit., pág. 77. Por ello se dice que, en rigor, las presunciones absolutas no son verdaderas presunciones, sino normas, prescripciones o mandatos legislativos.

(18) No es ocioso hacer constar que en el «Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ» se sugería la fijación por el legislador de un «umbral mínimo del interés casacional, en el que se defina éste...» La Ley Orgánica 7/2015, a pesar de tomar como referencia las propuestas de este Informe, ha omitido incluir en la norma definición alguna del concepto de «interés casacional objetivo.» En la doctrina, se ha definido el interés casacional como «aquél que trasciende al de las partes, por tanto, más allá del ius litigatoris, y que justifica la recurribilidad en casación de una determinada sentencia. En ese sentido, es el criterio o los criterios de política legislativa que establece el legislador para acceder al recurso de casación.», BLASCO GASCÓ, F., El interés casacional, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pág. 36.

(19) Tercero en discordia, Trotta, Madrid, 2015, pág. 329. «— Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty con un tono de voz más bien desdenoso— quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos. — La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes. — La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— es saber quién es el que manda... eso es todo.», Lewis Carroll, A través del espejo, Ediciones del Sur, Córdoba (Argentina), 2004, pág. 88.

(20) La necesidad de revisión de la izquierda, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 81. Para HABERMAS, «[...] puede hablarse de una crisis del Derecho si a) puede diagnosticarse una creciente indeterminación interna de la jurisprudencia que, a su vez b) pueda interpretarse como reflejo jurídico

de desarrollos políticos y sociales que resulten irreversibles y c) exija del juez una interpretación constructiva que represente un desarrollo del Derecho sin que d) para tal “ponderación” se disponga de criterios (o de procedimientos de formación de criterios) intersubjetivamente validables y democráticamente legitimados.»

(21) Anteproyecto de 4 de abril de 2014.

(22) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J.M., «Cuando no hay amparo judicial», Diario El Mundo, 20 de mayo de 2015.

(23) El artículo 477.3 LEC, antes transcrito, define con claridad qué debe entenderse por interés casacional. Sin embargo, a tenor del Informe de 3 de junio de 2014, no creo que esta definición vaya a ser seguida por la Sala Tercera. La adición a la anterior locución del adjetivo «objetivo» por parte de la Ley Orgánica 7/2015 no parece que, dogmáticamente, aporte mucho, más allá de dejar constancia de que la reforma legislativa busca potenciar la función nomofiláctica de la casación.

(24) Cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., ob. cit. pág. 3; RAMOS MÉNDEZ, F., «¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?», en El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete, VVAA, Iustel, Madrid, 2007, págs. 129-132; NIETO, A., El malestar de los jueces y el modelo judicial, Trotta, Madrid, 2010, pág. 89.

(25) Para un análisis detallado del posicionamiento de la doctrina en relación a esta cuestión, vid. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, F., «Unificación de doctrina y seguridad jurídica», en El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en Homenaje del Profesor Almagro Nosete, VVAA, Iustel, Madrid, 2007, págs. 279-294.

(26) La Sala de lo Social del TS también ha adoptado recientemente un acuerdo, mucho menos ambicioso, sobre los criterios de admisión del recurso de casación para unificación de doctrina (Acuerdo no jurisdiccional de 11 de febrero de 2015).

(27) Como ha señalado Ignacio DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ en un lúcido ensayo, a la postre, a menudo se unifican «minucias». Ob. cit., pág. 3.

(28) En cuanto a la especial trascendencia constitucional, el art. 50.1.b) LOTC se limita a decir que se apreciará atendiendo «a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Se trataría de un sistema de admisión mixto, es decir, parcialmente reglado. Al menos formalmente, el TC no tiene libertad absoluta para decidir qué demandas de amparo admite, pues el legislador, aunque sea a través de conceptos jurídicos extremadamente elásticos, ha limitado de alguna forma el criterio del Tribunal.

(29) Cfr. GARBERÍ LLOBREGAT, J. «Réquiem por el recurso de amparo constitucional», Diario La Ley, núm. 7088, 2009.

(30) SILVA SÁNCHEZ, J.M.ª, ob. cit.

(31) Aunque el «Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ» da algunas pistas importantes.

(32) A diferencia de los criterios de admisión del recurso de casación en el resto de jurisdicciones, que es de carácter formalmente reglado.