

RAFAEL GÓMEZ-FERRER RINCÓN
(Dir.)

LA EFICACIA DEL RECURSO
DE CASACIÓN COMO TÉCNICA
PARA LA FORMACIÓN
DE JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2020

SUMARIO

	Pág.
ABREVIATURAS	9
INTRODUCCIÓN: PROBLEMA QUE SE PLANTEA , <i>por Rafael Gómez-Ferrer Rincón</i>	11

PRIMERA PARTE

LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE REGLAMENTOS Y ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO PRIMERO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE REGLAMENTOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS, <i>por Rafael Gómez-Ferrer Rincón</i>	17
CAPÍTULO SEGUNDO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, <i>por Silvia del Saz</i>	49

SEGUNDA PARTE

LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE TÉCNICAS DE INTERVENCIÓN PÚBLICA Y DE GARANTÍAS DE LOS PARTICULARES

CAPÍTULO TERCERO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE SUBVENCIONES, <i>por Jorge García-Andrade Gómez</i>	91
CAPÍTULO CUARTO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE SANCIONES ADMINISTRATIVAS, <i>por Tomás Cano Campos</i>	117

	Pág.
CAPÍTULO QUINTO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE EXPROPIACIÓN FORZOSA Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN, <i>por M.ª Astrid Muñoz Guijosa</i>	159
CAPÍTULO SEXTO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, <i>por Rafael Gómez-Ferrer Rincón</i>	205

TERCERA PARTE

LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA Y DE BIENES PÚBLICOS

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE FUNCIÓN PÚBLICA, <i>por Jesús Fuentetaja Pastor</i>	239
CAPÍTULO OCTAVO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE BIENES PÚBLICOS Y PROPIEDADES ESPECIALES, <i>por Silvia del Saz</i>	271

CUARTA PARTE

LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN DETERMINADOS ÁMBITOS SECTORIALES DE LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO NOVENO. LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO URBANÍSTICO, <i>por M.ª Astrid Muñoz Guijosa</i>	297
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

QUINTA PARTE

CONCLUSIONES

UNA VALORACIÓN DE LA EFICACIA DEL NUEVO RECURSO DE CASACIÓN COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO, <i>por Rafael Gómez-Ferrer Rincón</i> ...	343
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

INTRODUCCIÓN: PROBLEMA QUE SE PLANTEA

Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN

La Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil hace referencia a que la creación de doctrina jurisprudencial es una función indirecta de la casación. Esta afirmación es coherente con la concepción tradicional sobre la jurisprudencia que recoge el art. 1.6 CC, como «la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

Esta concepción de la creación de jurisprudencia como función indirecta de la casación resulta claramente cuestionada por la actual regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo; regulación que, como es conocido, fue introducida por la Ley Orgánica 7/2015¹, y en la cual se condiciona la admisión del recurso a que este presente interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. La formación de jurisprudencia deja así de ser una función indirecta de la casación para ser una función directamente buscada por el legislador con este recurso².

El objeto del presente estudio es comprobar en qué medida el actual recurso de casación contencioso-administrativo está sirviendo a esta función o finalidad que le ha atribuido el legislador, es decir, y en otras palabras, se trata de analizar si el actual recurso de casación está siendo eficaz en la formación de jurisprudencia.

Más en concreto, y dado que la formación de jurisprudencia sirve a un bien o valor constitucional, como es la seguridad jurídica³, que el Tribunal Constitucional

¹ Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

² Por la misma razón, podría afirmarse que las funciones de protección de la norma y de tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos son las que adquieren la condición de funciones indirectas de la casación.

³ La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo lo ha puesto de manifiesto en numerosos autos dictados en aplicación de la vigente regulación del recurso de casación. Así, podemos citar el Auto de 29 de marzo de 2019 (recurso de queja 33/2019), que en su FD 3.º afirma que: «Ha de recordarse que el recurso de casación contencioso-administrativo, en su actual regulación (introducida por la citada Ley Orgánica 7/2015), presenta una decidida vocación de erigirse como un 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».

ha definido como «la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación»⁴, lo que vamos a analizar es si el actual recurso está siendo eficaz en la formación de jurisprudencia *relevante* desde esta perspectiva, es decir, si está siendo eficaz en la formación de jurisprudencia que sea susceptible de hacer previsible la resolución de futuros conflictos y, por tanto, de evitarlos y, en su caso, de resolverlos.

Este es un aspecto sobre el que insistió la Sección Especial, creada en el seno de la Comisión General de Codificación, que elaboró el documento («Propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa») en que se ha inspirado decisivamente la vigente regulación del recurso de casación contencioso-administrativo. En el Informe explicativo de dicha propuesta se afirma que una de las reformas que se proponen para conseguir «que los conflictos jurídico-administrativos se resuelvan anticipadamente, sin necesidad de un proceso contencioso-administrativo» es «una modificación de fondo del recurso de casación, a fin de que permita la formación de jurisprudencia que guíe la interpretación de la ley por la Administración y los particulares» (p. 27)⁵.

También es un aspecto que ha sido puesto de manifiesto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la vigente regulación del recurso de casación. Por ejemplo, en el Auto de 29 de marzo de 2019 (recurso de queja 33/2019), FD 3.º, el Tribunal Supremo afirma que: «Corolario de esta caracterización es que resultan ajenas a la finalidad del recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas, carentes como tales de una dimensión hermenéutica del Ordenamiento que permita apreciar su proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos; como son, por principio, las impugnaciones circunscritas a la discusión sobre la apreciación por el órgano judicial de instancia de los hechos subyacentes en el pleito»⁶.

⁴ Por ejemplo, en la Sentencia 135/2018, de 13 de diciembre, FJ 5.º, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

«Desde el punto de vista gramatical, el término “seguridad” denota certeza, certidumbre, pero también confianza o previsibilidad. Si tales cualidades se proyectan sobre el ámbito de lo jurídico, podremos definir la seguridad jurídica como la certeza de la norma que hace previsibles los resultados de su aplicación. Sendos aspectos —certeza y previsibilidad— se encuentran íntimamente vinculados. Muestran las dos vertientes objetiva-subjetiva, definitorias de la seguridad jurídica, que aparecen reflejadas en la doctrina del Tribunal Constitucional, cuando afirma que la seguridad jurídica debe ser entendida desde un plano objetivo como la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados (STC 15/1986, de 31 de enero, FJ 1.º); pero además, desde una perspectiva subjetiva como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5.º). El primero de los aspectos se concreta en que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas (STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4.º). La previsibilidad del resultado aplicativo de la norma depende por tanto de la labor del legislador».

⁵ También se afirma que una de las razones de explicar la alta litigiosidad en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es la «falta de una jurisprudencia temprana y uniforme que disuada a los operadores jurídicos de ejercer acciones procesales previsiblemente avocadas al fracaso» (p. 22); y que «la jurisprudencia tiene un doble efecto sobre la litigiosidad: en primer lugar, evita el surgimiento del conflicto jurídico (porque la Administración y los particulares tienen claro cómo se aplica el Derecho); y en segundo lugar, disuade del planteamiento o sostenimiento del litigio, porque la jurisprudencia —cuando está consolidada— hace previsible cuál será el resultado final del proceso» (p. 63).

⁶ O, en el Auto de 26 de septiembre de 2018 (recurso de casación 2745/2018), FD 3.º, ha afirmado que «carece de sentido [...] dedicar recursos en realizar una exégesis de legislación derogada años atrás y que, consecuentemente, pocos efectos puede tener en la resolución de litigios futuros» y que «el actual recurso de casación se aparta del caso concreto y de la solución particularizada y se dirige a la solución de situaciones problemáticas generales y potencialmente relevantes para un gran número de situacio-

Pero aunque resulten «ajenas a la finalidad del recurso de casación las controversias que se reducen a cuestiones puramente casuísticas y singularizadas», lo cierto es que el recurso de casación es una técnica en que la jurisprudencia se forma con ocasión de un recurso y, por tanto, con ocasión de un conflicto determinado por unos hechos concretos. Y es que, como también ha señalado la Sala Tercera, el «nuevo recurso de casación, en ningún caso, puede caracterizarse como un cauce para plantear cuestiones interpretativas del Ordenamiento en abstracto y, por ende, desligadas de las circunstancias concurrentes en el caso litigioso concernido» y «aun en el supuesto de que se admitiera el recurso de casación para abordar el tema de la interpretación del tan citado artículo [...] tal cuestión no podría pasar del plano abstracto, pues sería irrelevante para la resolución del litigio; debiendo insistirse en que la dimensión objetiva e institucional del recurso de casación en su regulación vigente no puede llevarse hasta el extremo de convertir el recurso en un mecanismo para dirimir en abstracto cuestiones interpretativas del ordenamiento, sin proyección ninguna sobre el litigio en el que se suscitan» (Auto de 1 de junio de 2017 dictado en el recurso de casación 1592/2017).

El hecho de que la jurisprudencia se forme con ocasión de un recurso y, por tanto, con ocasión de un conflicto determinado por unos hechos concretos, y el que el «nuevo recurso de casación en ningún caso puede caracterizarse como un cauce para plantear cuestiones interpretativas del Ordenamiento en abstracto»⁷, puede suponer una dificultad desde el punto de vista de la eficacia del recurso de casación como técnica para la formación de jurisprudencia susceptible de hacer previsible la resolución de futuros conflictos; y es que si la jurisprudencia formada, en interpretación de las normas correspondientes⁸, viene muy determinada por los hechos de dicho caso, su futura aplicación a otros supuestos puede ser difícil.

Es precisamente en este escenario en el que nos situamos. Y, así, vamos a analizar las cuestiones de interés casacional que se han planteado en los diferentes recursos que ha resuelto la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y a poner de manifiesto las respuestas que se ha dado a las mismas, tratando de distinguir aquellos recursos en que la jurisprudencia formada es susceptible de ser aplicada en futuros conflictos, de aquellos otros recursos que dan lugar a una jurisprudencia que, por su dependencia de los hechos del caso, difícilmente podrá ser de aplicación en otros supuestos.

Esto es lo fundamental, porque nos permitirá valorar en qué medida el vigente recurso de casación está cumpliendo con su finalidad (o al menos, con una de ellas), es decir, en qué medida está siendo eficaz para formar jurisprudencia

nes, de modo que solo se puede estimar presente un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia cuando la interpretación normativa pretendida por la parte tiene una proyección significativa para una multitud de circunstancias presentes y, en particular, futuras, sirviendo así el principio de seguridad jurídica exigido por el art. 9.3 CE». O el Auto de 17 de enero de 2019 dictado en el recurso de casación 5073/2018, en que el Tribunal Supremo ha señalado que, en los casos en que el recurrente invoque el art. 88.3.a) LJCA, el recurso podría ser inadmitido «si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios».

⁷ Sobre las diferencias entre interpretación abstracta e interpretación concreta, *vid.* A. NIETO, *Una introducción al Derecho*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 65-67.

⁸ De acuerdo con el art. 90.4 LJCA: «Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso»; y, de conformidad con el art. 93.1 LJCA: «La sentencia fijará la interpretación de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo».

relevante desde la perspectiva del principio de seguridad jurídica, esto es, en qué medida está siendo eficaz en la formación de jurisprudencia que sea susceptible de hacer previsible la resolución de futuros conflictos y, por tanto, de evitarlos y, en su caso, de resolverlos.

Sin perjuicio de ello en el libro también se abordarán, en mayor o menor medida, temas con carácter complementario, como son los de los apartados de los arts. 88.2 y 88.3 LJCA al amparo de los cuales están siendo admitidos los recursos, o si verdaderamente se está formando jurisprudencia nueva o se está reiterando jurisprudencia ya existente. No es objeto del presente libro, por el contrario, realizar un análisis del fondo de la jurisprudencia formada en aplicación de la nueva regulación.

Para concluir es importante realizar una precisión. Nuestro estudio se centra en la jurisprudencia recaída en el ámbito del Derecho administrativo, es decir, queda fuera de los límites de nuestro trabajo la recaída en el ámbito del Derecho tributario. Y, dentro del Derecho administrativo, nos centramos en la relativa a lo que en nuestra disciplina consideramos como parte general, sin perjuicio de que también abordaremos la jurisprudencia recaída en una materia de la parte especial como el Derecho urbanístico.

Finalmente, es forzoso advertir al lector que la ordenación que aquí se sigue no coincide con el criterio material que se utiliza para el reparto de asuntos entre las diversas Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; criterio material que da lugar, por ejemplo, a que haya jurisprudencia en materia de subvenciones formada tanto en la Sección 3.^a como en la Sección 4.^a, o a que a la formación de jurisprudencia en materia de sanciones, que en gran medida procede de la Sección 3.^a, también concurren resoluciones de otras Secciones; y, muy destacadamente, a que todas las Secciones concurren a la formación de jurisprudencia en relación con la jurisdicción contencioso-administrativa.

PRIMERA PARTE

**LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN
COMO TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN
DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA
DE REGLAMENTOS Y ACTUACIÓN
ADMINISTRATIVA**

CAPÍTULO PRIMERO

**LA EFICACIA DEL RECURSO DE CASACIÓN COMO
TÉCNICA PARA LA FORMACIÓN DE JURISPRUDENCIA
EN MATERIA DE REGLAMENTOS Y ACTOS
ADMINISTRATIVOS**

Rafael GÓMEZ-FERRER RINCÓN

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con el planteamiento propuesto, en el presente trabajo vamos a analizar en qué medida el actual recurso de casación está siendo eficaz en la formación de jurisprudencia en materia de reglamentos y actos administrativos.

A tal fin, pasamos a estudiar la jurisprudencia que se está formando en materia de reglamentos (II), de actos administrativos (III), para después formular unas conclusiones (IV).

A efectos de ordenar la exposición del punto II, vamos a referirnos a la jurisprudencia formada en relación con el concepto y con la nulidad y derogación de los reglamentos.

A efectos de ordenar la exposición del punto III, nos referiremos a la jurisprudencia formada en relación con el silencio administrativo, con la nulidad de los actos administrativos, con el procedimiento administrativo, con la ejecución forzosa de los actos administrativos, con los recursos administrativos y con la revisión de oficio.

**II. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA FORMADA EN MATERIA
DE REGLAMENTOS**

**1. Jurisprudencia formada en relación con el concepto de reglamento:
su distinción con las instrucciones y órdenes de servicio**

Como es conocido, el art. 6.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (y antes el art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviem-

bre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común) dispone que: «Los órganos administrativos podrán dirigir las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes mediante instrucciones y órdenes de servicio».

Uno de los problemas recurrentes que plantean las instrucciones internas es el de su diferenciación con los reglamentos. Este problema está bien estudiado por la doctrina. Pero su distinción en la práctica no es sencilla, tal y como resulta de las sentencias que lo han abordado. Y es un problema de gran importancia porque, como resulta de las sentencias a que vamos a referirnos, las instrucciones internas no pueden ser objeto de impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Por tanto, el recurso que pueda interponerse contra una instrucción interna —alegando que su naturaleza es la de ser un reglamento y no una instrucción— es inadmisibile si el objeto del recurso era verdaderamente una instrucción interna. Por el contrario, si dicha instrucción interna no era tal, sino que en realidad tenía naturaleza reglamentaria, el recurso será admisible y, posiblemente, será estimado si no se han respetado en la aprobación de dicho reglamento los requisitos de competencia y procedimiento.

Pues bien, en relación con esta cuestión podemos hacer referencia a las *Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo —Sección 5.ª— de 31 de enero de 2018 (rec. cas. 2289/2016)*, —Sección 4.ª— de 9 de julio de 2018 (rec. cas. 2049/2017) y —Sección 3.ª— de 19 de diciembre de 2018 (rec. cas. 31/2018).

La primera de ellas se refiere a resolución de 13 de octubre de 2014, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se publica el Acuerdo para la aprobación del Protocolo Marco sobre Determinadas Actuaciones en Relación con los Menores Extranjeros No Acompañados. En este caso, la sentencia de instancia había declarado la inadmisibilidad del recurso por considerar que su objeto era un acto no susceptible de impugnación, y el Tribunal Supremo confirma dicho criterio.

La segunda de ellas se refiere a la Orden General núm. 10, de 28 de diciembre de 2015, de la Dirección General de la Guardia Civil, sobre desarrollo de los derechos de las asociaciones profesionales de guardias civiles y de sus representantes. La sentencia de instancia había admitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma, aunque lo había desestimado. El Tribunal Supremo, que entiende que la sentencia de instancia es poco clara, afirma que dicha Orden General es un reglamento (y no un acto administrativo, ni una instrucción u orden de servicio), pero aprobado por un órgano incompetente y al margen del procedimiento exigible, por lo que casa la sentencia de instancia, y estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto declarando nula de pleno derecho la Orden General recurrida.

La tercera de ellas se refiere a la Circular 1/2015 del Comisionado para el Mercado de Tabacos, por la que se delimita el alcance y contenido de determinadas actividades promocionales. La sentencia de primera instancia había inadmitido el recurso contra la misma, la apelación había sido desestimada, y el Tribunal Supremo decide no haber lugar al recurso de casación por considerar que dicha Circular carece de naturaleza normativa y que, por tanto, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma era inadmisibile.

Pues bien, estas tres sentencias aplican a los tres casos concretos planteados una doctrina ortodoxa en relación con la distinción entre reglamentos e instrucciones internas, por lo que cabe preguntarse por la razón de su admisión. A mi juicio, el auto de admisión relativo al segundo de los casos comentados da varias razones para ello [como la concurrencia de los supuestos del art. 88.2.b) y c) LJCA], de las que nos interesa la primera de todas ellas, relativa a la concurrencia del motivo