

UNA REFLEXIÓN NECESARIA SOBRE UNA EXPERIENCIA TODAVÍA CORTA

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ
Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Fernández, T.-R. (2018).

Una reflexión necesaria sobre una experiencia todavía corta.

Revista de Administración Pública, 207, 119-124.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.05>

1. En la tarde del 4 de octubre último tuvo lugar en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales un encuentro, que deseamos sea el primero de una larga serie, entre un grupo de magistrados de la Sala 3ª del Tribunal Supremo y otro de catedráticos de Derecho Administrativo, para reflexionar juntos sobre el nuevo y revolucionario recurso de casación introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, que lleva ya dos años funcionando, lo que nos proporciona una primera experiencia y un conjunto de datos que nos permiten arriesgar, con carácter provisional por supuesto, unas primeras y cautelosas conclusiones.

El seminario se desarrolló en un clima muy grato sin formalismo alguno y no creo equivocarme si digo que nos satisfizo a todos y nos supo a poco. Reseño a continuación los participantes en el encuentro. Por la Judicatura, el presidente de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, Luis Mª Díez Picazo, y los siguientes magistrados: Inés Huerta, Rafael Toledano, Isabel Perelló, Jose María del Riego, Celsa Pico, José Antonio Montero, José Luis Requero Ibáñez, Jorge Rodríguez Zapata, Nicolás Maurandi, Wenceslao Olea, Diego Córdoba, Eduardo Calvo, Octavio Herrero, Jesús Cubero, Dimitry Berberoff, Fernando Román. Por la Universidad: Edorta Cobreros, Francisco López Menudo, Juan Santamaría, Luí Martín Rebollo, Joaquín Tornos, Fernando Sáinz Moreno,

Carmen Chinchilla, Rafael Gómez-Ferrer Morant, Germán Fernández Farreres, Tomás Cano, Blanca Lozano, Silvia del Saz, José María Baño, Juan Mestre, Ricardo Alonso y, naturalmente, el director de la revista.

Las ponencias que sirvieron de punto de partida para la discusión las tienen los lectores en la nueva sección, *Debates*, que la revista ha abierto en este número, por lo que lo único que falta por ofrecerles es una breve información sobre lo que allí se dijo.

2. Lo primero que debe resaltarse es la coincidencia general en la opinión con la que la comisión nombrada por el presidente de la Sala 3ª terminó el informe que elevó al Pleno para formular la propuesta que sirvió de base para el diseño legal del nuevo recurso: «[...] sin enfatizar una vez más que sólo con la generalización de la segunda instancia en nuestro orden jurisdiccional, lo que comporta un rediseño de la planta de lo contencioso-administrativo y de las competencias de sus órganos, podrá tener pleno significado esta nueva casación».

Inés Huerta terminó también su ponencia recordándola, y es que, en efecto, el cuadro actual es claramente insatisfactorio por su radical asimetría y por sus notorias insuficiencias. Los asuntos pequeños pueden tener hasta tres oportunidades, en tanto que los más importantes cuentan solo con una instancia y una casación, cuya admisión queda a expensas de una decisión discrecional del Tribunal Supremo. Jorge Rodríguez Zapata, que es el magistrado más antiguo de la Sala 3ª y que cuenta además con la experiencia añadida de haber sido magistrado constitucional, llegó a expresar incluso su inquietud acerca de la conformidad del sistema con el Convenio Europeo, lo que —me permití añadir— es particularmente preocupante en el caso de las faltas y sanciones administrativas, que ocupan en nuestro ordenamiento una extensión desmesurada y que materialmente en nada se diferencian de los delitos y de las penas a los que el convenio garantiza la doble instancia. La práctica eliminación del recurso de amparo a resultas de la exigencia de justificación de su «especial transcendencia constitucional» por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, agrava, sin duda, la situación.

Hubo también coincidencia general a la hora de subrayar la falta de regulación en la Ley Orgánica 7/2015 del recurso de casación autonómico, cuya coincidencia con el estatal es perfectamente posible, lo que, como es obvio, plantea problemas graves, a los que el Auto de 17 de julio de 2017 (casación 127/17), que Inés Huerta recordó en su ponencia, se esforzó en dar alguna respuesta, un esfuerzo sin duda loable que, como es lógico, no hace innecesaria, ni mucho menos, la intervención del legislador.

Tampoco dio lugar a discrepancias de bulto la valoración de las circunstancias enunciadas por el art. 88 en sus apdos. 2 y 3, cuya diferenciación es más que discutible, como destacó en su ponencia J. A. Santamaría, ya que de los cinco supuestos que el apdo. 3 del art. 88 recoge, en los que, en principio, se presume que existe interés casacional objetivo, solo en dos de ellos (el apartamiento deliberado de la jurisprudencia existente y la anulación de una disposición de carácter general) opera realmente tal presunción, ya que en los otros tres el Tribunal puede acordar la inadmisión por auto motivado cuando aprecie que el asunto carece manifiestamente, pese a todo, de interés casacional objetivo.

J. A. Santamaría y yo mismo nos manifestamos muy críticos con la exigencia del apdo. b) del art. 88.3 de que el apartamiento por la sentencia de instancia de la jurisprudencia existente sea deliberado porque el juzgador considere errónea dicha jurisprudencia y ambos afirmamos que en el medio siglo de ejercicio como abogados que llevamos a cuestras jamás habíamos tropezado con una sentencia que hiciera abiertamente tamañas confesiones. Diego Córdoba nos sacó de nuestro error al indicarnos que ellos sí se habían encontrado en seis o siete ocasiones con sentencias de este tipo.

No he visto tales sentencias, pero me supongo que para atreverse sus autores a afirmar sin tapujos que la jurisprudencia existente era errónea y que por eso se apartaban de ella tendría que tratarse de un error manifiesto o bien de una jurisprudencia que hubiere quedado claramente obsoleta por alguna razón particularmente evidente que estuviese más allá de toda discusión.

Sea esto así o no, se convendrá en que el apartamiento deliberado de la jurisprudencia existente por un tribunal inferior es una circunstancia, más que excepcional, excepcionalísima, y que construir sobre ella un supuesto en el que se presume la existencia de un interés casacional objetivo es, amén de innecesario, claramente perturbador. Es innecesario porque la procedencia de la admisión del recurso en estos casos es indiscutible de puro obvia y no es preciso que se subraye expresamente; es perturbador porque da a entender que si el apartamiento no es deliberado, no hay nada que hacer. De hecho, el apartamiento no deliberado de la jurisprudencia existente no podría encajarse en ninguna otra de las restantes circunstancias contempladas en el art. 88, ni siquiera, como se me dijo, en la del apdo. a) del art. 88.2, que tiene unos perfiles propios, mucho más restringidos, como resulta con toda claridad de la jurisprudencia recaída sobre el art. 102.1.b) de la benemérita Ley Jurisdiccional de 1956, que es de donde procede en último término, aunque suavizado, el art. 88.2.a) de la ley vigente.

A todo esto hay que añadir que, teniendo el nuevo recurso de casación la «decidida vocación de erigirse como instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el

objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del ordenamiento» (*sic* en el Auto de 19 de junio de 2017 citado por Inés Huerta) y radicando el interés casacional objetivo en la formación de la jurisprudencia, es obvio que no puede desdeñarse en absoluto la corrección de las eventuales desviaciones de la jurisprudencia existente en las que puedan incurrir los tribunales inferiores, sean estas deliberadas o no, ya que no tendría el más mínimo sentido poner tanto empeño en la elaboración de la jurisprudencia si, una vez bien establecida esta, el Tribunal Supremo se desentendiera de asegurar su efectiva observancia.

La falta de justificación de algunas de las circunstancias incluidas en el art. 88 (así, los apdos. 2.h) y 3.e) y la muy discutible de otros (el apdo. 3.d) también fue resaltada con general aceptación, así como la ausencia, a mi juicio clamorosa, en la nutrida lista contenida en dicho precepto de las sentencias acompañadas de votos particulares. ¿Qué mayor razón puede justificar la intervención del Tribunal Supremo que la de eliminar las diferencias existentes en el seno de un Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional?

En mi opinión, debería de prescindirse de la especificación de circunstancias en las que el Tribunal Supremo puede o debe admitir un recurso de casación. No es en absoluto necesaria para decidir qué recursos tienen realmente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, ya que el propio art. 88.2 admite que puede haber «otras circunstancias» capaces de justificar esa decisión. Y es, incluso, perturbadora porque no ayuda en absoluto a adoptar esta, ya que, a pesar de esa apertura a «otras circunstancias», la existencia de esa lista obliga inevitablemente al justiciable a esforzarse al límite para encajar como sea su impugnación en alguno de los supuestos incluidos en ella y a la Sala de Admisión a refugiarse en la misma para defenderse de la avalancha de impugnaciones.

Si se ha optado por un modelo de casación que descansa en la discrecionalidad del Tribunal Supremo para elegir de qué recursos se ocupa, déjesele que lo haga libremente y otórguese al propio tiempo idéntica libertad al justiciable para intentar convencerle de que merece la pena que elija el suyo. De ese diálogo en libertad irá saliendo paso a paso con toda seguridad una *praxis* mucho más rica que la que va producir la interpretación forzada de las circunstancias contempladas en el art. 88, que a mí se me figura un antipático «tacatá» con el que es muy difícil caminar. No creo exagerar si digo que todo el que ha preparado alguna vez un recurso de casación ha tenido la sensación de que su intento no terminaba de encajar en ninguno de los supuestos incluidos en el art. 88 de la ley, a pesar de tener la profunda y sincera convicción del interés casacional para la formación de jurisprudencia del asunto que tenía entre manos. Yo, desde luego, la he tenido y la tengo.

3. El debate puso de manifiesto, desde luego, la existencia de sensibilidades distintas dentro, incluso, del grupo de magistrados participantes, fruto, por supuesto, del carácter de cada uno, pero también de la experiencia. Me da la impresión de que el paso por la Sección de Admisión tiende a hacer más rigorista a quien de suyo ya lo era y a convertir en rigorista a quien no lo era antes de pasar por ella. Confío, sin embargo, en que la tendencia a esto último no sea irresistible, porque, si realmente lo fuese, sería catastrófico, ya que, más pronto o más tarde, todos los magistrados de la Sala tienen que pasar por esa sección al menos seis meses.

La actitud rigorista enfatiza la función que al nuevo recurso de casación ha atribuido la Ley Orgánica 7/2015 de asegurar la formación de jurisprudencia, lo que tiende a convertir la justicia en un mero subproducto del cumplimiento de esa función. Esto es, sin duda, gravísimo y requiere una reflexión muy seria.

Es obvio que la nueva regulación pone en pie esa tensión entre jurisprudencia y justicia. Justamente por eso al diseñar el seminario dimos ese título a una de las ponencias, que F. López Menudo desarrolló de un modo ejemplar.

Hay que aceptar, y yo, desde luego, acepto, ¡cómo no!, que el nuevo recurso de casación no está para corregir las malas sentencias de los tribunales inferiores y que hay que echarse estas a la espalda si el recurso carece de interés objetivo para la formación de jurisprudencia, pero no hay que exagerar. Yo recordé por eso la célebre advertencia de Santi Romano cuando en sus *Fragments de un Dictionnaire Juridique* incluyó una voz que tituló *Glissez, glissez mortels, n'appuyez pas*, porque hay ocasiones y asuntos en los que, si efectivamente uno se apoya demasiado, el desastre es inevitable.

Estamos aquí y ahora ante uno de esos asuntos y una de esas ocasiones. Si haciendo alarde de rigor se me dice que de lo que se trata ante todo es de asegurar la formación de jurisprudencia, yo no tendría más remedio que responder por mucho que se me edulcore la afirmación añadiendo que solo así puede asegurarse la igualdad y la seguridad jurídica que si es eso lo único que realmente importa, el legislador tenía que haber organizado las cosas de otro modo, utilizando a sus propios funcionarios en esa tarea sin involucrar en ella a los ciudadanos, ni al supremo Tribunal de Justicia, que por serlo no puede desentenderse de esta en ningún caso y bajo ningún pretexto.

La nueva ley, en mi opinión y también en la F. López Menudo, ha sido muy dura con el recurrente al que exige, como ha destacado en su ponencia el profesor sevillano, no solo alegar la concurrencia de interés casacional, sino también «especialmente fundamental» y con singular referencia al caso, no en abstracto, esta circunstancia, y, además, «justificar la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala» (art. 89.2.f), fórmula esta que se asemeja a la del recurso de amparo en su formulación actual. Al recurrente «ya no le basta con

hacer una correcta defensa de sus pretensiones, sino que tiene que ganarse la admisión facilitando al Tribunal Supremo el ejercicio de la función que a éste corresponde», a cambio de lo cual lo que recibe en el 80% de los casos como compensación es una providencia inmotivada y la condena al pago de las costas.

El sistema legal no parece muy equilibrado. Importa por eso, importa mucho, que el Tribunal Supremo no lo empeore inyectándole una dosis excesiva de rigor. Más bien se requiere lo contrario, en la línea de las inteligentes observaciones que Rafael Toledano ha acertado a incluir en su ponencia, cuyo párrafo final doy por reproducido.

En un Tribunal de Justicia, la justicia del caso no puede perderse nunca de vista, ni contemplarse como un simple subproducto.

4. Habría, sin duda, muchas más cosas que comentar, pero el cierre de la revista apremia. Sí debo decir que, en conjunto, el debate fue muy fructífero y muy enriquecedor. Yo, desde luego, salí de él más rico en ideas de lo que entré. Es verdad, desde luego, que la experiencia es todavía corta y que aún tenemos que descubrir unos y otros muchas cosas. Alguna de ellas muy importante, como el tiempo. Me refiero al que con el nuevo recurso se tarda o, mejor, va a tardarse porque en estos dos primeros años ha estado —y sigue estando— conviviendo con el viejo, en llegar hasta la sentencia final. Solo entonces podremos saber si el sacrificio, que es grande, ha merecido la pena.

Doy las gracias una vez más en nombre de la revista a todos los participantes y, muy en particular, a los magistrados de la Sala 3ª del Tribunal Supremo y a su presidente, mi buen amigo y compañero Luis M^a Díez Picazo, que acogió desde el primer momento con el mayor interés la iniciativa de este seminario, que tendrá sin ninguna duda continuación.