

ILMO. SR. D. JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MORALES
Abogado y profesor titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la
Universidad de Valencia.

LAS TÉCNICAS DE INADMISIÓN EN LO CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVO VERSUS LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación

* * *

Contestación del Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado
Magistrado del Tribunal Supremo



REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

REAL ACADEMIA VALENCIANA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN



Publicaciones
de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia
y Legislación

Cuaderno núm. 87

© José Luis Martínez Morales

Ugarit Comunicación Gráfica S.L.
Pla de Foios 13. Polígono Industrial III Moncada. VALENCIA. 96 139 99 46

LAS TECNICAS DE
INADMISIÓN EN
LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO
VERSUS LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA.

Discurso de Ingreso en la Real Academia Valenciana
de Jurisprudencia y Legislación, pronunciado
por el Ilmo. Sr. D. José Luis Martínez Morales,
el día 12 de enero de 2015



DISCURSO DE INGRESO EN LA REAL ACADEMIA
VALENCIANA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.

LAS TÉCNICAS DE INADMISIÓN EN LO CONTENCIOSO-
ADMINISTRATIVO, VERSUS LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MORALES

Abogado y profesor titular de Derecho Administrativo de la
Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia.

INDICE

- I.- INTRODUCCIÓN.
- II.- EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA
COMO GARANTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.
 - 1.- La finalidad del Discurso
 - 2.- Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.
 - 3.- El distanciamiento de los postulados iniciales del principio de la
tutela judicial efectiva
- III.- MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JU-
DICIAL EFECTIVA.
- IV.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO EU-
ROPEO.
- V.- LAS TASAS COMO ELEMENTO PERTURBADOR DEL LI-
BRE ACCESO A LA JUSTICIA.
Su regulación en el derecho Europeo
- VI.- LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO COMO PARADIGMA
DE LA INSTANCIA ÚNICA.
 - 1º.- La instancia única por razón de la cuantía.
 - 2º.- La desafortunada transitoriedad de la D.T. Primera de la Ley
29/1998 de la JCA, privativa del acceso al recurso de casación.
 - 3º.- La fortuna o desventura de ver resuelta la presunta inadmi-
sibilidad, por auto o por sentencia.
- VII.- LA PROGRESIVA RIGORIZACIÓN DE LA PREPARACIÓN
DEL RECURSO DE CASACIÓN.
- VIII.- LA INNECESARIEDAD DE LA PREPARACIÓN DEL RE-
CURSO DE CASACIÓN.
- IX.- EL INTERES CASACIONAL.

- X.- EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES PREVIO A LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.
- XI.- LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL.
- XII.- LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO AUTONÓMICO EN SEDE CASACIONAL.
- XIII.- EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES POR PERSONAS JURÍDICAS.
- XIV.- LA CUANTIA COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD.
 - 1°.- La cuantía como cuestión de orden público.
 - 2°.- Casación de cuantía indeterminada en la transitoriedad de la Ley 29/1998.
 - 3°.- La mejor condición de los recursos de cuantía indeterminada, frente a los de cuantía determinada.
- XV.- EL PLAZO PARA LA INTERPOSICION DE RECURSO CONTENCIOSO, TRAS LA DESESTIMACION DEL RECURSO DE REPOSICION.
- XVI.- LA MUTACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO.
- XVII.- PRESENTACION EN EL JUZGADO DE GUARDIA
- XVIII.- EFECTOS COLATERALES POR MODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

I.- INTRODUCCIÓN.

Mi propósito al plantear el tema del discurso de toma de posesión en la Academia, no respondía a un mero interés especulativo sobre las instituciones jurídicas consideradas, sino compartir con mis compañeros algo que estimo es una preocupación común, al margen de nuestras especialidades.

El reduccionismo del principio de la tutela judicial efectiva, y las cada vez más frecuentes invocaciones a supuestos de declaración de inadmisibilidad para dejar imprejuizadas situaciones que deberían serlo, constituyen serios motivos de preocupación que nos impulsan a indagar en sus causas. Sobre todo cuando percibimos que es más notable el esfuerzo desplegado por nuestros tribunales para inadmitir que para admitir; y la deriva hacia posiciones de formalismo exacerbadas con el abandono del sistema de principios elaborados en torno al art. 24.1 de la Constitución Española (C.E).

Quien no ha hecho uso del artículo 24, con la esperanza de verse atendido por “tan magnánimo precepto” y ha visto frustradas sus expectativas? Es verdad que cuando nos refugiamos en el artículo 24 de la C. E. es que estamos en la última línea de defensa, pero a la vista de los resultados no es lógico un desacierto colectivo de tal magnitud.

No hay muerte más cruel para un letrado, que resultar abatido por la declaración de inadmisibilidad, cuando se creía a salvo por principios tan reiteradamente proclamados a la luz del artículo 24, como el del “favor acti” o el sentir interpretativo que debía prevalecer contrario a los rigorismos excesivos.

Supongo que en muchos de vosotros, se producirá el mismo grado de frustración que a mí me causan determinadas interpretaciones de precepto tan determinante en nuestro sistema jurídico, fundamental en el desarrollo de las garantías procesales y sustantivas de los ciudadanos, ya que se proyecta en ambas direcciones, y aunque se relaciona con el procedimiento contencioso administrativo, las reflexiones que aquí hago son igualmente extrapolables a los otros órdenes jurisdiccionales.

Pero además del interés que la institución merece en sí misma, no voy a negar que tras este discurso hay un considerable bagaje de mayoritaria actividad contencioso-administrativa tras 50 años de ejercicio profesional.

Ahora bien, estas experiencias, en quienes alternamos la defensa de la Administración Pública y de los particulares, nunca llega a ser

excesivamente traumática porque siempre tendremos posibilidad de su utilización alternativa, para cuando defendamos la posición contraria.

El texto del artículo 24.1 de la Constitución Española¹ se mantuvo casi invariable desde sus primeras versiones, ya en el anteproyecto de la Constitución, concluidos los trabajos de la Ponencia (Diario de Cortes 5/1/1978) se hablaba de que “Toda persona tiene derecho al acceso efectivo a los tribunales...”. Como vemos nada significativo, por la sencilla razón de que la idea de la tutela judicial de los derechos e intereses de los ciudadanos ha sido una propuesta indeclinable de cualquier Estado democrático de derecho.

La carencia del sistema de garantías que para el ciudadano aportó la C.E. se hacía especialmente sensible en el ámbito de lo contencioso que desde la Ley de 13 de septiembre de 1888, reformada en 1894, pasa a la de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) de 27 de diciembre de 1956, prácticamente en un desierto legislativo. La actual Ley de lo Contencioso (29/1998 de 13 julio) ya pone de relieve en su exposición de motivos que la misión fundamental de la jurisdicción contenciosa en un Estado de derecho es la del control de la legalidad de la actividad administrativa y garantizar “los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos frente a las extralimitaciones de la administración “. El impacto de la constitución de 1978 amortiguó las insuficiencias de un sistema legislativo que más parecía dispuesto para acompañar al poder ejecutivo que a controlarlo.

II.- EL ARTÍCULO 24 DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA COMO GARANTE DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

1.- La finalidad del Discurso. El título ya desvela la intención de poner en evidencia el declive de los principios inspiradores de la tutela en su aplicación jurisdiccional. Como en algunas técnicas narrativas una vez desvelado el desenlace explicaremos la trama. Primero estableciendo el marco jurídico del artículo 24. 1 de la C.E. para después analizar la respuesta de la doctrina jurisprudencial en aquellos casos en que su aplicación deja mucho que desear, gracias al progreso en técnicas de inadmisibilidad en las que nuestros tribunales hacen auténticos alardes.

2.- Contenido del derecho a la tutela judicial efectiva.

Desde sus orígenes el T.C. ha entendido que el principio de la tutela judicial efectiva, en su vertiente procesal (que no es la única), es

¹ “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”

ante todo el derecho de acceso a la jurisdicción, como facultad de suscitar la actividad jurisdiccional, que concluirá con una resolución judicial. Por eso es indeclinable el derecho a obtener del órgano judicial una resolución razonada y fundada en derecho, sobre la pretensión ejercitada.

El derecho a obtener la tutela, se configura como un derecho prestacional, conformado por normas legales que determinan su alcance y contenido y estableciendo los presupuestos y requisitos para su ejercicio, los cuales pueden establecer los límites al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, (como dice la sentencia del T. C. 73/2004 de 22 abril). Es por ello, que deben rechazarse aquellas normas que impongan condiciones impeditivas del acceso a la jurisdicción, siempre que los obstáculos legales sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad en el marco de la constitución (sentencia 4/1998 de 12 enero. RTC 1998.4)

Derecho que garantiza, además, no sólo el acceso a Juzgados y Tribunales, sino también a que en todas las fases del proceso se obtenga “una satisfacción razonada” y, a ser posible “defender” sus pretensiones una vez cumplidos los presupuestos de admisibilidad. [STC 124/1987 (RTC 1987\124)].

Siendo también deber de los tribunales ponderar la entidad real del vicio advertido, en relación con la sanción del cierre del proceso y del acceso a la Justicia que de él pueda derivar, procederá “permitir siempre que sea posible la subsanación del vicio advertido [STC 49/1989 (RTC 1989\49)] pues, si el órgano judicial no hace posible la subsanación de defecto procesal que pudiera considerarse como subsanable o impone un rigor en las exigencias formales más allá de la finalidad a que la misma responda, la resolución judicial que cerrase la vía del proceso o del recurso sería incompatible con la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial [STC 62/1989 (RTC 1989\62)] ya que los requisitos de forma no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima [STC 36/1986 (RTC 1986\36)]evitando sanciones desproporcionadas [STC 134/1989 (RTC 1989\134)].

El Tribunal Constitucional en los años 90 tenía una posición mucho más flexible respecto de la admisibilidad, que en nuestros días. La cita de su sentencia de 12/1992 de 27 Enero nos enseña cómo se

mostraba mucho más inclinado a la admisibilidad de los recursos, desde un entendimiento de la tutela judicial efectiva en estos términos: “... los órganos judiciales están obligados a interpretar las normas legales que establece requisitos de admisibilidad procesal en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a la tutela judicial, evitando imponer formalismos contrarios al espíritu y finalidad de la norma y convertir cualquier irregularidad formal en un obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, al margen de la finalidad que justifican la existencia del requisito. Debe, por tanto, los jueces y tribunales ponderar la entidad real de la irregularidad advertida en relación con la gravedad de la sanción de cierre del proceso y, además, conceder a la parte, en la medida de lo posible, la posibilidad de subsanar la irregularidad cometida”(F. J. 2).

Que lejos se sitúa la realidad judicial cotidiana de estos bien intencionados principios de evitar “formalismos enervantes”, de “permitir siempre que sea posible la subsanación” y de postergar restricciones innecesarias”, por no referirnos a la extensa mención de principios plenamente respetuosos con el art. 24.1 de la C.E.

A este desamparo en el Amparo ya se refería en 1998 Juan Ramón Fernández Torres² cuando decía que en “*los tribunales contencioso administrativos se ha desarrollado una jurisprudencia hartamente restrictiva, que han mantenido viva y en esencia incólume desde la entrada en vigor de la constitución de 1978, a la que parecen haber dado la espalda durante mucho tiempo. Jurisprudencia que ha revestido al proceso de un sin número de limitaciones extrínsecas que han servido para empequeñecerlo y, en última instancia, cercenarlo, reducido como está la más de las veces a un pírrico proceso anulatorio*”

La doctrina originaria del T.C. con el transcurso del tiempo, ha ido diluyendo sus postulados más firmes en defensa de la tutela judicial efectiva, para iniciar un camino de restricción cada vez mayor a las tantas veces proclamada defensa de los derechos y libertades públicas. Aun admitiendo que las circunstancias no son las mismas en cuanto a litigiosidad y efectivos al servicio de la justicia, ello no es óbice para justificar ese deslizamiento hacia un rigorismo exasperante (que el T.C. –paradójicamente- insiste hay que desechar), muy desconectado del núcleo esencial de la doctrina de los años 90 del T. C. Las fórmulas magistrales más relevantes, que, en síntesis, configuran el principio de la tutela judicial y

2 “Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva”.Ed. Civitas).

ya incorporadas de pleno a la tónica jurisprudencial se representan básicamente³ en:

- El principio el pro actione;
- El rechazo de “formalismos enervantes”;
- El “escrutinio constitucional especialmente severo” ante los supuestos de inadmisibilidad;
- La obligación de interpretar con amplitud las Leyes procesales restrictivas del acceso a la jurisdicción;
- Proscripción de interpretaciones de la norma “manifiestamente erróneas, razonables, o basadas en criterios excesivamente rigoristas”;
- La aplicación del principio de “proporcionalidad entre la interpretación de la norma y los intereses los fines de la norma y los intereses que sacrifican”.
- Interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada... en el sentido amplio y no restrictivo, “esto es, con interdicción de aquellas decisiones que por su rigorismo y por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen desfavorables para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva o resulten desproporcionadas...”.
- Procurar, siempre que ello sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad, a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial.

Aún así no han sido suficientes para protegernos de los poderosos avances de las técnicas de inadmisibilidad, convertidas en el medio jurídico más eficaz para aliviar la sobrecarga de trabajo de los tribunales.

3.- El distanciamiento de los postulados iniciales del principio de la tutela judicial efectiva

La Ley de 27 diciembre 1956, fue un importante instrumento de fiscalización del poder del Estado, y pieza más en el lento proceso de la democratización de la justicia y de las instituciones administrativas.

La disminución de los obstáculos al pleno enjuiciamiento de los actos y las normas con la Ley de 1.956 fue un hecho indudable, pero sobre todo el influjo de la Constitución de 1978 resultó determinante en la

3 Principios extraídos de las numerosas sentencias consultadas. Es muy recomendable la exhaustiva y sistemática recopilación efectuada por Gerardo Ruiz Rico-Rico y M^a Jose Carazo Liebana en “El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial”. Tirant lo Blanc . Año 2013.

reducción de los espacios de inmunidad del poder; la interdicción de la arbitrariedad; la seguridad jurídica y el principio de legalidad (artículo 9 de la C.E.); que junto al de igualdad de los ciudadanos ante la Ley (artículo 14 C. E.) y, el 24.1 consagrando el derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, han sido esenciales en la nueva concepción de un auténtico Estado de derecho, al que la acción de la justicia contribuyo poderosamente.

La difícil convivencia entre la Ley de 1956 (solo antecedida por la Ley de 1.888, y reformada por la de 1894), que esforzadamente debía interpretarse, o incluso inaplicarse para no contravenir los principios constitucionales, junto al planteamiento de numerosas cuestiones de constitucionalidad (LOTIC arts. 29.1.b), 30 y 35, entre otros), impulsó la promulgación de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa (Ley 29/1998 de 13 julio), que con alguna modificación posterior (Ley 37/2011 de 10 octubre), sigue constituyendo el núcleo esencial del proceso contencioso administrativo.

Otros principios constitucionales como el del acceso a una justicia gratuita (artículo 119 de la C.E.), por el contrario, se han visto violentados con recientes decisiones del Gobierno y del poder legislativo a cuyo unánime reproche nos sumamos, por ser uno de los más flagrantes atentados al principio de la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 24. 1 de la C.E. es uno de los principios en los que mayor confianza han puesto los justiciables, ya sea para alcanzar sus pretensiones, o para intentar corregir resoluciones injustas. La frustración por las dificultades creadas para impedir el acceso a la justicia, en lugar de facilitarla ha sido creciente la búsqueda de excesos formalistas que han venido distorsionando paulatinamente el concepto amplio y generoso de la tutela judicial, como ha proclamado en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional. Si bien es cierto que en sus orígenes con mucho más rotundidad que ahora, donde el esfuerzo se proyecta hacia la detección de causas de inadmisibilidad, antes que propiciar el acceso. La creación de un Gabinete Jurídico integrado por excelentes juristas, y minoritariamente magistrados, es una prueba palpable del propósito que subyace con la creación de esta especie de gabinete de inadmisión. Las estadísticas están ahí y hablan por sí solas. Y me resisto a pensar que los letrados estemos tan poco capacitados para interpretar y aplicar los artículos 88, 89 y concordantes de la LJCA.

Está muy bien que defendamos el carácter evolutivo de la doctrina jurisprudencial tras los consabidos “procesos de reflexión interna”, a fin de no quedar anclados en viejos y superados dogmas, y podernos conciliar con el artículo 3. 1 del código civil⁴, aunque estimamos que se está llegando demasiado lejos en el estrechamiento del gálibo para el acceso a la jurisdicción.

La creencia inicial de que el artículo 24. 1 iba constituir un antidoto contra exasperantes formalismos ha ido desvaneciéndose, para dar paso a una posición de nuestros más altos tribunales, al menos en lo que se refiere la jurisdicción contencioso administrativa, francamente desoladora.

De las iniciales manifestaciones del Tribunal Constitucional a propósito del favor acti, la menor restricción al ejercicio de los derechos, la interpretación flexible y posibilitadora del acceso a la jurisdicción, hemos pasado al tejido de una tupida malla que convierte en quimera la “ayuda” que desde el artículo 24 se pudiera obtener para facilitar la solución de determinadas aporías del sistema.

La doctrina del T. C. y del T.S. en cuanto a los postulados básicos de la tutela no ha sufrido grandes cambios en su trayectoria, al venir reiterando los mismos principios –mecánicamente - en la mayoría de sus sentencias, que se hacen eco de la tradición interpretativa del art. 24.1, y las más relevantes configuraciones del principio de tutela judicial. Ahora bien afirmados los principios, comienza la sutil evolución hacia posiciones más alejadas en pos de la búsqueda y perfeccionamiento de los motivos de inadmisibilidad del recurso de casación (fundamentalmente), hasta la incorporación de armas tan letales frente a la tutela judicial efectiva como el “interés casacional” o la “relevancia constitucional”, entre otras.

Las quebras de estos principios que resultaban más acordes al recto entendimiento de la “tutela judicial”, aparecen con su aplicación al caso concreto. Cuando los trasladamos al supuesto de hecho. Es ahí donde se van perdiendo las referencias iniciales, para justificar su inaplicación al supuesto contemplado. Muchas veces oculta tras florentinos circunloquios y elaborada retórica. Consumándose de este modo el

4 *“Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”*), ahora bien, en determinados momentos la quiebra de una línea jurisprudencial consolidada y conocida comporta unos efectos que difícilmente se compadecen con la seguridad jurídica (artículo 9.3 de la C.E.).

abandono paulatino de los principios clásicos de la tutela judicial, por la frecuencia e intensidad con que se aplican criterios de inadmisibilidad.

Esta evolución doctrinal, en la versión más descarnada de acceso a la jurisdicción, como manifestación del escueto campo al que se va reduciendo la tutela judicial efectiva, la encontramos en el Auto de 20/03/2014 del Tribunal Supremo (Recurso 1641/2012), cuando establece como elementos esenciales:

- Que el derecho a la revisión de una sentencia, es de naturaleza legal, una vez obtenida la primera respuesta.
- Que no existe, por tanto, un derecho constitucional que vaya más allá de una primera resolución fundada y motivada.
- Que es, incluso posible, que no haya más medio de impugnación tras la primera resolución judicial.
- Que la doble instancia no se deriva de ningún mandato constitucional y por tanto su ausencia nos permitiría invocar el art. 24.1
- Que el principio hermenéutico pro actione opera con mucha más intensidad en la fase inicial del proceso que en las sucesivas, una vez obtenida la primera respuesta judicial.

En suma, el derecho al acceso a la tutela judicial se satisface con la primera respuesta, sin que pudiera tildarse de inconstitucional la ausencia de subsiguientes recursos.

Lo que no deja de ser un debilitamiento progresivo del art. 24.1 de la C.E. el artículo 24.1 tras esta indisimulada tendencia **subyace la concepción del nuevo modelo del recurso de casación**, con el propósito de evadirse de mediocres reyertas jurídicas que no contribuyen a la formación del derecho ni a la interpretación de las esencias constitucionales. No vamos a entrar en este debate, pero este resultado sólo puede alcanzarse por vía legislativa, y no por el estrechamiento de los cauces procesales para acceder a la justicia.

No se puede aceptar, acriticamente, por ejemplo, que el T. C. haya renunciado al examen del **canon de razonabilidad**, que tradicionalmente ha constituido un elemento de control fundamental ante lo arbitrario, erróneo o incoherente. Doctrina que nunca deja de sorprendernos por lo que parece desvelar de íntimo desacuerdo con la respuesta judicial que con su abstención su pronunciamiento valida.

Como dicen las sentencias de (*SSTC 13/2002, de 28 de enero, FJ 6; 138/1995, de 25 de septiembre, FJ 2*). S...): “ ...y **todo ello con independencia de que también fuesen razonables otras posibles**

interpretaciones de la legalidad procesal contencioso-administrativa sobre la cuestión, debiendo recordarse, a este respecto, que no es función de este Tribunal “la de, entre dos interpretaciones razonables de una norma, elegir cuál de ellas le parece más razonable”

Frente a estos nuevos modos de entender la función del T. C. o del T.S. tenemos muy presentes otras resoluciones más próximas a un razonable entendimiento del principio de la tutela judicial efectiva, como resulta de la **STC 102/1984. Ponente Rafael Gómez -Ferrer Moránt.**) Cuando dice que: “24.1 contiene un mandato que obliga a interpretar la normativa vigente de conformidad con la Constitución y **en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental**”. ...” *verificar si se han cumplido los requisitos de los que depende la admisión del recurso ha de inspirarse en un criterio de proporcionalidad, que impone un diverso tratamiento para los diversos grados de defectuosidad de los actos*”. Cuantas de las decisiones del T. S. y T.C. aplicando esta hermenéutica podrían haber concluido con resoluciones de admisión, en lugar de inadmisión. Huyendo de formulismos, rigores excesivos o literalidades desmedidas podría haberse dado satisfacción a una concepción de la tutela más amplia y generosa con los derechos de los justiciables, que atender a razones de eficacia y propósitos subyacentes de alterar la naturaleza del recurso de casación.

Tampoco en el derecho de la **Unión Europea** y sus tribunales, podemos fijar grandes esperanzas, al mantener posturas muy próximas al rigorismo tan extendido en nuestros tribunales, cuando observamos que sus decisiones no difieren en de las nuestras, salvo reconfortantes excepciones a las que después nos referiremos.

III.- MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Se trata de un principio de amplio espectro sobre el que ponemos la atención, especialmente, en el ámbito jurisdiccional y, más concretamente, en la posición que se adopte respecto del derecho de acceso a la justicia. Pero no concluye ahí. Su expansividad es mucho mayor y se proyecta -o debiera - a cualquier acto de la Administración Pública y del poder legislativo.

El art. 24.1 debe ser fuente inspiradora siempre, de cualquier poder normativo. La Constitución es una norma de aplicación directa, por lo que del artículo 24. 1 no debe evadirse ningún sujeto, ni tan siquiera

el poder reglamentario o El legislativo. La misma subordinación que deben tener el poder ejecutivo y el judicial.

El Tribunal Constitucional nos recuerda que *“en principio, pues, el derecho reconocido en el artículo 24.1. C.E. puede verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impositivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC. 60/1998, de 16 de Marzo. F.J. 14; DEL 4 DE Septiembre, FJ. 3 y 273/2005, DE 27 DE Octubre , F.J. 5) .*

Lo que impone al legislador configurar el sistema de recursos con el máximo respeto al principio de la tutela judicial. En esta regulación, la Ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4).

En principio, el derecho reconocido en el art. 24.1 CE puede verse conculcado por aquellas disposiciones legales que impongan requisitos impositivos u obstaculizadores del acceso a la jurisdicción, si tales trabas resultan innecesarias, excesivas y carecen de razonabilidad o proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador (SSTC 60/1989, de 16 de marzo, FJ4; 114/1992, de 14 de septiembre, FJ3; y 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5).

Ello implica que el legislador cuenta con un ámbito de libertad en la definición o determinación de las condiciones y consecuencias del acceso a la justicia, pues le incumbe configurar la actividad judicial y, más concretamente, el proceso en cuyo seno se ejercita el derecho fundamental ordenado a la satisfacción de pretensiones dirigidas a la defensa de derechos e intereses legítimos (STC 206/1987, de 21 de diciembre, FJ5).

IV.- LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN EL DERECHO EUROPEO.

Los artículos 6 y 13 del Convenio y el 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, nos ofrecen una base más que suficiente para su ejercicio, tras el agotamiento del Recurso de Amparo, ante el Tribunal

Europeo de Derechos Humanos. Veamos cómo se articula.⁵

Desde el Tratado de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas. (BOE 10/10 1979, núm. 243), pasando por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Publicación: 14/12/2007 Fecha Norma: 12/12/2007), el principio de la tutela judicial efectiva ha estado presente en el ordenamiento jurídico Europeo. El artículo 6 del Tratado de Roma de 1979, hace una clara y explícita referencia al “*derecho a un proceso equitativo*” que deberá desembocar en el reconocimiento de que “*toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable...*”. Así como según proclama el artículo 13 “*derecho a un recurso efectivo*” ante “*una instancia nacional*”, cuando los derechos y libertades reconocidos en el presente convenio hayan sido violados.⁶

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12/12/2007, su artículo 47 consagra explícitamente el derecho a la “*tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*” y a que su causa “*sea oída equitativa y públicamente*”. Y cuando el artículo 52 establece el “*Alcance e interpretación de los derechos y principios*”, se nos recuerda un principio esencial, de permanente aplicación, como es el de que “*cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la presente carta deberá ser establecida por la Ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse*

5 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos

Humanos y de las Libertades Fundamentales que entró en vigor el 21 de septiembre de 1970,

Artículo 6 – Derecho a un proceso equitativo

1 Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella....”

Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales. También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 12/2/2007 (*Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) N. Boletín: DO C 303.*) , en su artículo 47 reafirma el “Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” Disponiendo que: “*Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo*”.

6 En el Tratado de Lisboa, se modifican el Tratado de la Unión Europea (RCL 1999\1205 bis) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (RCL 1999\1205 ter), firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007

limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

El Derecho Europeo introduce en el debate excelentes apoyos para pugnar por una flexibilización de los criterios en extremo restrictivos con que se analizan nuestras normas y la tendencia a la solución de la inadmisibilidad.⁷

Nuestros tribunales, no han sido ajenos, si bien moderadamente, a la recepción en sus sentencias de principios o reglas del TEDH. A título del mero ejemplo, citamos la Sentencia de 9 de febrero de 2005 (R. J./2005/1401):

F.J. 3º.- “.....y procurando, siempre que ello sea posible, la subsanación del defecto o irregularidad a fin de favorecer la conservación de la eficacia de los actos procesales y del proceso como instrumento para alcanzar la efectividad de la tutela judicial..... Criterios los anteriores coincidentes en lo esencial con la doctrina emanada del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (RCL 1979, 2421) en orden a la protección en el ámbito del Convenio Europeo del derecho de acceso a la jurisdicción sin que ello suponga la tarea de sustituir a los tribunales internos en la interpretación de su legislación.”

Ante el estrechamiento de los cauces para acceder a una auténtica tutela judicial, los letrados españoles, por lo general, no hemos querido ir más allá, dándonos por satisfechos con la resolución del T. C. del que cada vez es más difícil obtener una resolución de fondo.

Son muchas las explicaciones que se podían dar a este comportamiento, pero no están lejos las relacionadas con la economía del cliente; la desesperanza por los reveses judiciales ya padecidos para llegar hasta aquí; la duración de los procesos; un desconocimiento todavía bastante generalizado de esta jurisdicción europea; etc... Aun así, y vistas algunas de las resoluciones del Tribunal Europeo que dejan entrever una luz, nos tendremos que ir planteando seguir esta vía con más perseverancia de la desplegada hasta ahora; Sentencias como la del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 2.014** (Asunto: Sociedad Anónima de Sociedad Anónima de Ucieza contra España. Corte Europea de Derechos del Hombre ⁸) animan a este empeño.

7 .Como dice Celia Moliner Vicente, abogada y analista de doctrina constitucional en el T.C.

8 Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de Noviembre de 2.014.

La Sala consideró que el recurso debía prosperar en base a los siguientes motivos:

36.- En consecuencia la Corte advierte que con su decisión de 14 de Julio de 2.005 el Tribunal

Tras la inadmisibilidad del amparo por el T.C. mediante resolución de 26 de Febrero de 2008, por carecer de contenido constitucional, se recurrió al Tribunal de Luxemburgo, que dictó la interesante sentencia (por cierto haciendo caso omiso del contenido constitucional), a la que nos referimos sucintamente.

El recurrente en casación anunció que el valor del bien litigioso era “inestimable” dadas sus características (un monasterio) aun admitiendo que el litigio tenía un importe superior a 36.000€.

En los fundamentos de derecho, el Tribunal Europeo nos indica que el recurrente invocó la violación del artículo 6.1 de la Convención que dispone: *“toda persona tiene derecho a que su causa sea estudiada o atendida equitativamente por un tribunal que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil ...”*.

La Sala consideró que el recurso debía prosperar (vid infra nota in extenso) concluyendo que: ***“Así, la interpretación particularmente rigurosa de una regla de procedimiento, ha privado al requirente del derecho de acceso al Tribunal competente para examinar su recurso de casación (mutatis mutandis, Perez de Rada Cavanilles contra España, 28 de octubre de 1998)”***.

Existen otros pronunciamientos del Tribunal Europeo, sustancialmente coincidentes con este, como es el asunto ha fallado el 9

Supremo ha declarado inadmisibile el recurso de casación y porque consideraba que la estimación del valor del bien en 600.000€ no era suficiente para contradecir la calificación inicial del bien litigioso como inestimable; y ha observado que el recurrente había persistido en la afirmación de su carácter inestimable, en términos económicos y a los bienes reivindicados; y ha retenido que el demandante había únicamente intentado establecer que el valor del procedimiento superaba los 36.000 € (según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1.881)

38.- *En efecto, a los ojos de la Corte, no se puede reprochar al recurrente de haber considerado inestimable el valor del bien, ya que ningún precio de mercado había podido ser establecido, a pesar de la intervención de un perito*

39.-... *en estas circunstancias la Corte estima que no se trata de un simple problema ordinario de interpretación de la Ley, sino de la interpretación de una exigencia procedimental, habiendo impedido el examen del fondo del asunto (Estan Court City Company contra España nº 55524/00/40, 28 de octubre de 2.003).*

40.- *Por consecuencia, si las limitaciones relativas a la presentación de recursos ante el Tribunal Supremo no tienen lugar, en tanto que tales, entre otras causas, la Corte estima que la combinación particular de hechos en el presente asunto no ha permitido una relación suficiente de proporcionalidad entre las limitaciones aplicadas por el Tribunal supremo y las consecuencia de esta aplicación.*

Así, la interpretación particularmente rigurosa de una regla de procedimiento, ha privado al requirente del derecho de acceso al Tribunal competente para examinar su recurso de casación (mutatis mutandis, Perez de Rada Cavanilles contra España, 28 de octubre de 1998)”.

de noviembre de 2004 Sáez Maeso contra España, en el que ha sostenido que *“la interpretación particularmente rigurosa efectuada por las restricciones de una regla de procedimiento, ha privado al requirente del derecho de acceso a un tribunal lo que lesiona el artículo 6. 1 de la Convención de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”*.

Sentencia, junto con algunas otras en ella citadas, nos deben impulsar al agotamiento de la vía europea cuando hayamos sido víctimas de rigorismos desmedidos y desproporcionados. Quizá encontremos mejor comprensión y amplitud de miras en la defensa de los intereses del justiciable, y podamos coadyuvar a la corrección de la actual deriva inadmisora por la exacerbación de los requisitos formales.

Esta jurisprudencia del TEDH debiera encontrar una mejor acogida, no sólo por su mayor aproximación a la genuina tutela judicial efectiva, sino porque estas sentencias no son meramente declarativas, sino también obligatorias, siendo el Estado condenado responsable de adoptar las medidas internas necesarias para su plena efectividad. La aplicación del derecho europeo en materia de derechos fundamentales tiene coadyuvar decisivamente recuperar el pleno sentido del artículo 24 de la C. E., aunque ciertamente la estadística no es muy alentadora ya que el pasado año 2013, de 1042 demandas contra el Estado 1029 se inadmitieron o sobreseyeron.

Jesús González Pérez en su discurso de académico (16 de enero de 2001) se planteaba hasta qué punto la tutela que ofrece en el TEDH y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es realmente efectiva. No parecía muy entusiasmado con el acogimiento de una acción de tutela frente a las lesiones a los derechos fundamentales provenientes de los órganos de la Unión Europea. Concluyendo que, pese a las garantías solemnemente consagradas, la justicia que prestan los tribunales no difiere gran cosa de la que prestan los tribunales nacionales y, especialmente los españoles. Aunque admite que, a veces, han sido tan graves y patentes las lesiones en que han incurrido nuestros órganos jurisdiccionales, que algunos recursos obtuvieron aceptación. Aunque estadísticamente resulta insignificante su número. En fin, un euroescéptico mas.

V.- LAS TASAS COMO ELEMENTO PERTURBADOR DEL LIBRE ACCESO A LA JUSTICIA.

Uno de los ataques más brutales al libre acceso a la justicia, no proviene de interpretaciones sutiles al límite de la tutela y en las que

podamos recrearnos en mayor o menor medida, los operadores jurídicos. Sencillamente proviene de un Gobierno exhausto que precisa nutrir sus arcas (olvidémonos de las causas influyentes en su descapitalización) que con su aplastante mayoría en las Cortes ha cercenado por la vía directa y más abrupta posible, el paradigma de la tutela judicial efectiva, en su manifestación del acceso a la justicia.

Gabriel Doménech⁹ se hace eco de esta oleada de indignación – aunque no la comparta totalmente- cuando dice: *“entre todas las regulaciones legales establecidas por el Estado español durante la X legislatura, la relativa a las tasas judiciales es seguramente la que mayor rechazo ha generado por parte de los profesionales del derecho y, especialmente, por los abogados”*.

Son muchos quienes la han calificado no sólo de inoportuna, sino también inconstitucional, pero la constitucionalidad de la Ley de Tasas está, mal que nos pese, firmemente asentada en la doctrina del T.C. De lo que no cabe ninguna duda es, además de su inoportunidad, de su profundo carácter antisocial, al ser las clases más desfavorecidas las que en mayor medida van a soportar esta maldad legislativa. Esperemos que su revisión –tal como se anuncia- se produzca a la mayor brevedad.

Teníamos asumido que la justicia podría ser declarada gratuita, como hizo la Ley 25/1986, pero como es obvio, no gratis total. Aunque perfectamente, podía serlo. El argumento de que como tasa que es, la pagan los usuarios, y no aquellos que no se benefician del servicio, sería válido si constituyese un dogma universal; pero no es así, porque hay servicios públicos en régimen de gratuidad o casi (la sanidad, educación...) y, otros subvencionados con precios políticos.

La **Ley 10/2012, de 20 noviembre**, parte de la idea, según su preámbulo, de que el derecho a la tutela judicial efectiva no debe ser confundido con el derecho a la justicia gratuita. Son, sigue diciendo, dos realidades diferentes y, sólo en aquellos casos en los que se acredite “insuficiencia de recursos para litigar” será cuando la constitución impone la gratuidad de la justicia. El artículo 119 de la Constitución le da soporte al disponer: *“La justicia será gratuita cuando así lo disponga la Ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. Pero la clave está en lo que consideremos como “insuficiencia”, o cual es el umbral de la insuficiencia.

La constitucionalidad de la tasa se reitera por el T.C. cuantas
9 “Las Tasas Judiciales. Una valoración global”. Seminari de la facultat de Dret de la Universitat de València. 28 mayo 2014)

veces se le plantea el caso. Esta línea jurisprudencial, se ha reiterado de manera pacífica y sin fisuras en sus sentencias 85/2012, de 18 de abril; 103/202, de 9 de mayo; 104/2012, de 10 de mayo; 116/2012, de 4 de junio; 125/2012, de 18 de junio; 164/2012, de 1 de octubre; 190/2012, de 29 de octubre; y 218/2012, de 26 de noviembre.

Sentencias que vienen a concluir que el régimen vigente de las tasas judiciales que gravan la presentación de demandas ...*“es plenamente respetuoso con las previsiones constitucionales sobre la gratuidad de la justicia”*.

El Tribunal Constitucional tiene reiteradamente declarado que el primer contenido o núcleo esencial del derecho a obtener la tutela de Jueces y Tribunales, en un orden cronológico y lógico, es el acceso a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas (SSTC 220/1993, de 30 de junio, FJ 2, y 34/1994, de 31 de enero, FJ 2, entre otras). Y ha señalado –igualmente– que el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho absoluto o incondicional, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino que es un derecho prestación y de configuración legal, cuyo ejercicio está sujeto a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 4, y 182/2004, de 2 de noviembre, FJ 2).

En esta regulación, la Ley podrá establecer límites al ejercicio del derecho fundamental que serán constitucionalmente válidos si, respetando su contenido esencial (art. 53.1 CE), están dirigidos a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan la adecuada proporcionalidad con la naturaleza del proceso y la finalidad perseguida (entre otras, SSTC 158/1987, de 20 de octubre, FJ 4; 32/1991, de 14 de febrero, FJ 4; y 133/2004, de 22 de julio, FJ 4, recaída precisamente en un procedimiento en el que se cuestionaba la constitucionalidad de una norma que limitaba el acceso a la justicia en aras al cumplimiento de deberes tributarios).

En un interesante **Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 29/7/2014**. (Rollo: 338/14 Recurso de queja nº: 168/12), estima la medida cautelar suspensión del pago de la tasa, pues aun no siendo una cuantía desmesurada (2.800 €), resultaba desproporcionada para la economía del recurrente, impidiéndole el acceso a la jurisdicción.

Para llegar a esta conclusión, el Auto hizo un pormenorizado estudio de la Ley 10/2012, partiendo de su preámbulo, cuando dice que “*solo en aquellos supuestos en los que se acredite “insuficiencia de recursos para litigar” la propia Constitución impone la gratuidad de la justicia*”.

La respuesta judicial se apoya en una interpretación razonada y razonable de la Ley, evitando aplicaciones deshumanizadas y de auténtico sacrificio personal para quienes carecen de medios suficientes.

En la práctica, el propio Tribunal Europeo viene entendiendo que la capacidad económica del justiciable es el factor más relevante a la hora de juzgar si la tasa incurre o no en semejante desproporción.

Expuestas las líneas esenciales de la tutela judicial efectiva, estudiaremos a continuación aquellos supuestos concretos en los que entendemos se ha seguido la línea contraria a la que hubiese procedido acogerse para permitir el acceso a la jurisdicción.

La regulación de las tasas en el derecho europeo, no difiere en gran medida.

“**La carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea**” (2010/c 83/02) contempla en su artículo **Artículo 47**, además del principio de la tutela judicial efectiva y el derecho a Artículo 47, la gratuidad de la justicia, en los siguientes términos:

“Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

También se ha planteado en alguna ocasión ante el TDH si de acuerdo con el artículo 6. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, puede considerarse condicionado el acceso a la justicia, por causa del previo pago de tasas judiciales.

En la práctica, el propio Tribunal Europeo viene entendiendo que la capacidad económica del justiciable es el factor más relevante a la hora de juzgar si la tasa incurre o no en semejante desproporción. A estos efectos, el TEDH tiene en cuenta principalmente sus ingresos, comparándolos con el salario mínimo medio del país en cuestión y con la cuantía de la tasa exigida en el caso concreto. Si el afectado es titular o no de bienes que pudiera realizar al objeto de hacer frente al pago, y, finalmente, si el procedimiento a través del cual las autoridades nacionales deciden eximir o no eximir de las tasas judiciales a los justiciables, en atención a su capacidad económica y a otros factores como la viabilidad de sus pretensiones, reúne las debidas garantías.

En esta misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene desde la Sentencia *Kreuzcontra Polonia*, de 19 de junio de 2001 (asunto núm. 28249/95) que, si bien el requisito de abonar tasas judiciales en procesos civiles no infringe por sí solo el derecho de acceso a un tribunal protegido por el art. 6.1 del Convenio de Roma, la cuantía de las tasas no debe ser excesiva, a la luz de las circunstancias propias de cada caso, de tal modo que impida satisfacer el contenido esencial del derecho de acceso efectivo a la justicia (§§60 y 66; en el mismo sentido, SSTE DH de 26 de julio de 2005, *Kniatc. Polonia*, as. 71731/01; 28 de noviembre de 2006, *Apostolc. Georgia*, as. 40765/02; 9 de diciembre de 2010, *Urbanek c. Austria*, as. 35123/05).

VI.- LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO COMO PARADIGMA DE LA INSTANCIA ÚNICA.

Si en cualquier materia, por insignificante que sea, ha lugar a un contraste judicial en segunda instancia, en el ámbito de lo contencioso administrativo, resulta una necesidad más apremiante por la consabida prevalencia de la Administración pública sobre los ciudadanos. Los principios de presunción de legalidad y ejecutividad de los actos administrativos, por si solos son suficientes referencias para que el reforzamiento del sistema de recursos fuese mas garantista que en otro tipo de litigios.

La posición de superioridad de la Administración y los excesos del poder, justificarían el otorgamiento de mayor bagaje defensivo que el resultante de las aplicaciones desmedidas del instancia única, lo que no parece tener excesiva acogida ante el Tribunal Supremo ni ante el Tribunal Constitucional, que reiteradamente responden a estos planteamientos negando que se produzca vulneración del principio de la tutela judicial efectiva, al no ser un derecho dimanante del artículo 24 la existencia de más de un recurso. Negando sistemáticamente la posibilidad de un derecho constitucional a una segunda instancia, al tratarse de un sistema procesal de configuración legal, en el que no ha sido negado el acceso a la jurisdicción, que se da por cumplido en instancia única.

1º.- La instancia única por razón de la cuantía

Es la más razonable y objetiva causa para establecer un régimen de instancia única, la derivada de la escasa cuantía de interés económico en litigio. Lo que se materializa en la inexistencia de recurso de apelación, en litigios inferiores a los 30.000 €.(art. 81 de la LJCA).

Podría aceptarse que para pleitos de escaso interés subyacente no se requiera de mayores garantías que el pronunciamiento único, e incluso que los procedimientos se simplifiquen, como sucede en lo Contencioso administrativo con el Procedimiento Abreviado (art. 78 de la LJCA). cuando la pretensión no supere los 30.000 € (de acuerdo con la Ley 37/2011), y cuestiones de personal al servicio de las administraciones públicas, o extranjería, entre otras.

Solución legal que contrasta con el artículo 455 de la LEC, que prevé la recurribilidad de “las sentencias dictadas en toda clase de juicios, los autos definitivos y aquellos otros que la Ley expresamente señalen, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 €.” De 3.000 a 30.000 €, hay una notable diferencia, y sin razones válidas que la justifiquen.

2º.- La desafortunada transitoriedad de la D.T. Primera de la Ley 29/1998 de la JCA, causante de la privación del acceso al recurso de casación.

La confirmación de que la instancia única es algo que no repele al legislador, ni tampoco a la Jurisdicción Contencioso Administrativa o al Tribunal Constitucional, es permanentemente constatable. Pero no por su frecuencia dejaremos de mostrar nuestro desacuerdo con planteamientos que nos conduzcan a cualquier desenlace de instancia única, y con más énfasis en situaciones de transitoriedad legislativa, que es cuando el recurrente resulta desposeído de una garantía preexistente. No es lo mismo saber que la norma procesal ha optado por la instancia única que, sobrevenidamente, perder una posibilidad de revisión jurisdiccional. Quien comenzó un litigio de doble instancia debiera conservar tal derecho a lo largo de todo él. Es algo más que una mera expectativa legal. Es un derecho al trámite.

Esta ha sido la situación por la que pasaron muchos recurrentes con la aplicación drástica de la D.T. 1ª de la Ley 29/1998.¹⁰

10 Disposición transitoria primera. Asuntos de la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

1. Los procesos pendientes ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuya competencia corresponda, conforme a esta Ley, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión.

2. En tanto no entren en funcionamiento los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia ejercerán

Cuando se inició el trámite judicial se tenía derecho a una doble instancia que se volatiliza por el camino. Es aquí donde echamos en falta la aplicación de los principios jurisprudenciales respecto de la tutela judicial efectiva. El criterio interpretativo progresa en la dirección contraria, soslayando la invocación, perfectamente razonable en un caso como éste, del principio pro actione o la proscripción de interpretaciones “basadas en criterios en exceso rigoristas”. Perfectamente se podría haber orientado la interpretación en favor del mantenimiento de la doble instancia durante la transitoriedad, en lugar de restringir y acortar las garantías del recurrente. Empezando por el legislador, claro está.

Los supuestos en los que por mor de esta disposición transitoria los recurrentes se han visto privados del recurso de casación son incontables. Cuantos letrados nos hemos visto sorprendidos con la desaparición del recurso de casación, al que perfectamente tenemos derecho cuando iniciamos el pleito, al quedarnos entre las dos aguas de la transitoria. La impugnación de una licencia, pongamos por caso, al tratarse de un acto de una administración local pasa a conocerse por el Juzgado de lo contencioso, de acuerdo con el artículo 8. 1 de la Ley 29/1998, (cuando antes competía en primera instancia al T.S.J.) y tenía, de acuerdo con la misma, recurso de apelación (artículo 10.2). Pero los procedimientos que sobrevenidamente se vieron afectados por la mencionada D.T. se vieron condenados a la instancia única.

La escasa sensibilidad mostrada por el legislador en primer grado y el Tribunal Supremo en su aplicación, después, dejando un gran número de litigantes desasistidos del recurso de apelación o de casación, debiera de haberse estimado como contraria al art. 24.1 de la C.E.

De este modo, las sentencias dictadas por los T.S. J en asuntos cuya competencia hubiese correspondido, según la nueva Ley a los juzgados de lo contencioso, se quedarán al margen de la casación, porque de acuerdo con la nueva Ley correspondería su enjuiciamiento a un juzgado, cuyas decisiones no pueden superar el nivel del T.S. J.

La respuesta judicial, de acuerdo con el propósito reduccionista del recurso de casación fue según la **Sentencia del T.S. de 27 febrero 2004 (R. J. 2004/4474)**, y otras precedentes, fue la siguiente:

competencia para conocer de los procesos que, conforme a esta Ley, se hayan atribuido a los Juzgados. En estos casos, el régimen de recursos será el establecido en esta Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Cuarto.-Debe advertirse que el presente recurso de casación se rige por la referida Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, apartado 1, toda vez que la sentencia impugnada del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de marzo de 1999 (AS 1999, 606) , se ha dictado con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley jurisdiccional.....

Conforme es doctrina de esta Sala del Tribunal Supremo expresada en ... por los Tribunales Superiores de Justicia, de competencia sobrevenida de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y, por ende a la que es objeto de impugnación en el presente recurso, se les debe aplicar la disposición transitoria primera, apartado 2, último inciso de la Ley 29/1998, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste solo procede -artículo 86.1- contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia recaídas en única instancia”.

La justificación dada por el Tribunal es posible, pero no plausible. Los mismos argumentos utilizados para rechazar el recurso, podría haberlos dirigido en sentido contrario. Sobre todo en un caso como éste, en que, “*la Ley guarda silencio al respecto*” teniéndose que recurrir a una esforzada interpretación de argumentos circunstanciales, para conseguir un supuesto menos de casación. O pretextar que, en otro caso, el apartado 2 de la disposición transitoria primera hubiese quedado vacía de contenido.

En estos casos es donde cabe recordar, una vez más, los criterios que el Tribunal Constitucional ha venido reiterando en orden a la no exacerbación de los requisitos formales, y a las interpretaciones que restrinjan los derechos de acceso (aun siendo conscientes que en este caso es derecho al recurso, que no goza de la misma garantía constitucional, una vez obtenido el primer pronunciamiento) pero, se hubiese ajustado mucho más al artículo 24. 1 la solución posibilitadora del mantenimiento, para los pleitos en tránsito, del recurso de casación que, al fin y al cabo constituía el régimen consolidado desde el año 1956. Veamos cuáles son esos argumentos excluyentes del recurso de casación, con los que ya hemos anticipado nuestro desacuerdo:

“Es cierto que el apartado 1 de la disposición transitoria primera, que contempla los «procesos pendientes» ante las Salas de lo

Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, guarda silencio al respecto, pero no lo es menos que el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de las expresadas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la Ley 29/1998, se hayan atribuido a los Juzgados, está redactada en plural, «en estos casos» -dice-, expresión que permite entender comprende tanto los casos del apartado 2 como los del apartado 1, en el que se encuentra contemplada la sentencia contra la que se ha interpuesto el recurso que nos ocupa.

La interpretación contraria vaciaría prácticamente de contenido el apartado 2 de la disposición transitoria primera -téngase en cuenta que la puesta en funcionamiento de los Juzgados tuvo lugar al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 29/1998- y además es difícilmente conciliable con la «plena aplicación» del nuevo régimen de la casación a las resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor -disposición transitoria tercera-, plena aplicación que comporta que sólo puedan ser susceptibles de casación las sentencias que hubieran podido ser dictadas en única instancia con arreglo a la vigente Ley de esta Jurisdicción”.

Sabemos, no obstante, que nuestro desacuerdo no pasa de ser meramente testimonial puesto que el T. C., en términos inequívocos zanjó la cuestión, como resulta de la sentencia dictada el 23 junio de 1994. Recurso de amparo 87/1993 (RTC 1994/193):

“No va a entrar este Tribunal en el problema de la aplicación del Derecho transitorio provocado por las modificaciones normativas. En general es competencia de la jurisdicción (art. 117.3 CE)”

Y tratándose, además, de materia atinente a la legalidad ordinaria, que va al margen del recurso de amparo, o de lo contrario, sigue diciendo el tribunal, se convertiría en una tercera instancia.

Niega, finalmente esta sentencia, que se rompa el principio de seguridad jurídica con estas alteraciones normativas ya que *“no existe precepto constitucional que fundamente el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de ordenación de los recursos legalmente establecidos, siempre que se respete el derecho de las partes a «un proceso con todas las garantías».* Siendo *“constitucionalmente lícita la modificación legislativa de los recursos existentes en un momento dado”* .Además de ser la regulación del Derecho transitorio cuestión

que, en virtud de lo dispuesto en el art. 117.3 CE, pertenece a la competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios.

El problema estriba, a nuestro juicio, en que el T.C. considera que goza de un “proceso con todas las garantías” el ciudadano al que se puede descabalar de un procedimiento de doble instancia pasándolo a instancia única, cuando una de sus garantías era, precisamente, la doble instancia.

3º.- La fortuna o desventura de ver resuelta la presunta inadmisibilidad, por auto o por sentencia. La jurisdicción contencioso administrativa termina en numerosas ocasiones con un solo pronunciamiento (cuando lo hay), lo que escasamente se compadece con el principio de la tutela judicial.

La inadmisión de un recurso puede producirse por Auto o Sentencia. Por Auto como consecuencia de unas alegaciones previas al amparo del artículo 59. 3 y 4 de la LJCA. Por sentencia cuando el Juzgado lo considere conveniente, dado el amplio margen de discrecionalidad que le otorga el artículo 68. 1. a) LJCA.

Esta aparente irrelevancia del vehículo procesal utilizado para declarar la inadmisibilidad del recurso, es de efectos capitales agotar una eventual segunda instancia. **La sentencia del Tribunal Supremo 65/2011 de 16 mayo del Tribunal Constitucional** parte del supuesto de hecho de que la sentencia de primera instancia inadmitió un recurso por su extemporánea presentación. La Sala de lo contencioso ante la que se alzó la parte inadmitida, desestimó el recurso por insuficiente cuantía y, Tribunal Constitucional declaró la posibilidad de apelación de las sentencias que apreciaban la inadmisibilidad, y lo hacía en estos términos: “*O, dicho con otras palabras, que **las Sentencias de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que declaren la inadmisión de un recurso contencioso-administrativo son susceptibles de recurso de apelación cualquiera que sea su cuantía, salvo claro está las relativas a materia electoral comprendidas en el art. 8.5 LJCA. Este régimen legal encuentra su razón de ser en la mayor efectividad del derecho a obtener una resolución judicial de fondo, pues posibilita que en todos los casos -independientemente de su cuantía- en que la primera instancia concluye con una decisión judicial de cierre del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo exista una vía de recurso para que otro órgano judicial verifique si dicha resolución judicial es conforme con el derecho de acceder a la jurisdicción y obtener una resolución de fondo sobre las cuestiones suscitadas**”.*

Esta doctrina, concorde a los postulados que aquí venimos defendiendo, no se correspondía con la inexplicablemente restrictiva del propio Tribunal Constitucional que en Sentencia 59/2003 de 24 de marzo de 2003, consideró que no se había producido vulneración de la tutela judicial al rechazar el recurso de apelación los autos declarativos de inadmisibilidad dictados en supuestos de instancia única.

La base de su decisión, se encuentran en una interpretación, insoportablemente literalista, del artículo 80. 1 de la LJCA que admite –tan solo- los recursos de apelación contra los autos dictados por los Juzgados, “en procesos de los que conozca en **primera instancia**, en los siguientes casos: c) *Los que declaren la inadmisión del recurso contencioso y administrativo o hagan imposible su continuación*” Advirtamos la reducción del precepto a los supuestos de inadmisión, no a otros. Así lo justificaba el T. C.

“Pues bien,.... el art. 80.1 c) de dicha Ley procesal, que, como hemos señalado con anterioridad, prevé exclusivamente el carácter apelable de los Autos declarativos de la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo o que impidan su continuación dictados por los Juzgados unipersonales “en primera instancia”, y no la apelabilidad de todos ellos, incluidos los dictados en supuestos de instancia única. Y todo ello con independencia de que también fuesen razonables otras posibles interpretaciones de la legalidad procesal contencioso-administrativa sobre la cuestión, debiendo recordarse, a este respecto, que no es función de este Tribunal “la de, entre dos interpretaciones razonables de una norma, elegir cuál de ellas le parece más razonable”. Declarando en consecuencia a la luz de las anteriores consideraciones que debe rechazarse la existencia de la alegada vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su esfera de derecho de acceso a los recursos.

La situación que se genera, no puede ser más desconcertante. Si el particular tiene la “desgracia” de que su recurso se inadmita mediante Auto jamás será conocido su asunto por un juez, porque el artículo 80. 1.c) lo impide. En cambio si tiene la “fortuna” de que el, Juez espere a resolver la excepción por Sentencia, tendrá expedida la apelación de acuerdo con lo previsto en el artículo 80. 2 de la LJCA.

Incluso hasta podíamos llegar al absurdo de procedimientos paralelos idénticos, lo cual es fácil que suceda en materia tributaria o de personal, unos resueltos por Auto y otros por Sentencia. Un recurrente podría continuar con la apelación, y el otro no.

Desde mi punto de vista, el tribunal constitucional contraviene su doctrina relativa a a la tutela judicial efectiva cuando determina que el núcleo esencial de ésta se halla en el derecho de acceso a la jurisdicción, para obtener, al menos, primer pronunciamiento, al que en este caso no tuvo la oportunidad de acceder el recurrente porque el artículo 80. 1. c) se lo impide. Ello por no citar los pronunciamientos tantas veces reiterados a propósito los “formalismos enervantes”; el “escrutinio constitucional especialmente severo” ante los supuestos de inadmisibilidad o, en fin la obligación de interpretar con amplitud las Leyes procesales restrictivas del acceso a la jurisdicción”.

VII - LA PROGRESIVA RIGORIZACIÓN DEL ANÁLISIS DE LA PREPARACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN. (art. 86 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

La necesidad de anticipar los concretos motivos en los que se fundamentara el escrito de interposición del recurso de casación como causa de inadmisión del mismo.

La LJCA en sus arts. 89 y 92, distingue con toda claridad, la fase de preparación del recurso de casación, limitada a manifestar la intención de interponer el recurso y hacer una sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos, que si bien no es explícitamente consignado en el mencionado precepto, la jurisprudencia del TS concretó en los siguientes:

- a).- el carácter recurrible de la resolución que se intenta impugnar,
- b).- la legitimación de la parte recurrente,
- c).- el cumplimiento del plazo legalmente fijado para presentar el escrito de preparación y,
- d).-la intención de interponer el recurso de casación contra la sentencia o auto impugnados.

Así lo vino entendiendo de forma constante y reiterada la jurisprudencia del TS, de la que es exponente el **ATS de 12 de Julio de 2007, casación núm. 5.013/2006**, ponente: de Oro-Pulido, que no solo nos recuerda en carácter antiformalista de la Ley de la Jurisdicción, sino que declara con cita de numerosos autos del TS que la expresión de los motivos que han de servir de fundamento al recurso de casación es exigible únicamente en el escrito de interposición del recurso más no en el de preparación del mismo.

Esta doctrina jurisprudencial se mantiene hasta el año 2009, en que el Alto Tribunal comienza a dar un giro que concluirá en la **necesidad de anticipar en el mismo escrito de preparación los concretos motivos –de entre los previstos en el artículo 88.1 de la LJCA- en que más tarde se fundamentará el escrito de interposición, pero solo en el caso de recursos de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia.**

La doctrina del TS hasta el año 2009 era la de que la expresión de los motivos que han de servir de fundamento al recurso de casación es exigible únicamente en el escrito de interposición del recurso más no en el de preparación del mismo.

Valga como ejemplo del mismo el ATS de 12 de julio de 2007, casación núm. 5.013/2006, ponente: de Oro-Pulido, a cuyo tenor:

*«No se aprecia la concurrencia de la causa de inadmisión del recurso opuesta por la parte recurrida, toda vez que la expresión de los motivos que han de servir de fundamento al *recurso de casación es exigible únicamente en el escrito de interposición del recurso, y así lo establece el artículo 92.1 de la Ley de la Jurisdicción, no en el de preparación, en el que, con arreglo al artículo 89.1, basta manifestar la intención de interponer el recurso y hacer una sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos. Tales requisitos no son explícitamente consignados en el mencionado precepto, pero este Tribunal ha puesto de manifiesto la necesidad de hacer constar el carácter recurrible de la resolución que se intenta impugnar, la legitimación de la parte recurrente, el cumplimiento del plazo legalmente fijado para presentar el escrito de preparación y la intención de interponer el recurso de casación contra la sentencia o auto impugnados (por todos, Auto de 5 de febrero de 2001) lo que el escrito de preparación del Abogado del Estado satisface de forma suficiente.»**

Sin embargo, en el año 2009, el TS cambia esa doctrina y pasa a sostener que **es necesario anticipar en el escrito de preparación los motivos que se piensan esgrimir en el escrito de interposición** pero solo en el caso de recursos de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia. Así lo estableció el **ATS de 23 de abril de 2009, casación núm. 3.146/2008**, ponente: Fernández Montalvo, con intención de «resolver definitivamente esta cuestión» en su FJ 5.º en estos términos:

Así las cosas, hemos de clarificar y resolver definitivamente esta cuestión en el sentido que acabamos de apuntar, con base en las siguientes consideraciones:

a) Los dos apartados de que consta el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción deben ser interpretados y aplicados de forma conjunta y armónica. Así, el segundo apartado no es independiente del primero o alternativo al mismo, al contrario, se asienta en el apartado primero y establece un requisito añadido sobre éste, para el caso específico que en él se contempla, de sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia. Consiguientemente, la regla general aplicable a todos los casos y motivos casacionales (ex art. 89.1) es que ha de anunciarse ya en la preparación el motivo del artículo 88.1 al que se acogerá el recurso de casación; y existe además un caso específico de impugnaciones casacionales (ex art. 89.2), las concernientes a sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia y basadas en el motivo casacional del subapartado d), en las que ha de darse en el propio escrito de preparación un paso más, no sólo anunciando el motivo sino además justificando, sucinta pero en todo caso suficientemente, la infracción del Derecho estatal o de la Unión Europea en que ese motivo pretende basarse, como corresponde a su naturaleza.

b) Por eso, si el escrito de preparación no especifica en modo alguno los motivos a los que se acogerá la interposición, el recurso es inadmisibles por aplicación del artículo 93.2 .a) en relación con los artículos 88.1 y 89.1, todos ellos de la Ley Jurisdiccional, por haber sido defectuosamente preparado. Y esta misma conclusión, la de inadmisibilidad, es de aplicación, aunque sea de forma limitada a los motivos casacionales afectados, cuando se desarrolle en el escrito de interposición un motivo no anunciado previamente en el escrito de preparación.

c) La exigencia legal de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, es aplicable sólo respecto de las sentencias procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia (quedan excluidas la Sentencias de la Audiencia Nacional y los Autos), al igual que ocurre con la carga añadida del apartado segundo del mismo precepto, que sólo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia.

d) La labor de las Salas de instancia de los Tribunales Superiores de Justicia en esta fase de preparación, por lo que respecta a la

verificación de la cita de los motivos a los que se acogerá el recurso, es de comprobación formal de que efectivamente el recurso se anuncia por alguno o algunos de los motivos del tan citado artículo 88.1, sin que en este trámite pueda someterse a censura el acierto jurídico de las infracciones normativas que se anuncian en el referido escrito.»

La necesidad de anticipar en el mismo escrito de preparación los concretos motivos –de entre los previstos en el artículo 88.1 de la LJCA– en que más tarde se fundamentará el escrito de interposición no ya solo en el caso de recursos de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, sino en todos los recursos de casación ordinarios

Veamos brevemente la evolución seguida y que desembocará en una verdadera convulsión, con la consecuencia de aquello que se ha llamado “la jurisprudencia creadora de Derecho”

1.- El ATS de 23 de abril de 2009, casación núm. 3.146/2008, ponente: Fernández Montalvo, primer giro de tuerca, referida a los recursos de casación frente a las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las CC.AA

El auto a que nos referimos, cambia la doctrina y pasa a sostener que es necesario anticipar en el escrito de preparación los motivos que se piensan esgrimir en el escrito de interposición pero solo en el caso de recursos de casación contra sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia, para ello se basa en cuatro razones que podemos sintetizar del siguiente modo:

a). Interpretación integradora –dice- de los dos apartados de que consta el artículo 89 de la Ley de la Jurisdicción, de modo que a tenor del apartado 2 del citado art. 89, se exige no solo que se anuncie sino además justificando, sucinta pero en todo caso suficientemente, la infracción del Derecho estatal o de la Unión Europea en que ese motivo pretende basarse, como corresponde a su naturaleza.

b) Por eso, si el escrito de preparación no especifica en modo alguno los motivos a los que se acogerá la interposición, el recurso es inadmisibles por aplicación del artículo 93.2 .a) en relación con los artículos 88.1 y 89.1, todos ellos de la Ley Jurisdiccional, por haber sido defectuosamente preparado.

c) Circunscribe el supuesto a las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, porque el art. 88.3 expresamente excluye las sentencias y Autos que dicte la Audiencia, (debió querer decir 86.4 LJCA).

d) Añade que, la labor de las Salas de instancia de los Tribunales Superiores de Justicia en esta fase de preparación, por lo que respecta a la verificación de la cita de los motivos a los que se acogerá el recurso, es de comprobación formal de que efectivamente el recurso se anuncia por alguno o algunos de los motivos del tan citado artículo 88.1, sin que en este trámite pueda someterse a censura el acierto jurídico de las infracciones normativas que se anuncian en el referido escrito.»

2.- EL ATS de 10/02/2011 (rec. cas n° 2927/2010), supone la segunda vuelta de tuerca, pasando exigir la motivación en el escrito de preparación a incluso las sentencias que dicte la Audiencia Nacional

Hasta el Auto del TS de 10 de febrero de 2011, casación 2.927/2010, ponente: Yagüe, esa exigencia de anticipar los motivos en el escrito de preparación de la casación era meramente formal en el caso de recursos de casación contra resoluciones judiciales dictadas por la Audiencia Nacional y también en el caso de que las resoluciones impugnadas hubiesen sido dictadas por los TSJ sin perjuicio de cumplir aquí el juicio de relevancia estatal al que nos hemos referido. Era suficiente con expresar de forma sucinta en el escrito de preparación que el futuro escrito de interposición se fundamentaría p. ej.: en los motivos previstos en el art. 88. 1.c) de la LJCA por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de las sentencias y en el art. 88.1.d) de la LJCA por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, sin más precisiones ni concreciones, para que se considerase por el TS que el escrito de preparación había cumplido con la exigencia de anticipar los motivos del escrito de interposición, como lo evidencia la mera lectura del ATS de 6 de mayo de 2010, La Ley 86006/2010, a cuyo FJ 3.º nos remitimos, sin embargo **el ATS de 10 de febrero de 2011: sienta una nueva doctrina que supone el final de los escritos de preparación formularios.**

El mencionado ATS de 10 de febrero de 2011 que rectifica la doctrina de la Sala en los FD 4.º apartado a) y en su FD 5.º, precisa el concreto alcance de la exigencia de cita de los motivos del artículo 88.1 que se predica del escrito de preparación del recurso de casación y los términos en que debe producirse, en atención, no a lo que resulta de la LJCA, sino conforme con la finalidad y relevancia de la mención de tales motivos casacionales en ese escrito, aduciendo las siguientes consideraciones:

Cuando el artículo 89.1 LJCA establece que el escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos de forma

exigidos, se está refiriendo a los requisitos expresados en los artículos anteriores, y entre ellos figura de forma primordial la tajante regla procesal del artículo 88.1, que exige que el recurso se funde, exclusivamente, en alguno o algunos de los cuatro motivos que ahí se perfilan; de manera que es carga del recurrente en casación indicar ya en la fase de preparación el concreto o concretos motivos en que se fundará el recurso y no en cualesquiera otras razones no contempladas en la Ley Jurisdiccional, con indicación de los concretos preceptos o jurisprudencia que se reputan infringidos o del contenido de las infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendan denunciar y desarrollar en el escrito de interposición del recurso de casación, aunque fuere de forma sucinta.

Si así no se exigiera, es decir, si se estimara innecesario anticipar el motivo o motivos al que se acogerá el escrito de interposición en los términos expresados, el trámite de preparación quedaría privado de su sentido y finalidad característicos, desde el momento que el Tribunal a quo quedaría desprovisto de elementos de juicio para verificar que el recurso de casación cumple el más primario requisito de procedibilidad, cual es que se funda formalmente en uno de esos cuatro motivos, con indicación de las infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas, y no en otro tipo de consideraciones ajenas al sistema de la Ley procesal, y la parte recurrida carecería de la información necesaria al respecto para adoptar la posición procesal que estimara pertinente.

Añade que esta exigencia de expresión de las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales en el escrito de preparación existe tanto cuando la resolución impugnada procede de los Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional y cualquiera que sea el motivo del artículo 88.1 que se utilice...

3.- El giro copernicano se completa en la asunción generalizada de la anterior doctrina por los siguientes autos del TS

El criterio sustentado en el precitado Auto de 10 de febrero de 2011 es corroborada en otros Autos posteriores de los que son exponentes el **ATS de 12 de mayo de 2011** (recurso núm. 5.449/2010, ponente: Yagüe Gil), después de reproducir la doctrina del ATS de 10 de febrero de 2011, la aplica al caso en la forma siguiente en sus FD 6.º y 7.º: «Proyectadas estas consideraciones sobre el caso que ahora nos ocupa, es claro que, como *ut supra* advertimos, la parte aquí recurrente, en el escrito de preparación del recurso de casación presentado ante la Sala a quo, no anunció la interposición del recurso amparándose en los

motivos enumerados en el artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional, y no hizo mención alguna a las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales que se pretendían denunciar y desarrollar en el escrito de interposición, aunque fuere sucintamente.

En consecuencia, por las razones que hemos explicado en los fundamentos anteriores, hemos de concluir que sería inadmisibile el recurso por no haber sido anunciado en el escrito de preparación los motivos del art. 88.1 de la Ley Jurisdiccional con las exigencias expresadas, sin que frente a esta conclusión puedan prevalecer las razones expuestas por el actor en el trámite abierto por providencia, a las que hemos dado respuesta en el cuerpo de esta resolución.

No es baladí esa desconcertante y restrictiva evolución de la doctrina del T. S., pues sus efectos catastróficos para la parte que preparó recurso de casación, seguramente tal como había hecho con otros muchos anteriores, que se encuentra con el portazo de la inadmisión, porque ya no vale seguir con los viejos usos de la preparación, lo procedente es la exhaustiva justificación tanto de los motivos en que se va a basar la interposición del recurso (artículo 88. 1) , además del imprescindible juicio de relevancia (artículo 89 (apartados 1 y 2), en relación 86. 4 cuando, durante muchos años estaba muy muy sucinta exposición.

Este vaivén, no es fruto de nuestra imaginación, sino que se refleja numerosos autos, como nos indica este:

Recurso nº 3789/2010 de 16 de Diciembre de dos mil diez .Tribunal Supremo .Sala de lo Contencioso-Administrativo .Sección Primera. Ponente D. José Manuel SieiraMíguez. F. j. 5º:

Hemos de reconocer que si bien la jurisprudencia ha sido unánime a la hora de exigir en el escrito de preparación la observancia de requisitos como los de hacer constar la legitimación de la parte recurrente o el carácter recurrible de la resolución combatida, el cumplimiento del plazo para recurrir y la intención de interponer el recurso de casación, sin embargo no existe esa misma homogeneidad en cuanto respecta a la necesidad de anticipar en dicho escrito los concretos motivos que se harán valer en la interposición del recurso,.....

Ahora bien, **no ha existido esa misma unanimidad a la hora de resolver si los motivos previstos en los apartados a), b) y c) han de ser en todo caso anunciados en el escrito de preparación, aunque no sea necesario “justificar” de forma añadida las infracciones que a través de ellos se denuncien, configurándose así ese anuncio como un**

auténtico presupuesto de procedibilidad para que puedan ser válidamente esgrimidos y desarrollados en el escrito de interposición.

En este particular debe precisarse que, aunque no han faltado resoluciones de esta Sala que han dado una respuesta negativa a tal cuestión, señalando que la expresión de los motivos que ha de servir de fundamento al recurso de casación es exigible únicamente en el escrito de interposición del recurso, no en el de preparación (ATS, Sección 1ª, de 12 de Julio de 2007, recurso de casación 5013/2006).

Además, es constante la doctrina de este Tribunal exigiendo que el recurrente se acoja en el escrito de preparación a alguno de los supuestos contemplados en el artículo 87 de la Ley Jurisdiccional, **cuando la resolución judicial que se pretende recurrir es un Auto** (AATS de 22 de Septiembre de 2005, recurso de casación 2070/2005, y 26 de Mayo de 2008, recurso de queja 866/2007, entre otros muchos) . .

No ha existido esa misma unanimidad a la hora de resolver si los motivos **previstos en los apartados a), b) y c)** han de ser en todo caso anunciados en el escrito de preparación, aunque no sea necesario “justificar” de forma añadida las infracciones que a través de ellos se denuncien, configurándose así ese anuncio como un auténtico presupuesto de procedibilidad para que puedan ser válidamente esgrimidos y desarrollados en el escrito de interposición.

No obstante, debe reconocerse que en ocasiones tal exigencia se ha predicado tan sólo respecto de los recursos de casación preparados frente a sentencias de las Salas de los Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, excluyéndose expresamente esta exigencia respecto de las Sentencias de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (en este sentido, Autos de esta Sala y Sección de 23 de Abril de 2009, rec. 3146/2008, 9 de Julio de 2009 rec. 5647/2008, y 6 de Abril de 2010, rec. 5368/2009, entre otros). Aunque, porque, finalmente, el régimen impugnatorio casacional, quedó unificado.

VIII.- LA INNECESARIEDAD DE LA PREPARACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN.

La configuración del recurso de casación se ha ido nutriendo a través de criterios interpretativos que pasaron de la práctica irrelevancia del escrito, al anticipo bastante exacto de lo que iba a ser la interposición. En la práctica, la preparación se ha convertido en un avance detallado de lo que formará parte del escrito de interposición. De ser poco

más que un mero formulario; en estos momentos el escrito de interposición hay que tenerlo en la cabeza al prepararlo, a fin de no caer en las cada vez más sofisticadas interpretaciones pro inadmisión. De hecho, la interposición no es más que una versión ampliada del escrito de preparación. Es más, en la práctica si no fuese porque el plazo de preparación es tan sólo de 10 días, lo aconsejable sería (aunque hay ya quien lo hace) elaborar la interposición sintetizarla y convertirla en escrito de preparación. Es la forma de no estudiar el mismo asunto dos veces.

La doctrina jurisprudencial, que después veremos, aún no habiéndose planteado nunca lo superfluo de la existencia de los trámites de preparación más interposición, nos facilita llegar a estas conclusiones desde el momento en que la admisión de la preparación del recurso de casación no constituye obstáculo procesal alguno para que el T. S. lo admita, al no sentirse vinculado al Auto de admisión de la preparación del recurso dictado por el T.S. J.

Los Tribunales Superiores conscientes de lo irrelevante de su pronunciamiento, optan por generalmente por la admisión del recurso, sin entrar a considerar la adecuación de los motivos del recurso al artículo 88. 1.

En cambio sí que entienden más justificada su intervención, cuando la preparación atañe a los requisitos de forma (art. 86.2), tales como legitimación, cuantía, ser materia exceptuada del recurso etc. En estos casos no se requiere de un análisis tan fino y, hace bien el Tribunal de Instancia en impedir la prosecución del recurso.

Lo realmente positivo sería unificar la preparación y la interposición en un sólo trámite. O bien se interpone directamente ante el T. S., o se amplía el plazo de la preparación para convertirlo en escrito de interposición. La actual situación es, desde nuestro punto de vista insostenible, y claramente disfuncional. Ejemplos los tenemos a cientos.

Jurisdicción: Contencioso-Administrativo. Tribunal Supremo. Sentencia: 07/06/2006. Sala:Tercera.Sección:Sexta .Número Recurso: 2558/2003 :

Tercero.- Habiéndose solicitado, la inadmisión del recurso de casación interpuesto procede pronunciarse en primer lugar sobre dicha cuestión.

“Es doctrina reiteradísima de esta Sala que “el artículo 86.2.b)...., habiendo dicho esta Sala reiteradamente que es irrelevante, a los efectos de la inadmisión del expresado recurso, que se haya tenido por

preparado por la Sala de instancia o que se hubiera ofrecido al tiempo de notificarse la resolución recurrida,”

En idéntico sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 20/03/2014. Sección: Primera Número Recurso: 517/2013, y muchísimos más.

IX.- EL INTERES CASACIONAL

El interés casacional aparece como una **nueva causa de inadmisión** del recurso de casación en el **artículo 93.2.e) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de Julio**¹¹(“ ... si se apreciase que el asunto carece de interés casacional”).

Por razones que desconocemos esta causa permaneció en profundo letargo varios años, salvo casos esporádicos, aunque se ha ido abriendo paso progresivamente, hasta constituir un motivo cotidiano de inadmisión; convirtiéndose junto al interés constitucional, en causas gemelas de acreditada eficacia inadmisora.

La elasticidad de argumentos tales como el gran número de situaciones afectadas, o no poseer suficiente contenido de generalidad, a nadie escapará que constituyen instrumentos valiosísimos para el avance de la doctrina de la inadmisibilidades, ya que el artículo 93 lo configura como un caso más de inadmisión.

A los tribunales debemos reconocerles la función interpretativa del derecho, pero durante el proceso de fijación de los conceptos jurídicos indeterminados a la realidad procesal, se infligen excesivos sacrificios a los litigantes que concurren al pleito bajo una doctrina jurisprudencial en formación, y por tanto sin la garantía de estabilidad y certeza requerible a la aplicación del ordenamiento jurídico, y que desdichadamente para el justiciable, suele decantarse hacia las posiciones más restrictivas en el acceso a la casación o al amparo. Estas dudas al parecer ya acechaban al Tribunal Supremo, como podemos en la **Sentencia de 01/12/2003. Sala Tercera. Sección: Cuarta .Número Recurso: 7917/2000.**

F.J. 2º.- *“La doctrina de esta Sala hace un uso moderado de la causa de inadmisión alegada teniendo en cuenta la incidencia que po-*

¹¹ Artículo 93. [Casos de inadmisión]

2. La Sala dictará auto de inadmisión en los siguientes casos:

e) *En los asuntos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición general, si el recurso estuviese fundado en el motivo del artículo 88.1 d) y se apreciase que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.*

dría tener en la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva una interpretación extensiva de la previsión establecida en el indicado artículo 93.2.e) LJCA.

Su aplicación requiere, en primer lugar, una serie de exigencias objetivables,..... Pero, además, exige la consideración y proyección de conceptos jurídicos indeterminados como son el que “no afecte a un gran número de situaciones o no posea el suficiente contenido de generalidad”.

.... esto es, que existe interés casacional cuando la cuestión debatida se proyecte a un número considerable de situaciones o sea susceptible de generalización. ...

La afectación a un gran número de situaciones no es menester que sea actual, sino que basta con que aparezca su potencialidad futura respecto a plurales situaciones. Pero concurre también, aun sin aparecer dicha afectación cuando, la sentencia recurrida tiene efectos generales en relación con la interpretación del ordenamiento jurídico o con la regulación de una institución, en el sentido de que el criterio establecido sea susceptible de influir, directo o indirectamente, en el modo de aplicación de normas, aun cuando la doctrina que se postula de este Tribunal se refiera de forma directa a un reducido número de situaciones.”

Reviste indudable interés, a los efectos que aquí nos ocupan, la afirmación que hemos destacado al inicio del F. J. 2º sobre el peligro que encerraba para el principio de la tutela judicial efectiva, la aplicación de esta causa de inadmisibilidad. Pues bien, ya estamos ahí tras largo tiempo de aplicación restrictiva o elusión de la norma. Lo que para el Tribunal Supremo en el año 2003 parecía un peligro, ha dejado de serlo, pasando a ser un instrumento de uso cotidiano al servicio de la inadmisibilidad.

Ramón Castillo Baidal¹² nos recuerda que es a partir de 2010, tras la firma del Plan de Actualización de la Sala Tercera y la ampliación de los medios personales del Gabinete Técnico cuando se comienza a realizar un estudio más en profundidad de los recursos y, sobre todo, con la potenciación de otras causas de inadmisión como el interés casacional. Hasta el Auto de 19 de noviembre de 2001 no se había rechazado el recurso de casación por carecer de interés casacional, y se hizo en los siguientes términos:

¹² 2”La carencia de interés casacional: situación actual y perspectivas de futuro” (“Revista jurisprudencia, número 1, de 3 octubre 2013)

Tribunal Supremo Sala: Tercera. Auto 19/11/2001 n° 8571 / 1999

Segundo.- la homologación de los títulos civiles de profesor de seguridad vial y director de escuela de conductores basada en la previa posesión del título militar de profesor - director de escuelas de conductores militares , no puede afirmarse que afecte a un gran número de situaciones ni posea el suficiente grado de generalidad , por lo que , en aplicación del artículo 93 . 2. e) de la LRJCA , la conclusión no puede ser otra que la de que carece de interés casacional.. “ .

De haber constituido un motivo de inadmisibilidad casi invisible durante 10 años, el plan de actualización de la Sala Tercera y, fundamentalmente el apoyo prestado por el Gabinete Técnico, han sido elementos decisivos para la plena actualización de éste motivo de inadmisión.

La reactivación del interés casacional viene pareja a la reivindicación por la Sala tercera de su naturaleza de órgano jurisdiccional superior, para eludir de la conflictividad ordinaria, y orientar sus esfuerzos hacia la consecución de la unidad del ordenamiento y la depuración de errores, reafirmando la función nomofiláctica del recurso.

La configuración de este motivo de casación requiere, desde el punto de vista formal, la concurrencia de los siguientes requisitos: que debe tratarse de un asunto de cuantía indeterminada y basarse en la infracción del artículo 88. 1. d), es decir infracción de normas ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia; asegurándose así su función de garante del ordenamiento jurídico que, en realidad, es el lugar en el que quiere situarse el T. S. La Ley huye, en consecuencia, de plantearse el interés casacional con las cuestiones de índole menor que puedan subyacer en los apartados b) y c).

La auténtica finalidad de este tipo de inadmisibilidad, es para el T.S. Tribunal según explicita en su Sentencia de **24 de Noviembre de 2.011**(Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 1ª), no es otra más que la **“filtrar y delimitar los asuntos que merecen ser examinados en el marco de este recurso extraordinario”**, para desplegar su auténtica función **“ interpretativa y aplicativa del ordenamiento jurídico sobre el que no haya doctrina jurisprudencial, o aun habiéndola, haya sido desconocida o infringida por el Tribunal de instancia; cuando se trata de un recurso que, aunque versando sobre cuestiones que ya han sido examinadas y resueltas por la jurisprudencial, realiza el informe crítico de la misma que pudiera dar pie a una reconsideración de dicha doctrina y**

eventualmente a su cambio; cuando el asunto suscitado, aun sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores plantea una cuestión que por su repercusiones socio económicas revista tal entidad que requiera el pronunciamiento del Tribunal Supremo de España”.

Enumeración que, la propia sentencia advierte que no es exhaustiva.

X.- EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES PREVIO A LA INTERPOSICION DEL RECURSO DE AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

La Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional n° 216/2013 de 19 de Diciembre (recurso de amparo 10846/2009), replantea la doctrina que hasta el momento se estaba siguiendo en cuanto a la exigencia de la formulación de un incidente previo de nulidad de actuaciones, para poder acceder al recurso de amparo, siendo sus pronunciamientos más destacables, los siguientes:

En primer término marca bien las distancias con el Auto del propio Tribunal Constitucional 200/2010, pues da respuesta a una situación muy concreta y sin vocación de aplicación extensiva en cuanto a la vulneración del mandato expreso del art. 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹³.

Descartada la aplicabilidad de la doctrina establecida en el citado Auto, y entrando abiertamente al fondo de la cuestión, sostiene el Tribunal en su F.J. 2° que **la doctrina del agotamiento de la vía judicial previa “debe ser revisada en primer lugar por el carácter subsidiario del recurso de amparo, ya que no ha lugar al mismo cuando en las sucesivas instancias ha habido oportunidad y ocasión para invocar la vulneración del derecho fundamental”.**

Esa es, realmente, la fundamentación del carácter subsidiario del recurso de amparo, que solo tiene viabilidad cuando no se ha brindado a otros órganos judiciales la oportunidad de pronunciarse ni de remediar la lesión de los derechos fundamentales susceptibles de amparo constitucional.

Asimismo se alude a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional de que la fijación de los remedios procesales pertinentes quedan a la decisión de la legalidad ordinaria, a quien corresponde

¹³ “No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítimo o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

decidir las instancias fiscalizadoras, no estando, por tanto, habilitado el Tribunal para suplantar a los órganos de la jurisdicción ordinaria en la interpretación de la legalidad procesal.

El carácter subsidiario del recurso de amparo queda “sobradamente garantizado cuando el asunto pasó por tres instancias judiciales, en cada una de las cuáles hubo ocasión de examinar las alegadas lesiones de derechos fundamentales y se decidió en consecuencia, por lo que el recurrente no estaba obligado a promover, además, el incidente de nulidad de actuaciones del art. 241.1. de la L.O.P.J. frente a la Sentencia de casación impugnada. Dicho en otros términos, la interposición del incidente de nulidad no puede considerarse razonablemente exigible en casos como este. La causa de inadmisibilidad opuesta por este motivo, debe ser, en consecuencia, rechazada en tales condiciones no puede reprocharse al demandante que no plantease ante el propio Tribunal Supremo incidente de nulidad de actuaciones, con la pretensión de que este reconsiderase el fondo de su resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial” (tal como ya se dijo en su propia Sentencia nº 181/2011 de 21 de Noviembre, F.J. 2).

Concluye el Tribunal diciendo que no puede reprocharse al recurrente haber obviado este incidente “habida cuenta que la pertinencia de ese remedio procesal es al menos dudosa”.

A lo dicho se añadiría, además, una razón de estricta practicidad procesal como es la de que si resultas obligado utilizar todos los recursos, incluido el incidente de nulidad se “corre el riesgo de incurrir en extemporaneidad al formular alguno que no fuera en rigor procedente” (se cita, por todas, la propia Sentencia del Tribunal Constitucional 192/2005, de 18 de Julio).

No es que hayan desaparecido de la faz de los tribunales, providencias que reiteran la inadmisibilidad por no haber agotado debidamente los medios de impugnación dentro de la vía judicial. Siguen existiendo, pero se reservan para aquellos casos en los que el T.C. advierta que no se dan las circunstancias antedichas de falta de agotamiento de la vía judicial.

No obstante, sería mucho más satisfactorio para la integridad de los derechos de las partes, en lugar de resolver mediante Providencia de inexpressivo contenido, se acordase por Auto, de suerte que pudiéramos acceder a la doctrina que subyace tras la Providencia. Una mínima fundamentación fáctica y jurídica, por medio de un Auto en lugar de una opaca a Providencia, nos evitaría estas disquisiciones.

Cuestiones de tanta trascendencia, a pesar de que lo diga el artículo 50.1.a) de la LOTC, no pueden zanjarse mediante providencia, ya sea del Pleno para los supuestos de admisión, o de simple providencia de inadmisión especificando el requisito incumplido. Con el agravante de que tan solo se notifica al ministerio fiscal, quien podrá recurrirlo por término de tres días. Resolución que se dictará por auto, no susceptible de impugnación.

Ahora bien, tampoco piense el recurrente al que por ventura le cupo el honor de soslayar este primer escollo, que va a ser admitido su recurso de amparo, le falta todavía el definitivo y difícilmente superable de la consideración de la falta de “*especial trascendencia constitucional del recurso*” del que ya nos ocupamos anteriormente.¹⁴

Tampoco piense el recurrente que por ventura vio admitido su recurso de amparo, que ha superado el obstáculo definitivo. El siguiente será la consideración de la falta de “especial trascendencia constitucional del recurso” del que nos ocupamos a continuación.

XI.- LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL.

Ley Orgánica 6/2007 de 24 de Mayo, (modificativa La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979 de 3 de Octubre) tras una experiencia acumulada a lo largo de más de 25 años de actividad, justifica en su Exposición de Motivos la introducción de este nuevo motivo de inadmisión por razón del “... *mayor desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en relación con las demás funciones del Tribunal Constitucional, la Ley procede establecer una nueva regulación de la admisión del recurso de amparo en la regulación del recurso de amparo*”.

Su artículo 50 y, con el propósito restrictivo en el que venimos insistiendo, dispone como **requisitos más significativos para la admisión del recurso de amparo que** “*el contenido del recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para la aplicación o para su general eficacia y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales*”.

¹⁴ Merecen ser citadas las reflexiones de Soledad BarberBurusco. Magistrada. Letrada del Tribunal Supremo Publicadas en la Actualidad Jurídica

Será el tribunal constitucional, en consecuencia, el que fijará el canon de la “importancia” interpretativa respecto de la constitución y el carácter “general” de la decisión que se adopte respecto del contenido y alcance de los derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, en Sentencia de Pleno nº 155/2009 de 25 de Junio, y apoyo en la Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, nos desvela lo que debe entenderse por especial trascendencia constitucional, al decir que *“para la admisión del recurso de amparo no es suficiente la mera lesión de un derecho fundamental o libertad pública del recurrente tutelable en amparo (artículos 53.,2 y 161.1.b), c) y e) de Constitucional Española y 41 de la LOTC), sino que además es indispensable, en lo que ahora interesa, la especial trascendencia constitucional del recurso (artículo 50.1.b) LOTC). El recurso de amparo, en todo caso, sigue siendo un recurso de tutela de derechos fundamentales”*.

Concepto para el que dicho Tribunal cuenta, en sus propias palabras, con un **“amplio margen de apreciación”**, que la expresada sentencia, ha sintetizado así:

“a).-que no haya doctrina; b) que suponga una ocasión para aclarar o cambiar su doctrina; c) que la vulneración denunciada provenga de la Ley o de otra disposición de carácter general; d) que la vulneración traiga causa de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley lesiva de un derecho fundamental; e) que la doctrina del TC sobre el derecho fundamental vulnerado esté siendo incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria o existan resoluciones judiciales contradictorias, f) cuando un órgano judicial incumpla el deber de acatamiento de la doctrina del TC; f) cuando el asunto suscitado plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica, o tenga consecuencias políticas generales, particularmente determinados amparos electorales o parlamentarios”.

En sentido positivo, entiende el T.C. que sí debe de apreciarse concurre especial trascendencia constitucional (Sentencia 216/2013 de 19 diciembre. Recurso de amparo 10.846/2009), cuando a través de éste recurso se trata de *“delimitar con el requisito del agotamiento de la vía judicial... un presupuesto sometido al examen nos permite reflexionar sobre la cuestión de la exigibilidad de la interposición del incidente de nulidad actuaciones... El Pleno no se ha pronunciado antes propuesta específica cuestión ...”*

En el ámbito formal la resolución de admisión del recurso debe ser adoptada por unanimidad, y tendrá forma de Providencia. Reiteramos las observaciones anteriormente expuestas, a propósito de la indefensión que causa resolver mediante Providencia, aunque el artículo 206 de la LEC así lo autorice. Desacuerdo que reiteramos en cuanto al exclusivo del destinatario de la misma, el Ministerio Fiscal, único eventual recurrente.

Es al tribunal constitucional, y sólo a él, “a quien corresponde apreciar en cada caso la existencia o inexistencia de esa ‘especial trascendencia constitucional’. Para ello atenderá, según dispone el art. 50.1 b) LOTC , 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”.

Partiendo de un concepto tan lábil como el de “trascendencia constitucional”, la inexistencia de derecho a una decisión motivada, nos parece un claro atentado al principio de tutela judicial efectiva. Sabemos que la tutela judicial efectiva no garantiza el derecho a la interposición de determinados recursos, sino que sólo protege el acceso a la jurisdicción; pero existiendo, como existe, recurso de amparo, no es tolerable el rechazo inmotivado. Si es así, estamos rozando la línea de la tutela judicial efectiva, si no es que la hemos sobrepasado, en demérito del recurrente.

Como ejemplo citó la estereotipada Providencia del Tribunal Constitucional de 20 mayo 2011 (que tomo del recurso de amparo número 7443/2010. Sala primera. Sección segunda): *“la Sección ha examinado el recurso presentado y acordado no admitirlo por no apreciar en el mismo especial trascendencia constitucional que, como condición para la admisión del recurso de amparo, requiere el artículo 50. 1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, redactado por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 mayo (STC 155/2009 de 25 de julio, F. J. 2). Notifíquese con indicación de que, en el ministerio fiscal no hubiere interpuesto recurso de súplica del plazo de tres días, se observarán estas actuaciones sin más trámite (artículo 50. 3 LOTC)”*.

XII-LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO AUTÓNOMICO EN SEDE CASACIONAL.

La regulación del recurso de casación, desde la vigente Ley de lo Contencioso, ha procurado establecer una frontera muy clara entre la normativa Estatal, la Comunitaria Europea y la Autonómica, de suerte

que se requiere justificar que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea “*ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia*”, para que el recurso de casación sea admisible (artículo 89.2 de la LRJCA).

El artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción, en relación con el art. 86.4 solo contempla el recurso de casación contra sentencias de los TSJ “*si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de derecho estatal o comunitario que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora*”.

Y alrededor de esta clara disyuntiva se ha tejido un sólido entramado que esforzadamente, rigoriza los cauces para la admisión de la interposición de recurso ante el Tribunal Supremo, que como ya dijimos, se comenzó interponiendo mediante un somero formulario con invocación genérica de la infracción de los motivos del art. 88, para pasar después a una sucinta exposición, concluyendo en el exhaustivo juicio de relevancia de que la normativa estatal, o la comunitaria, ha constituido el factor determinante del fallo de la Sentencia.

Resulta paradójico que junto a las restricciones cada vez mayores en materia casacional, con la consiguiente secuela de inadmisibilidades, surge otra corriente que atrae para el T.S. competencias que aparentemente le estaban vedadas, como la de enjuiciar normativa autonómica. Se hace difícil comprender tanto rigor en el juicio de relevancia, para alejar la más leve sospecha de que la normativa autonómica ha tenido trascendencia en el pleito, junto al avance para inmiscuirse en la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, que son los únicos llamados a establecer la conformidad o disconformidad a derecho de la normativa autonómica, y acabar teniendo la última palabra, que al fin y al cabo es sustituirles, no en balde que quien habla el último tiene la razón.

Esta desconcertante posición del Tribunal Supremo es constatable en numerosos pronunciamientos, que nos valen para ejemplificar la que a nuestro juicio es una invasión competencial. El camino se inició en los supuestos de asunción de la norma estatal por la autonómica, ya sea porque esta es mera repetición de aquélla, o porque el desarrollo de la norma básica por parte del legislador autonómico no aporta ninguna novedad. Así resulta de la **Sentencia de 9 de Diciembre de 2.008 (R.J./2009/458)**. En ella se cuestionó el art. 38.2.A) de la Ley Valenciana-

na 6/1994, reguladora de la Actividad Urbanística, que establecía la innecesidad de reiterar el trámite de información pública *“en un mismo procedimiento, ni aun cuando se introduzcan modificaciones sustanciales en el proyecto, bastando que el órgano que otorgue la aprobación provisional notifique ésta a los interesados personados en las actuaciones”*. El Tribunal Supremo entiende que este precepto colisiona con el art. 105.a) de la Constitución relativo a la audiencia de los ciudadanos, y el art. 6 de la Ley 6/1.998, de la Ley de R.S. y V. al establecer que *“la legislación urbanística garantizará la participación pública en los procesos de planeamiento y gestión”*.

Si como la propia Sentencia dice, el artículo 105 de la C.E. es un derecho de configuración legal, no puede negarse que la Ley Valenciana lo respetaba en su redacción; ya que la voluntad del legislador autonómico es que la segunda información pública solo ataña a quienes han experimentado como consecuencia de las modificaciones introducidas tras la primera fase de información pública, alteraciones sustanciales en el ámbito de sus derechos.

Lo mínimo a lo que puede aspirar el legislador autonómico, es a modular el art. 105.a) de la Constitución. No podemos admitir, como dice el F.J. 4º, que el artículo 38.2.a) de la Ley 6/1.994 no garantiza la participación pública en el proceso de formación planeamiento, puesto que está a salvo en el primer trámite de información pública y, que el segundo, tras las modificaciones que pudieran haberse producido resultantes de la misma, no tiene por qué ser repetido para todos los ciudadanos, sino solo para los directamente interesados por lo cambios, lo cual es perfectamente asumible como derecho de configuración legal del art. 105.a).

Pero hasta aquí podíamos estar más o menos de acuerdo en el tecnicismo en el que se fundamenta la decisión del Tribunal Supremo. Pero no queda aquí su propósito absorbente, Va mucho más allá en su cierre argumental, cuando dice que *“en definitiva el respecto al plural y complejo sistema de fuentes de producción normativa característico de la ordenación territorial del estado, establecida en el Título VIII de la Constitución, no puede hacer olvidar aquéllos principios y postulados, igualmente recogidos en el texto constitucional, tendentes a propiciar una **interpretación vertebradora e integrada del ordenamiento jurídico**. Y entre esos postulados destaca el recogido en el art. 149.3 de la Constitución que se invoca en las Sentencias antes citadas, del que se deriva la conclusión de que cuando no es posible una interpretación de*

la norma autonómica que la haga conciliable con la legislación básica, la resolución de la controversia debe basarse en la aplicación de ésta última en tanto que norma básica dictada por el legislador estatal en ejercicio de sus competencias exclusivas”.

Es decir, que hemos pasado a un estadio superior, y de lo que estamos hablando ahora es de algo mas trascendente que la colisión de preceptos estatales o autonómicos. Se trata de imponer una interpretación “vertebradora e integrada del ordenamiento jurídico”. Lo cual puede llevarnos a una paulatina subordinación de la normativa autonómica, mediante postulados unificadores surgidos del Tribunal Supremo, sin pasar –al menos– por el refrendo del Tribunal Constitucional, aún en materias en de competencias exclusivas de la Comunidad.

Con razón el **voto particular** a la Sentencia merece ser compartido, ya que en el contraste que efectúa de la normativa Estatal básica (art. 6.1 de la Ley 6/1998 con el precepto cuestionado), concluye su discrepancia afirmando que *“la comparación entre la norma básica y norma autonómica de desarrollo no revela ninguna colisión o confrontación entre sus contenidos, pues simplemente sucede aquello que es propio en este tipo de relaciones internormativas entre la fijación de lo básico y el establecimiento de su desarrollo esta determinación de lo básico ha de permitir que tengan cabida diferentes normas de desarrollo la norma de desarrollo puede ocupar, por su parte, todo el campo normativo que deja libre la norma básica, poniendo de manifiesto que aquello que le está vedado al legislador básico, es decir no poder establecer una regulación uniformadora y agotadora de la norma básica, le está permitido, sin embargo, a los jueces y tribunales por vía interpretativa, en este caso a la Sala Tercera”.*

Es realmente esclarecedora la reflexión, que nos pone en el punto de partida de lo que pudiera ser la acomodación de las normas autonómicas a un sistema integrado y armonizado propuesto desde los tribunales.

El voto discrepante concluye con el atinado pensamiento de que se *“crea una particular causa de invalidez de la Ley por colisión con la norma básica que excede de las funciones propias de los Jueces y Tribunales, por corresponder tal declaración, por oposición con la Constitución, al Tribunal Constitucional”.*

En esta dialéctica el Tribunal Supremo se va creciendo como constatamos con la lectura del fundamento jurídico sexto de la

Sentencia de 29 de Noviembre de 2.006 (Recurso nº 1980(2003). Aquí, y sin perjuicio de la “pequeña controversia” entre preceptos de normativa autonómica y preceptos estatales, se avanza en una doctrina de mayor calado al afirmar, que la separación jurisdiccional entre normas estatales o comunitarias europeas y la normativa autonómica, a los efectos casacionales, no implica que “*esta Sala Tercera del Tribunal Supremo carezca de potestad jurisdiccional para interpretar y aplicar normas del ordenamiento jurídico autonómico, dada su naturaleza de órgano jurisdiccional superior en todos los niveles que le reconocen los arts. 123.1 y 152.1 de la Constitución, con la consecuencia de que, en virtud de lo establecido en el art. 1.6 del Código Civil, y reiteradas sentencias sobre idéntica materia complementarán dicho ordenamiento jurídico*”.

Como si el tener atribuida la condición de “*órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes*” otorgarse alguna una competencia adicional a las establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. Esa posición de superioridad no altera el régimen competencial, y no tiene más soporte que la propia voluntad del tribunal.

Y en esta dinámica, la Sentencia de la **Sala Tercera de 24 de octubre de 2.007** (nº de recurso 6578/2003) vuelve a reiterar los mismos argumentos, desprendiéndose ya de la letra pequeña en cuanto a la conflictividad de los preceptos autonómicos y estatales, volviendo a hacer uso de su carácter de órgano jurisdiccional superior de todos los órdenes para validar y convalidar su propia doctrina. Ello a pesar de haber admitido antes, en su fundamento jurídico 5º, que “*no es enjuiciable en sede casacional la interpretación y aplicación del ordenamiento urbanístico autonómico, lo que está legalmente reservado a la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ*”; para a continuación recordar “*una vez más que esta Sala Tercera (Sección Quinta) ha venido interpretando y aplicando en ocasiones de forma distinta a como hizo la Sala de instancia del Tribunal Superior de Justicia, los ordenamientos urbanísticos autonómicos ...*”.

Insiste en el fundamento de que “*es tarea de la Sala de casación llevar a cabo una exégesis de los preceptos legales y reglamentarios autonómicos en armonía con la legislación estatal básica*”; remachando el argumento, con la más que dudosa afirmación de que en los supuestos de conflictos con el ordenamiento autonómico “*... ninguna limitación tenemos*”. Llegando a la cumbre al proclamar el

derecho absoluto al conocimiento e interpretación de la normativa autonómica.

Incluso en Sentencias como la de 27 de Noviembre de 2.013 (Sala Tercera, Sección quinta, nº de Recurso 4566/12), y tras admitir, como no podía ser de otro modo en su F.J. 3º, que la interpretación del ordenamiento autonómico corresponde a la Sala de instancia, la revoca por considerar que no ha hecho una debida aplicación de la normativa transitoria resultante de la LRAU y la LUV.

Doctrina que desprende un fuerte aroma a LOAPA (de 29 de Julio de 1.982), a la que el Tribunal Constitucional en Sentencias de 13 de Agosto de 1.983 le negó su carácter orgánico y armonizador, declarando inconstitucionales 14 artículos de los 38. Con los restos del naufragio se aprobó la Ley 12/1983 de 14 de octubre del Proceso Autonómico, privada ya de carácter armonizador y orgánico.

Los pronunciamientos del T. C. a propósito de la revocación parcial de dicho proyecto de Ley (**STC 76/1983, de 5 de agosto de 1983**), nos pueden ser utilidad para reivindicar, al menos, lo que nos parece un exceso armonizador desde el T.S. :

2. *la igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier punto del territorio nacional no puede ser entendida como rigurosa uniformidad del ordenamiento.*

3. *Por lo que se refiere a la **dimensión armonizadora del Proyecto,***

.....la autonomía exige en principio, a su vez, que las actuaciones de la Administración autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello el poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto de la Administración del Estado, pues, como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal, tal situación no resulta compatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de éste deriva (Sentencia 4/1981, de 2 de febrero y 6/1982, de 22 de febrero)...”.

Pero el resultado final es que nunca sabremos con certeza si nuestro caso es de los que pueden dar lugar a una “interpretación vertebradora e integradora del ordenamiento jurídico”, gracias al poder absoluto que se arroga el T.S., como órgano superior en todos los niveles.

XIII.- EL EJERCICIO DE ACCIONES JUDICIALES POR PERSONAS JURÍDICAS (artículo 45. 2. D LRJCA¹⁵)

El artículo 57.2.d) de la Ley de la Jurisdicción de 27 de diciembre de 1956, al establecer la documentación que debiera aportar la recurrente junto a su escrito de interposición, sólo exigía la acreditación del cumplimiento de las formalidades a “las Corporaciones e Instituciones” de acuerdo con sus Leyes respectivas.

Indudablemente sólo debían sentirse concernidos los sujetos públicos, no las personas jurídico privadas; situación que se mantuvo hasta la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción de 13 de julio de 1998, cuyo artículo 45.2.d) hacia extensivo el mandato de acreditación de la voluntad del recurrente a las “personas jurídicas”, quedando englobados toda clase de sujetos. Acuerdos que deberán cumplimentar sus respectivas exigencias orgánicas o estatutarias.

Los problemas surgidos no tienen tanto que ver con el requisito en sí mismo considerado, como en la forma, modo y tiempo de su acreditación; especialmente en orden a su subsanación, cuando se hubiese incumplido lo prescrito en el 45. 2. d) de la LJCA.

Las oscilaciones de la doctrina jurisprudencial han sido notables y, en muchos casos desconcertantes, hasta el punto de haber constituido una autentica inseguridad jurídica causada por la propia doctrina del T. S. Conflictividad que se produce, por lo general cuando de personas jurídicas privadas se trata. En las públicas no se aprecia el problema.

La falta de acreditación de la voluntad de la persona jurídica para entablar el recurso, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 45. 2.d), es un vicio que debe ser estudiado con independencia de la suficiencia del apoderamiento procesal. Aunque alguna vez se ha producido cierta confusión, no está justificada -salvo defensas numantinas -, al tratarse de dos requisitos independientes. El de acreditar la representación del compareciente (poder procesal) al que viene referido el apartado 2. a) de este artículo, y el de la acreditación de la voluntad de la persona jurídica, ya sea pública o privada (apartado 2.d).

Lo que ya no constituye una cuestión pacífica es la subsanación de la omisión del documento acreditativo (apartado 2. d). Que es

¹⁵ Artículo 45.

2. A este escrito se acompañará: d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.

subsancable, no parece revestir grandes dudas interpretativas, por aplicación del artículo 138 de la LJCA, que permite hacerlo, a instancia de parte (apartado 1º del artículo 138) o bien de oficio (apartado 2º). Con las consecuencias establecidas en el apartado 3º caso de no subsanar plazo¹⁶.

Originariamente la advertencia del incumplimiento del requisito de la falta de la acreditación de la voluntad de la persona jurídica recurrente, se resolvía de acuerdo con la lógica interpretación del principio de la tutela judicial efectiva, junto con el mecanismo de la subsanación procesal, regulado por el artículo 138 antes citado, más el soporte adicional del artículo 45. 3 de la LJCA. De esta forma no se producía la más indeseada de las respuestas judiciales, que es la inadmisión por defecto formal que podría subsanarse o, sobre el que al menos se le daba oportunidad a la parte para hacerlo. Esta doctrina que no fue ocasional, sino que contó con un buen número de sentencias, está representada, entre otras, en las sentencias del T.S. citadas a continuación, a título meramente ejemplificativo:

Que nunca ha habido una consideración pacífica del problema lo acredita la **Sentencia del Tribunal Supremo de 09/02/2005. (Sala 3ª. Sec. 1ª)**, al salir al paso de otras invocadas por la administración demandada, por resultar su interpretación “más acorde con la efectividad de la tutela judicial”. (F. J. 6). Parte de la falta de subsanación por el interesado del defecto procesal de referencia, lo que le valió a la Sala de Instancia para aceptar la “falta de legitimación procesal, *sin dar a la recurrente la oportunidad de subsanar un defecto que la Sala reputaba necesario*. ... Lo que “supuso aceptar sin más el alegato de la administración demandada *sin otorgar a la parte un plazo de subsanación tras reputar el Tribunal necesario subsanar el defecto*”

En un caso como éste en el que la Sala consideraba que existía causa de inadmisión, en lugar de inadmitir directamente debió “**otorgar a la parte el término de 10 días para subsanar en lugar de dictar auto**

16 1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.

2. Cuando el Juzgado o Tribunal de oficio aprecie la existencia de algún defecto subsancable, el Secretario judicial dictará diligencia de ordenación en que lo reseñe y otorgue el mencionado plazo para la subsanación, con suspensión, en su caso, del fijado para dictar sentencia.

3. Sólo cuando el defecto sea insubsancable o no se subsane debidamente en plazo, podrá ser decidido el recurso con fundamento en tal defecto.)

aceptando ya la alegación previa opuesta por la demandada". Añadiendo que *"Una actuación como la aquí producida admitiendo la existencia de una causa de inadmisibilidad subsanable, pero sin conceder plazo para su subsanación produce indefensión"*.

El Tribunal, se resiste a otorgar el protagonismo del proceso a las partes, de suerte que invocada la causa de inadmisión y no respondida en el plazo de los siguientes 10 días la inadmisión es inexorable tal y como ha podido ser apreciado por otro sector de la doctrina jurisprudencial. No es así como lo entiende esta sentencia, y otras similares, que niega que por la mera excitación de la parte se declare la inadmisibilidad. Y lo afirma en estos inequívocos términos: *"No es la parte demandada sino el Juez o Tribunal quién dirige el proceso. Es a partir del momento en que el Tribunal declare la existencia o no de la causa de inadmisibilidad que el actor se encuentra obligado a subsanar el defecto si desea continuar el procedimiento. Anteriormente tiene esa posibilidad mas no se encuentra obligado por cuanto la decisión de sí ha incumplido o no un requisito procesal subsanable sólo puede adoptarla el órgano jurisdiccional. Y una vez el órgano jurisdiccional ha resuelto que se encuentra ante el incumplimiento de un requisito subsanable ha de otorgar plazo de subsanación"*.

Sala 3ª. Sec. 7ª de Fecha: 26/03/2007. (Número Recurso: 1304/2003) casó la sentencia recurrida al considerar que al sindicato recurrente se le debió de conceder por la Sala de Instancia el trámite de subsanación para cumplimiento del artículo 45.2. d) al considerar que (siguiendo el criterio expresado en la sentencia del T. S. de 19 de diciembre de 2006. Casación 3801/2003, aun habiendo puesto de manifiesto la falta del documento acreditativo de la voluntad de impugnar el tribunal de instancia :, *"debió suspender el plazo para dictar Sentencia, ponérselo de manifiesto a CCOO y darle los diez días previstos en su artículo 45.3 para que lo subsanara. El apreciado es, como se desprende de este mismo precepto, un defecto subsanable y la Sala, al no proceder como le exigía la Ley reguladora, dejó al recurrente sin la tutela judicial que pretendía ..."*

Ante la dispersión de criterios y, decantándose por la solución más restrictiva a la tutela judicial efectiva (invocada en las sentencias proclives a la subsanación) con propósito clarificador, se reúne el **Pleno del Tribunal Supremo y en sentencia de de 5 noviembre 2008**, tras reconocer en su F.J. 7 *"la existencia de sentencias de signo contrario"*

concluye que no constituye una obligación del Tribunal requerir a la parte de subsanación, al considerar que los apartados 1) y 2) del artículo 138 de la LJCA, son preceptos autónomos y que operan independientemente. En consecuencia no se consideraron vulnerados sus derechos ni quebrantado el principio de la tutela judicial efectiva, por las razones sucintamente expuestas a continuación:

- Si un litigante invoca con claridad la falta de acreditación de la voluntad para recurrir, es obligado para la otra parte proceder a subsanar el defecto en el plazo de 10 días (artículo 138. 1). Sin que ello sea motivo de infracción del art. 24.1 de la C.E.
- Por el contrario, si la omisión es apreciada de oficio por el Tribunal porque entiende que existe un vicio subsanable y no ha habido denuncia de parte, está obligado a efectuar el pertinente requerimiento, ya sea nada más interpuesto el recurso, de acuerdo con lo establecido en el artículo 45. 3 (“el Juzgado o Sala examinará de oficio la validez de la comparecencia... y si con éste se acompañan otros documentos expresados...”); o si no lo hubiera hecho al inicio del procedimiento, en cualquier otro posterior otorgando el mismo plazo de 10 días de subsanación.
- El Tribunal, también estará obligado a requerir de subsanación a la parte, cuando estime que de no concederle plazo de subsanación se le irrogaría indefensión, con infracción de lo prescrito en el artículo 24. 1 de la C. E., Por no haber expresado la causa de inadmisión, con la suficiente claridad. Los supuestos de indefensión podemos entender que se producen cuando la denuncia del defecto por la contraparte no hubiese estado claramente explicitada en su escrito. Es decir expuesta sin la contundencia y precisión necesarias.

Los votos particulares de esta sentencia formalizaron una severa crítica a su contenido, que suscribimos, por lo que consideraron un atentado a la tutela judicial efectiva.

Estos votos, como tales, establecen una discrepancia fundada en el principio pro actione y en el tutela judicial efectiva, por estimar que la sentencia rigoriza en extremo el acceso a la jurisdicción. El punto de inflexión lo tenemos en el artículo 45. 3 que obliga al Tribunal examinar de oficio la capacidad procesal de la parte. Precepto que debe anteponerse al 138, por ofrecer mayores garantías al recurrente.

Podemos decir que hemos pasado por diversos criterios interpretativos de la acreditación de la voluntad para recurrir. Del más riguroso

que exigía a la parte, una vez advertida la ausencia de la acreditación de la voluntad (sin necesidad de requerimiento del tribunal), la obligación de subsanar en el plazo de 10 días “bajo pena” de inadmisibilidad ex artículo 138. 1; al más suavizado para la parte que se mostró disconforme y alegó frente a la pretendida inadmisibilidad, estando obligado el Tribunal a ofrecer plazo de subsanación, constata la controversia.

Y, con una nueva matización, derivada de la confusión o poca claridad con que pudo haberse articulado la solicitud de inadmisión por falta de justificación documental de la voluntad del órgano impugnante.

Otra solución también aplicada, al hilo del artículo 138.2 de la LJCA, es la de la obligación de conceder plazo de subsanación por 10 días, cuando el órgano jurisdiccional lo advierta de oficio, en cualquier fase del procedimiento.

Por tanto, aquella doctrina posibilista y pro actione que se refleja en las sentencias que hacían bascular todo el protagonismo de la incidencia sobre el Tribunal, habida cuenta que es él, y no la parte quien dirige el proceso, dejó paso a la que se apoya en la sentencia del Pleno del T. S. más arriba comentada.

Doctrina jurisprudencial que no ha variado, como podemos constatar con la del **T. S. 22/09/2014 .Sala: Tercera. Sección: Sexta**

F.J. 5º. Indefensión al no haber concedido trámite de subsanación.

...Así pues, deberá concluirse que es jurisprudencia de esta sala que cuando la parte recurrente se opone a la inadmisibilidad del recurso con argumentos que considera sirven de fundamento para excluir dicha exigencia, aun cuando dicha oposición se haga después de transcurridos los diez días a que se refiere el artículo 138.1º de la Ley jurisdiccional , para poder acogerse la inadmisibilidad, es necesario conferir el trámite de subsanación, porque así lo impone la interpretación del mencionado precepto conforme a lo establecido en el artículo 24.1º de la constitución”.

XIV.- LA CUANTIA COMO PRESUPUESTO DE ADMISIBILIDAD¹⁷

La Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, exceptuó del recurso de casación en su artículo 86. 2.b) a las sentencias “ *recaídas en cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas*” (150.253,03€). Precepto modificado por Ley 37/2011 de 10 octubre, elevando la cuantía a 600.000 € .

No es aventurado presumir –aparte de razones de lógica actualización- que el espectacular incremento en la cuantía litigiosa a los efectos de fijar la barrera para acceder a la casación, obedece al propósito reduccionista de los supuestos de acceso a la casación, que subyacen en las reformas legislativas y en una gran parte a las líneas interpretativas imperantes tanto en el T.S. como en el T. C. Y, como además, “*en cuanto presupuesto procesal, es materia de orden público que no puede dejarse a la libre disponibilidad de las partes...*” (Auto del T. S. de 20/2/2012. Número de recurso 2076/2012), el T. S. no tiene restricción alguna para determinarla de oficio, incluso corrigiendo el criterio del Tribunal de instancia.

A cualquier consideración sobre la *summgravaminis* establecido para la recurribilidad en casación de las sentencias, deberá atender a lo consignado en los artículos 40 del 41 de la LJCA; especialmente en este último del que depende en gran medida la doctrina jurisprudencial, para cuando existen varios demandantes que al fijarse el “*valor económico por la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos*”. En cambio, en el número 3 del mismo precepto en los supuestos de acumulación o de ampliación, “*la cuantía vendrá determinada por el valor económico de las pretensiones objeto de aquellas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación*”. El problema fundamental se suscita con relación a la previsión del número 3, que ha sido objeto de una interpretación sumamente restrictiva y limitadora de las posibilidades de acceso a la casación.

17 Artículo 41

1. La cuantía del recurso contencioso-administrativo vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo.
2. Cuando existan varios demandantes, se atenderá al valor económico de la pretensión deducida por cada uno de ellos, y no a la suma de todos.
3. En los supuestos de acumulación o de ampliación, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor económico de las pretensiones objeto de aquellas, pero no comunicará a las de cuantía inferior la posibilidad de casación o apelación.

Es perfectamente comprensible que si se trata de varios demandantes se consideren las cuantías de sus pretensiones con independencia. Ahora bien no es una previsión legal muy afortunada, entender que en una acumulación de acciones las cuantías de los distintos interesados no se sumen entre si para alcanzar los 600.000 €, ya que el objeto litigioso es único (un cuerpo dañado o una finca expropiada, v.g.), y no fragmentado en función del número de sus titulares.

Spongamos la expropiación de un bien perteneciente a una comunidad hereditaria. No es razonable que los coherederos no se comuniquen entre sí el valor de sus participaciones en el bien común expropiado, ni que en los casos de responsabilidad patrimonial tampoco quepa considerar el cúmulo de la indemnización a satisfacer, a los efectos de un posible recurso de casación

Evidentemente que el Tribunal Supremo no ha hecho ningún esfuerzo interpretativo para superar esta injusta situación. Sus pronunciamientos de inadmisión son unánimes. Vid Auto de 26/01/2006. (Sala Tercera. Sección Primera. nº de recurso 4045/2003), cuyo F.J. 3º dispone:

“En este caso, el solar expropiado pertenece en régimen de copropiedad al recurrente y a los demás integrantes de la comunidad hereditaria de D. Jose Manuel, por lo que, a falta de prueba en contrario, las cuotas de participación de cada uno de aquellos deben presumirse iguales, pues es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la cuantía litigiosa, en los supuestos de comunidad de bienes, se determina en función de la participación de cada comunero en la titularidad compartida y, a falta de previsión especial o de su constancia, por iguales partes entre todos ellos, en aplicación de la regla sobre acumulación subjetiva de acciones (artículo 41.2 de la Ley Jurisdiccional) y de la presunción establecida en el artículo 393, regla segunda, del Código civil (Autos de esta Sala de 9 y 30 de junio de 2.000 -ambos dictados en materia de expropiación forzosa- y, particularmente, en lo referido a la comunidad hereditaria, los Autos de 17 de julio de 2.000 y 9 de febrero y 6 de julio de 2.001)”.

Según la estricta ortodoxia legal, al tratarse se trata de una acumulación subjetiva de pretensiones (art. 41.2 de la LRJCA), la cuantía conjuntamente solicitada ha de dividirse proporcionalmente por el interés económico que representa cada una de las partes. Principio válido, para nuestros tribunales, aunque se tratase de un objeto único (expropiación o responsabilidad patrimonial, preferentemente), por el

que se hubiese solicitado una cifra global, sin concreta asignación a los copropietarios o coherederos (a los que se les presume, a falta de prueba en contrario, participación igual).

En el Auto de 20 de diciembre de 2012 (recurso de casación 2076/2012) se analiza la situación límite de una cuantía establecida por los recurrentes en 2.497.707 € millones, que resultó insuficiente para la admisibilidad del recurso de casación, porque dividida entre “18 personas una comunidad hereditaria expropiados, de acuerdo con las reglas de la acumulación subjetiva, resulta una cantidad de 131.379,39 €, inferior en todo caso al límite legal exigible para acceder a la casación”. Problemas de ser familia numerosa, diría alguien.

Ni tan siquiera hay un margen de tolerancia para los casos de “**sucesión/sustitución**” procesal que se planteó ante la Sala de instancia, con la que se haría posible que la cuantía casacional excediera del límite legal. El Auto del T. S. del 20/03/2014 (recurso número 1641/2012) en su F. J. 4 lo justifica, porque se produjo con posterioridad a la formalización del escrito de demanda y, como es sabido, dice el Tribunal, es precisamente en ese escrito donde se concreta la pretensión que se formula ante el órgano jurisdiccional. Éste hubiera sido un buen momento para aplicar los criterios más favorables a la tutela judicial y a los que se alude con frecuencia, tales como la interpretación restrictiva de los supuestos que nos conduzcan a la inadmisibilidad, o la aplicación del menor rigor procesal en estos supuestos o, en fin, el principio pro actione.

1º.- La cuantía como cuestión de orden público.

El hecho de que el recurso de casación se tuviese por preparado por el T.S. J es irrelevante, como ha dicho reiterada doctrina jurisprudencial. Incluso, el valor determinado por el Tribunal de Instancia es materia de orden público y puede ser corregido como dispone el artículo 93. 2.a) (“... *la Sala podrá rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o instancia de parte recurrida...*”). Entre otros, véase el Auto del T. S. De 20 marzo 2014 (número 517/2013).

En estas decisiones de inadmisión por la cuantía, no existe atisbo alguno de inconstitucionalidad, como se recoge en la sentencia del T. S. De 7/6/2006 (sala tercera. Sección sexta. Número de recurso 2.558/2003), donde se recuerda la doctrina del T. C. referida a que una inadmisión del recurso de casación por razón de la cuantía, no comporta la vulneración del artículo 24 de la C. E., Pues la doctrina del T. C. Sobre el acceso a los recursos puede resumirse en los siguientes términos,

según la sentencia 37/1995: “*el sistema de recursos se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le de cada una de las Leyes de enjuiciamiento reguladora de los diferentes órdenes jurisdiccionales, sin que ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan, salvo en derecho penal... El establecimiento de regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad el legislador...*”

2º.- Casación de cuantía indeterminada en la transitoriedad de la Ley 29/1998.

Una vez más, la injusta **transitoriedad de la Ley 29/1998** (D.T. 3ª) cercena el acceso al recurso de casación. Las posibilidades de recurso de casación, como resulta, entre otras muchas, de la Sentencia 02/02/2005. (Tribunal Supremo. Sala:3ª .Sección 4ª .nº de Recurso: 7987/2000), que en su F. J. 2 contempla el supuesto de una mercantil que interpuso recurso de cuantía indeterminada bajo la LJCA/1956, pero cuya sentencia se dictó vigente ya la Ley 29/1998 y, al no poder acreditar cuantía superior a 150.253, 03€ (25 millones de pesetas) resultó inadmitido su recurso de casación.

“Sostiene que si bien el asunto fue tramitado en instancia como de cuantía indeterminada al amparo de la LJCA 1956 lo cierto es que al haberse dictado la sentencia bajo la vigencia de la LJCA 1998 era necesaria la acreditación de que superaba la cuantía de veinticinco millones de pesetas, hoy 150.253,03 euros, para acceder al recurso de casación.

Debemos rechazar el alegato mediante la reiterada doctrina de este Tribunal (entre otros autos los de 23 de noviembre de 2001 y 7 de febrero de 2003), en la que se afirma que partiendo de que la cuantía del recurso es indeterminada y se trata de una sentencia dictada en única instancia por un Tribunal Superior de Justicia no se encuentra comprendida en la excepción del art. 86.2.b) que solo se refiere a las sentencias recaídas en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas, cuantía que por ende ha de ser determinada o susceptible de determinación.”

3º.- La mejor condición de los recursos de cuantía indeterminada, frente a los de cuantía determinada.¹⁸

18 Artículo 42.1. Para fijar el valor económico de la pretensión se tendrán en cuenta las normas de la legislación procesal civil, con las especialidades siguientes:

2. Se reputarán de cuantía indeterminada los recursos dirigidos a impugnar directamente las disposiciones generales, incluidos los instrumentos normativos de planeamiento urbanístico, los que se refieran a los funcionarios públicos cuando no versen sobre derechos o sanciones susceptibles de valoración económica, así como aquéllos en los que junto a pretensiones evaluables económicamente se acumulen otras no susceptibles de tal valoración.

En principio, tiene muchas más posibilidades de resultar admitido un recurso de casación por cuantía indeterminada, que otro de cuantía determinada aunque de incierta fijación. Una controversia jurídica, aún de insignificante valor, pero tramitada como de cuantía indeterminada, concederá más posibilidades de éxito a los efectos de la casación, que otra de cuantía determinada o determinable; porque en esta tropezará con todos los rigores del art. 41 de la LJCA, más los resultantes de una eventual transitoriedad. No parece solución muy justa, pero en estos términos se pronuncia reiteradas veces nuestra doctrina jurisprudencial. Veamos algunos ejemplos:

Tribunal Supremo Auto de 08/02/2005. (Sala: Tercera. Sección Primera).

3º.- El presente recurso de queja debe ser estimado al resultar la cuantía indeterminada, ya que contrariamente a lo que sostiene el auto recurrido en queja, En el presente caso, el objeto del recurso contencioso-administrativo únicamente viene constituido por la denegación de una solicitud de acceso a la información obrante en archivos de la Comunidad Autónoma y, en concreto, las denuncias formuladas contra la mercantil recurrente en queja, determinantes de las inspecciones de trabajo practicadas a la misma, sin que se pueda realizar al respecto cuantificación alguna”.

No es razonable que una insignificancia jurídica – como la que acabamos de referir- tenga acceso a la cúspide jurisdiccional, y un interés económico subyacente de tanta magnitud como el exigido para la casación, tenga cerradas sus puertas. Y no digamos ya de aquellos casos en los que la cuantía se fragmenta en tantas partes como interesados en el pleito son.

XV. - EL PLAZO PARA LA INTERPOSICION DE RECURSO CONTENCIOSO, TRAS LA DESESTIMACION DEL RECURSO DE REPOSICION¹⁹.

También se reputarán de cuantía indeterminada los recursos interpuestos contra actos, en materia de Seguridad Social, que tengan por objeto la inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores.

19 **Art. 48. Cómputo**². *Si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. Art. 117. Plazos.1. El plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera*

Si he de decir la verdad todavía no entiendo la posición del Tribunal Supremo, avalando una interpretación del cómputo de los plazos contraria a la letra de los preceptos atinentes al caso, tanto en la Ley de esta jurisdicción (artículo 46. 1), como en la del procedimiento administrativo (artículo 48. 2). A pesar de lo dicho artículo 3. 1 del C. C. sobre el deber de interpretar las normas “según el sentido propio de sus palabras”.

La trascendencia de la decisión no es anecdótica o marginal. Se trata de una decisión de gran calado puesto que permite declarar la inadmisibilidad por extemporaneidad de los recursos administrativos que se presenten confiando en la letra de la Ley. Lo que igualmente sucederá con las interpretaciones del cómputo del plazo para la interposición del recurso contencioso administrativo a quien confíe en la letra del precepto.

En los artículos citados, así como en el 117 de la Ley 4/1999 y el 46 de la LRJCA, se establece que cuando el plazo sea por meses se computará **“a partir del día siguiente a aquél en que tenga lugar la notificación...”** (artículo 48. 1), y en similares términos se pronuncia el artículo 48. 2 de la Ley 4/1999 al disponer que **“el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo será de dos meses contados desde el siguiente día”** desde la publicación o notificación. Como es posible, entonces, sustituir tan claros términos en la fijación del cómputo del días a quo por el de **“fecha a fecha”**?

La oposición del Tribunal Supremo ha sido vacilante, aunque en sentencia para unificación de doctrina se ha pronunciado por la tesis más desfavorable a los intereses del sujeto interesado en el recurso. Decir lo contrario no sólo era fácil, sino obligado en aras al principio de la tutela judicial.

Sigamos el rastro de este zizagueo con los propios antecedentes que se contienen en la sentencia del T. S. (Sección tercera) de 8 abril

expreso. Si no lo fuera, el plazo será de tres meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

LRJCA

Artículo 46. 1. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

2009 (R.J. 2009/2964), dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina.

Las sentencias del T.S. J de Madrid de 28 enero 2005 y 12 mayo 2006 optaban por el cómputo del plazo para la interposición de los recursos administrativos de reposición y de alzada, fijados ambos por meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48. 2 de la Ley cuatro/1999, es decir “a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación del acto...”. Argumentación con lo que no se mostraba conforme el Tribunal Supremo que en su **Sentencia de 31/05/1997**, y lo justificaba así:

“Es cierto que la interpretación del significante “mes” ha experimentado variaciones en la Jurisprudencia, pues tradicionalmente tuvo el significado de treinta días naturales conforme a la primitiva redacción del artículo 7 del Código civil, pero, a partir de la reforma del Título Preliminar de dicho Código en 1974, al establecer el artículo 5.1 del mismo que si los plazos estuviesen fijados por meses se computarán de fecha a fecha, el cómputo de los meses se efectúa de fecha a fecha salvo que el último resultase inhábil que se prorrogará al siguiente (60.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, reiterado éste por el artículo 48.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común).

En cuanto a la fecha inicial, en contra de lo que opina la representación procesal de la apelante, el plazo del mes comienza a contarse el mismo día de la notificación o publicación del acto o disposición impugnados, de modo que, efectuada en este caso correctamente la notificación el día 20 de junio de 1988, el último día para interponer el recurso de reposición era el día 20 de julio del mismo año y no el 21 de este mes, como pretende la indicada representación procesal.”

No es fácil entender la razón por la que el Tribunal Supremo ha aplicado tan devotamente a éste orden jurisdiccional las disposiciones del Código Civil en materia de cómputo de plazos, ya que incluso el propio código permite la solución prevalente de la legislación procesal administrativa y contencioso administrativa, cuando comienza su artículo 5. 1 diciendo que “*siempre que no se establezca otra cosa...*”. Acaso no se considera bastante una regulación legislativa propia, y con una perfecta e inteligible expresión “a contar del siguiente” para considerar establecida otra cosa?.

Aunque tampoco es un dechado de precisión el **Preámbulo del Decreto de 1836/1974** de 31 mayo, de reforma del Código Civil, en cuanto al cómputo de los plazos establecidos por meses, cuando dice que:

*“Parecen dignas de resaltarse las particulares normas interpretativas formuladas acerca de la computación de los plazos. Las diferencias entre la antigua y la nueva regulación son sensibles. En aras de la claridad, la simplificación y la seguridad, se previene que en los plazos contados **por días** a partir de uno determinado quedará éste excluido del cómputo, el cual **deberá empezar al día siguiente**. Con ello viene observado también el criterio de la posible unificación encarecido por la Ley de Bases, ya que es convertida en regla general la del artículo 1130 del Código Civil y se logra la uniformidad entre ésta y las formuladas por la Ley de Enjuiciamiento Civil y la de Procedimiento Administrativo (RCL 1958, 1258, 1469, 1504 y RCL 1959, 585). **La computación de fecha a fecha en los plazos fijados por meses o años es la menos propicia a equívocos y coincide también con la de la Ley de Procedimiento Administrativo, de forma que asimismo en este aspecto se alcanza la conveniente unificación de criterio. Sólo respecto de la computación civil de los plazos se mantiene la regla tradicional de no excluir los días inhábiles.**”*

Al ser posteriores al año 1974 las Leyes del Procedimiento Administrativo (1992) y de lo Contencioso Administrativo/(1998), en las que se insiste en que cuando los plazos se establezcan por meses se contarán *“desde el día siguiente...”* (artículo 46. 1 de la LRJCA y 48.2 de la Ley 4/1999, las razones justificativas del preámbulo ya no son válidas.

Lo cierto es que la Ley de Procedimiento antes de su reforma por la 4/1999, disponía en el correlativo artículo 48. 2 que “si el plazo se fija en meses o años, esto se computarán de fecha a fecha”, pero este párrafo fue expresamente derogado por la Ley modificativa 4/1999. Por tanto no debiera existir duda alguna en aplicar la literalidad Ley, y caso de existir alguna duda por la solución menos restrictiva al acceso al ejercicio de las acciones. Obvio es decir que en relación a esta restrictiva solución, oponemos toda la doctrina jurisprudencial de la que nos hemos hecho eco desde la perspectiva del principio de la tutela judicial efectiva. Ello sin contar que, el propio C.C. –como dijimos- en su artículo 5. 1 que admite soluciones distintas al fijar que está computación será *“siempre que no se establezca otra cosa...”*

No existe tal problema por parte de la Tercera del T. S. en aceptar que “*cuando se trata de plazos de meses, sucede en el caso de interposición del recurso, el cómputo ha de decidirse según el artículo quinto del código civil de fecha fecha...*”, lo cual merecería una explicación más depurada de la mera invocación del principio de la unidad interpretativa en la computación del plazo como medio más idóneo para no alterar el principio de la seguridad jurídica cuando, precisamente, el mayor atentado a la seguridad jurídica es contravenir la letra de la Ley, que es por la que en principio se rigen los operadores del mundo jurídico, incluso muchos particulares desconocedores del mundo del derecho, que han sido inducidos por la literalidad del precepto a un recurso extemporáneo, con las consecuencias que ello comporta. Mayor arbitrariedad e inseguridad jurídica, no es posible.

La sentencia en interés Ley, a la que venimos refiriéndonos (8 abril 2009) en su F. J. Tercero, y citando la de 8 de marzo de 2006 dice así:

“La reforma legislativa de 1999 tuvo el designio expreso -puesto de relieve en el curso de los debates parlamentarios que condujeron a su aprobación- de unificar, en materia de plazos, el cómputo de los administrativos a los que se refiere el artículo 48.2 de la Ley 30/1992 con los jurisdiccionales regulados por el artículo 46.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1998, 1741) en cuanto al día inicial o dies a quo: en ambas normas se establece que los “meses” se cuentan o computan desde (o “a partir de”) el día siguiente al de la notificación del acto o publicación de la disposición. En ambas normas se omite, paralelamente, la expresión de que el cómputo de dichos meses haya de ser realizado “de fecha a fecha”.

Esta omisión, sin embargo, no significa que para la determinación del día final o dies ad quem al pueda acogerse la tesis de la actora. Por el contrario, sigue siendo aplicable la doctrina unánime de que el cómputo termina el mismo día (hábil) correspondiente del mes siguiente”.

Esta solución del Tribunal parte de una adaptación al caso del concepto de unificación de doctrina, porque las sentencias enfrentadas han de ser “*contradictorias por haber llegado a pronunciamientos distintos respecto los mismos litigantes por otros diferentes, en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, y que no exista la doctrina legal del Tribunal Supremo que resuelva la controversia jurídica planteada*”. Aquí es el quid de la cuestión, porque como dice más adelante “*es reiteradísima la doctrina*

de esta sala sobre los plazos señalados por meses que se computan “de fecha” iniciándose el cómputo al día siguiente de la notificación o publicación del acto, pero siendo la del vencimiento la del día correlativo mensual al de la notificación”. Con lo cual se mantenía incólume lo que era debido modificar y homogeneizar, no el sentido excluyente del acceso a la extinción, sino favorable a su admisión.

El argumento de su rechazo es pura tautología. Más o menos vino a decir que como ya nos hemos pronunciado en innumerables ocasiones en el sentido de que el cómputo debe ser de “fecha a fecha”, no existe doctrina alguna que unificar ante la unánime posición en este sentido. Argumento que no hace sino perseverar en el error, y blindarse tras él para no enmendar.

Y no se alegue como hace esta sentencia, que ello comporta una mayor garantía del sustancial principio de la seguridad jurídica, porque es justamente lo contrario, ya ofrece mas seguridad la letra de Ley, que en este caso no mata, sino que puede salvar extemporaneidades injustas.

Hubiera sido un buen momento para recordar pronunciamientos del Tribunal Constitucional a propósito de la tutela judicial efectiva.

XVI.- LA MUTACIÓN JURÍDICA DE LAS RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO

Los conflictos que ha suscitado la determinación de la naturaleza jurídica de las de las Relaciones de Puestos de Trabajo (RPT) es relativamente reciente. De la inicial aceptación de su carácter normativo, pasamos a una situación intermedia al confrontarlas con la cuestión de ilegalidad (artículo 123 y concordantes de la LJCA), hasta llegar a la situación actual de definitivo decantamiento en favor de su conceptualización de acto singular, como se ha pronunciado la más reciente doctrina jurisprudencial.

Desde la regulación de las RPT por el artículo 15 de la Ley de la Función Pública 30/1984 (posteriormente derogada por la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del empleado público, que en su Disposición Transitoria Unica, apartado b) no incluyó entre los artículos derogados de aquélla el 15, referido a las RPT), no se cuestionó su naturaleza jurídica. Pacíficamente se habían considerado como norma, ya que su primer párrafo permitía sin grandes esfuerzos incluirlas en esta categoría al decir que *“las relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado son el instrumento técnico a través del cual, ...”*

Estas oscilaciones las hemos sufrido en otras materias, como sucedió en el ámbito de esta Comunidad con los Programas de Actuación de nuestra legislación urbanística, que también pasaron por la transfiguración de norma a acto. La solución jurisprudencial fue la de otorgar el carácter de acto a los documentos que carecían de carácter ordenador (proyecto de urbanización y de reparcelación), y naturaleza normativa a lo que contuviera ordenación urbanística (Plan Especial o Plan parcial). Lo que conllevará obviamente un distinto régimen impugnatorio²⁰.

La modificación de la naturaleza jurídica de las RPT se sustanció definitivamente con la **Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Febrero de 2.014 (recurso de casación 2986/2012)**, al establecer que son actos administrativos y no disposiciones generales, por lo que ya no son recurribles en casación ante el Alto Tribunal.

Siempre hemos de tener en cuenta, que esta doctrina se referirá a la Administración del Estado y sus Organismos dependientes, pero en ningún caso a las Comunidades Autónomas y entidades locales que se rigen por sus propias disposiciones.

Aunque esta Ley dice que la caracterización jurídica de esta figura ha sido siempre “insegura y no siempre coherente”, lo que suponía un lastre para el objetivo de la seguridad jurídica, no existe un cuerpo doctrinal precedente que justifique suficientemente la afirmada inseguridad.

La Sentencia señala que la RPT “*no es un acto ordenador sino un acto ordenado, mediante el que la Administración se autoorganiza, ordenando un elemento de su estructura como es el personal integrado en*

20 Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª Tribunal Supremo) Auto de 23 septiembre. 2010. [JUR\2010\366792](#)
F.J. 1º.-

...ya que los Programas de Actuación Integrada valencianos (PAI), cuando, como ocurre en este caso, no modifican la ordenación del ámbito, constituyen, al igual que los proyectos de reparcelación y urbanización, instrumentos de gestión o ejecución urbanística, careciendo de naturaleza reglamentaria y correspondiendo por tanto el conocimiento de su impugnación en primera instancia, tras la referida reforma legal, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo También ha alcanzado la misma conclusión de inadmisión respecto de los **programas de actuación integrada valencianos (PAI)** que no conllevasen modificación del planeamiento, entre otros, en [autos de 30 de octubre de 2008 \(PROV 2008, 375209\)](#) (casación 5445/2007) y 10 de noviembre de 2008 (rec. queja 499/2007), así como en la [precitada sentencia de 27 de mayo de 2008 \(RJ 2008, 5338\)](#) (casación 5748/2005), en la que señalamos lo siguiente: “Lo impugnado en este recurso es la aprobación de un instrumento de gestión (no de planeamiento) urbanístico, a saber, un Programa de Actuación Integrada que contiene el proyecto de reparcelación y el proyecto de urbanización, y por lo tanto, la competencia para conocer de él correspondía al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. (...) Este recurso de casación, pues, debe ser inadmitido”.

ella” De lo que se deduce que es un acto de carácter singular y no una disposición general, inadmitiendo de esta forma el recurso de casación con la consiguiente indefensión al funcionario al que se priva del derecho a una doble vía impugnatoria y a que cuando interpuso el recurso sí que la tenía-.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial comportará el mantenimiento de una doble vía impugnatoria, pero “*descendiendo*” un escalón. En primera instancia ante el Juzgado de lo Contencioso y en apelación ante el TSJ que corresponda (artículo 8.1.a) en relación con el 10.2 de la LRJCA) lo que no sucedió a sus compañeros funcionarios en otros recursos de casación interpuestos ante el Tribunal supremo, y que tampoco sucederá (al menos en la pérdida de una instancia), a posteriores recurrentes.

El voto particular de esta Sentencia, sobre el que volveremos, considera que la abandonada doctrina equiparadora de la RPT a la disposición de carácter general, era “*más respetuosa con el derecho de los empleados públicos a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos*”.

La Sala admite que estamos ante un “*cambio de rumbo*” que este Tribunal no podía acometer sin una explicación clara de que no se hace como un apartamiento “*ad casum*” de lo que es la doctrina general, pues supondría la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14.1 Constitución Española), sino un cambio reflexivo de carácter general con vistas a la aplicación de futuro. Innovación interpretativa que se amparaba en la doctrina del Tribunal Supremo a propósito de la no conculcación de ese derecho de igualdad por un cambio interpretativo, siempre que esté adecuadamente justificado y con una argumentación razonada de que dicha separación que justifica la solución dada al caso, y que responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta singularizada *ad personam*.

Resulta poco menos que sorprendente la razón en la que basa la no vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, en base a que se le dio un trámite de audiencia “*en el que ha podido exponer las razones que ha considerado pertinentes*”; lo cual no deja de tener cierta carga de ingenuidad o de ironía. Es inimaginable que a punto de concluir “*el cambio de rumbo*” y como consecuencia de unas alegaciones, el Tribunal recapacite y de marcha atrás. Este trámite de alegaciones puede tener cierto el efecto placebo para el Tribunal pero de in-

utilidad garantizada. Otro resultado equivaldría a la luz cegadora que en el camino a Damasco deslumbró a Saulo.

El fundamento jurídico tercero de esta Sentencia, ofrece las razones de fondo para establecer esta nueva caracterización jurídica y no vamos a detenernos en ellas, puesto que no es el propósito de este trabajo -aunque marginalmente pudiéramos hacerlo- polemizar con las decisiones de fondo. Lo único que pretendemos es poner de manifiesto las variaciones de la doctrina jurisprudencial en favor del incremento de las razones de inadmisibilidad en el recurso de casación, o en el de amparo, como un factor de inseguridad, al menos para quienes fueron sorprendidos en su itinerario procesal por el “cambio de rumbo”.

Es cierto, como pone de manifiesto la Sala, que algunas sentencias anteriores se habían caracterizado por asignar a la RPT la doble naturaleza de acto no norma, según se refiriese la cuestión al plano sustantivo, o al procesal, lo cual ciertamente resulta incómodo de mantener indefinidamente “*pues la idea de una naturaleza dual, ofrece indudables dificultades en pura lógica jurídica*”. Lo correcto es entender que cada ente de derecho debe ser caracterizado de modo unitario. No se puede ser una cosa en el plano procesal, y otra en el plano sustantivo, pues ello “*diste del desiderátum de claridad y certeza que forma parte del contenido de las exigencias de principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE)*”.

En suma y según se puntualiza en el fundamento jurídico cuarto la RPT “*no es un acto ordenador sino un acto ordenado, mediante el que la Administración se autoorganiza, ordenando un elemento de su estructura como es el de personal integrado en ella*”. La RPT –concluye el Tribunal- “*no es norma de ordenación general y abstracta de situaciones futuras, sino un acto o condición mediante el que, al establecer de modo presente y definitivo el perfil de cada puesto, se opera como condición y como supuesto de hecho de la aplicación al funcionario, que en cada momento ...*”.

Tan drástico cambio mereció dos votos particulares que al margen de contradecir la línea argumental de la Sentencia con la que discrepaban, hacían valer, por lo que aquí nos importa, que la doctrina relegada “*brinda una protección judicial más eficaz de sus derechos e intereses legítimos*”. Con lo cual subliminalmente queda dicho que se confía más en una segunda instancia ante el Tribunal Supremo que ante el TSJ respectivo. Interrogándose los discrepantes sobre el porqué de un cambio

en la jurisprudencia que, con todos los vaivenes que se quieran, había adquirido unos contornos suficientemente precisos: *“Desde luego no por motivos de seguridad jurídica pues ya se sabía a qué atenerse”* *“Se trata de una doctrina bien conocida que no da lugar a dudas, ni por tanto a ninguna inseguridad”*.

Esta doctrina ha sido reafirmada posteriormente entre otras, por ser la última que ha llegado a nuestro conocimiento, en la de 6 de Noviembre de 2.014. Ponente José Díaz Delgado (recurso de casación 524/2013). Sala Tercera, Sección Séptima, que ya parte del conocimiento y existencia de la Sentencia de 5/2/2014, antes citada, concluyendo que *“en consecuencia y por el principio de seguridad jurídica, en el presente caso, donde se impugnan resoluciones que provienen de la ejecución de una sentencia que resuelve sobre la impugnación de una modificación de la relación de puestos de trabajo, hemos de declarar la inadmisibilidad del recurso, si bien llegado el momento actual, debemos desestimarlo”*.

Del voto particular se pueden extraer interesantes observaciones a propósito del cambio de criterio, y su trascendencia procesal, al poner manifiesto sus autores que estamos frente al cambio de una doctrina jurisprudencial consolidada por más de 20 años de aplicación.

Resaltando que es un supuesto más restricción de acceso al recurso de casación, ya que el restablecimiento de su naturaleza jurídica de acto impide tal posibilidad, por lo que la consecuencia directa e inmediata es que el procedimiento se detendrá en el nivel del T.S.

El problema una vez más, es el de la certeza de la doctrina aplicable, en relación con la seguridad jurídica, y la reducción -transitoriamente - a una sola instancia de las dos existentes. Lo que sucederá irremediablemente en aquellos supuestos a los que la mutación de norma a acto sorprendió a los recurrentes *“in itinere”*.

Una vez más llamamos la atención de estos desfavorables efectos para la parte recurrente, motivados por cambios de criterio jurisprudencial. Somos conscientes de que la doctrina jurisprudencial puede evolucionar en aras a la mejora de la interpretación y aplicación a la Ley, pero de alguna forma debiera de establecerse una transitoriedad atemperada a los principios del art. 24.1 C.E., para evitar situaciones como las que se contemplan en las sentencias referidas. El cambio de criterio no puede cercenar el derecho al doble recurso, no por que éste sea atentatoria al principio de la tutela judicial efectiva, que ya sabemos

que es de configuración legal y habrá que estar a lo dispuesto en la normativa procesal, sino porque la transición no puede desarbolar las expectativas de quienes aspiraban a una casación de sentencia por el T. S.

De esta doctrina jurisprudencial es destinataria directa la administración del Estado y sus organismos dependientes, pero no las Comunidades Autónomas y Ayuntamientos, que dependerán de sus respectivas Leyes de función pública.

XVII.- PRESENTACION EN EL JUZGADO DE GUARDIA

Vaya por delante la asunción del tanto de culpa que nos corresponde a los letrados, en nuestra irresistible tendencia a aproximarnos peligrosamente al día de cómputo final de la presentación del escrito, generalmente no por gusto, sino por necesidad. Como también es cierto el exacerbado rigor con que en su momento se trató por nuestros tribunales la presentación de los escritos de plazo, antes de su definitiva ordenación en la LEC (de aplicación supletoria de la jurisdicción contencioso administrativa, según su Disposición Final Primera).

Hoy podemos decir que no existe cuestión al respecto de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 134 (improrrogabilidad de los plazos) y 135 que admiten la presentación de escritos sometidos a plazo, *“hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo, en el servicio procesal creado a tal efecto, o de no existir éste, en la sede del órgano judicial”*. Prohibiéndose expresamente (en asuntos civiles, se puntualiza) su presentación en el Juzgado que presten servicio de guardia.

Cuando no existía la prohibición de presentar los escritos de término en el Juzgado de Guardia fueron numerosísimos los incidentes que se suscitaron, especialmente en supuestos de presentación prematura o anticipada al vencimiento, que a excepción de algunas particularidades, se consideraban extemporáneos. Solución realmente drástica cuando estaba probado que el escrito se presentó en el Juzgado de guardia, aunque no precisamente el día del vencimiento del plazo, que es el único en el que debía de admitirse como presentación temporánea. Es difícil aceptar que un escrito que consta en una dependencia judicial antes de la conclusión del plazo tenga el cruel destino de la inadmisibilidad.

Aunque ha perdido vigencia, no está de más traerlo en colación por inscribirse su planteamiento en una manifestación más del apartamiento del principio de la tutela judicial efectiva.

Para la mejor comprensión del problema nos tendríamos que remontar la Orden Ministerial de 19 junio 1974 que autorizaba la presentación en los juzgados de guardia de Madrid y Barcelona de escritos y documentos dirigidos a órganos judiciales de dichas poblaciones. Y al artículo 41 del Reglamento 5/1995 del 7 junio (de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales). En el que se disponía que *“en aquellas circunscripciones judiciales en que no esté organizado de modo independiente un servicio específico con tal finalidad, corresponderá al juzgado de guardia la recepción de los escritos cuya presentación esté sujeta a plazo perentorio, siempre que se dirijan a cualesquiera otros órganos jurisdiccionales de la misma sede y tengan entrada una vez concluida la jornada de trabajo del juzgado o tribunal destinatario”*. Pero esto ya es historia.

La sentencia del T. S. de 21 marzo 2000 hace un minucioso detallado recorrido de toda esta génesis y mantiene la más inflexible de las interpretaciones, como sus coetáneas, afirmando que *“los actos impugnados declararon inadmisibles el recurso contencioso administrativo por entender que, frente a la regla general de los artículos 299 y 250 de la LEC, según los cuales los escritos judiciales deberán presentarse ante el órgano competente para su resolución, sólo puede admitirse la presentación en el Juzgado de Guardia de los llamados escritos de término, es decir, de aquellos cuyo plazo de presentación vence en el mismo día, mientras que el recurso se depositó en el buzón del Juzgado de Guardia antes del último día hábil del plazo de presentación.(Se apoya en la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la sentencia de 28 octubre 1996”*).

En esta sentencia que hemos tomado como guía se sienta que *“la presentación de un escrito de interposición del recurso contencioso administrativo dirigido a la sala de lo contencioso administrativo, efectuada ante el juzgado de guardia antes del último día del plazo de presentación, debe estimarse incorrecta y no válida, habida cuenta de que tal órgano judicial sólo puede admitir escritos que deben presentarse el último día de plazo perentorio y en horas que no se halle abierto registro de entrada del órgano al que va dirigido”*.

Otras sentencias posteriores (T.S. 29/01/2003 Recurso de casación: 9197/1997) mantuvieron el mismo criterio, incluso aunque el escrito se hubiese presentado dos días antes del vencimiento. Solo se mitigó el rigor cuando el recurrente compareció ante el Tribunal o Juzgado

para ratificar el escrito presentado prematuramente, el día del vencimiento.

Una demostración más del indisimulado propósito restrictivo que ha inspirado alguna de las líneas jurisprudenciales impeditivas del acceso a la jurisdicción.

Polémica ya zanjada desde la unificación del procedimiento de la presentación de escritos sometidos a plazo, por el art. 135 de la LEC.

XVIII.- EFECTOS COLATERALES POR MODIFICACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Nos estamos refiriendo a la intrahistoria de cada una de las decisiones jurisprudenciales cuando se produce un cambio de criterio que conduce a la fatal declaración de inadmisibilidad. La mutación de la naturaleza jurídica de la relación de puestos de trabajo; la asunción de competencias jurisdiccionales en el enjuiciamiento de normas de derecho autonómico, los vaivenes en la acreditación de la voluntad societaria para recurrir; el agotamiento de la vía judicial previa y, otras citadas en esta conferencia.

Pensamos en los justiciables y sus letrados, que iniciaron una vía impugnatoria con unos presupuestos procesales que a lo largo del juicio se han visto alterados. Y, no digamos ya, la de aquellos en los que la modificación de la Ley de la Jurisdicción los ha convertido en instancia única.

Se nos dirá que el sistema de recursos es de configuración legal y que no existe ninguna previsión constitucional más allá del acceso a la jurisdicción. Pero no hablamos de esto, nos referimos al desamparo en el que quedan quienes fueron parte de un pleito en el que se les priva de derechos procesales que implicaban una mayor garantía que la resultante de la reforma. Y eso por no relatar la incompreensión de la parte interesada cuando su letrado le comunica que aquel recurso en el que confiaban, ya no existe. Si nos asombra a los profesionales del derecho, como se encajará por los que lo ignoran.

Debiera de adoptarse alguna previsión legal (aunque con aplicar en todas sus consecuencias del artículo 24.1 de la C.E. sería bastante) que dejase a salvo la integridad procedimental de las normas con las que se iniciaron el proceso, tal como lo prevé la Disposición Transitoria segunda del Procedimiento Administrativo común garantiza un que *“a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley*

no le será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior". Creemos que cualquier solución de esta naturaleza se compadecería mucho mejor con el principio de la tutela judicial efectiva y se dejaría de causar un "daño procesal" innecesario, además de injusto.

No se trata de atajar una resolución incurrida en arbitrariedad (artículo 9. 3 C.E.) porque supusiera un cambio caprichoso de criterio diferente al que se ha venido sustentando, ya que en tal caso bastaría con alegar la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la sentencia de 30 enero 2006 (27/2006) o la del Tribunal Supremo (de 05/02/2014 Sala: Tercera. Sección: Séptima. Número Recurso: 2986/2012) que se opone a estas veleidades en base al artículo 9. 3 y 14 de la C.E.), en los siguientes términos:

«d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizados el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado, bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició. La razón de esta exigencia estriba en que el derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones, adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales, sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable y no a una respuesta singularizada ad personam. »

Ni tampoco de oponernos a la capacidad innovativa de las Disposiciones Transitorias pues, en tal caso, se nos replicaría con la doctrina del Tribunal Constitucional (23 junio de 1994. Recurso de Amparo 87/1993 (RTC 1994/193), según la cual "*en general es competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa (art- 117-3. CE)*

De igual modo fracasaríamos en nuestro intento de salvar estas situaciones como un supuesto de ruptura del principio de seguridad jurídica, con estas alteraciones normativas, porque se nos opondría la doctrina del T.C. afirmando que "*no existe precepto constitucional que fundamente el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de ordenación de los recursos legalmente establecidos, siempre que se respete el derecho de las partes a «un proceso con todas las garantías»*

Y que es “ *constitucionalmente lícita la modificación legislativa de los recursos existentes en un momento dado*” .

Lo que tratamos de evidenciar es la privación de un régimen de recursos alterado por un cambio de criterio del Tribunal Supremo, o del Tribunal Constitucional, que lesiona los intereses de las partes y restringe garantías impugnatorias establecidas al inicio del proceso, de un modo tal que ni tan siquiera han tenido la oportunidad de conocer, por haberse gestado en el seno del Tribunal y sin comunicarlo a todos los recurrentes que se hallaban en situación semejante a la originadora del cambio de criterio.

El caso de quien preparó sucintamente un recurso de casación cuando no existía la exigencia del juicio de relevancia, o la exhaustiva justificación de los motivos de casación establecidos en el artículo 88. 1 de la LJCA. El ejemplo vale para este y otros muchos casos a los que nos hemos referido, especialmente agravados por la lentitud de la justicia.

Lo razonable y coherente con el principio de la tutela judicial efectiva sería abogar por una transitoriedad blanda, ya fuera mediante los instrumentos legislativos adecuados o, atemperando la irrupción en el mundo jurídico de estos criterios novedosos de efectos devastadores para las partes. Siempre bajo la más que cumplida justificación de la aplicabilidad del art. 24.1 de la LRJCA

Valencia, Enero de 2.014

Dr. José Luis Martínez Morales.

LA RETROACCIÓN DE ACTUACIONES. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

I. El régimen administrativo frente al régimen anglosajón.

En el régimen anglosajón, donde se parte del sometimiento de la Administración al Derecho privado, son inferiores las prerrogativas de que dispone la Administración que aquellas que le corresponden en Francia y en general en los países de régimen administrativo, como es el nuestro¹.

Por el contrario, recuerda el profesor Entrena Cuesta que son menores las garantías del ciudadano británico frente a la Administración que las de los ciudadanos continentales. Es decir, al conjunto de medios de que los particulares disponen para reaccionar contra la actividad ilícita o ilegal de la Administración, especialmente la vía administrativa que evita acudir a los Tribunales, siendo gratuita; o para exigir indemnización cuando se le causare un perjuicio antijurídico en sus derechos e intereses (106.2 CE, responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, de carácter objetivo).

Sin embargo, a nuestro juicio, desde el principio de igualdad de armas ante el proceso, que exige el artículo 24.1 de nuestra norma constitucional, está en mejor situación quien se limita a defenderse, recayendo la carga probatoria en la otra parte, que quien para conseguir su derecho se ve obligado primero a agotar una larga vía previa administrativa, y posteriormente a acudir a los Tribunales, con traslado de dicha carga frente a la presunción de licitud de los actos administrativos y el coste y molestias consiguientes.

La evolución histórica que ha conducido a la actual situación a diferencia de lo que ha ocurrido en la Europa continental, donde se ha partido de estimar que la Administración tenía que someterse a unas reglas distintas de las que regulan las relaciones entre los particulares, los ingleses, han pretendido que la Administración continuase sometida a las mismas normas jurídicas que tradicionalmente regularon su actividad. Por ello, el principio general de que se parte es el del sometimiento de la Administración al Derecho privado y las rupturas de este principio constituyen eso, simples quebras, excepciones de las normas jurídicas generales; por lo que no ha llegado a estructurarse un verdadero sistema de Derecho administrativo. No se ha considerado el Derecho administrativo como el ordenamiento jurídico común y normal de la Administración pública. Es un ordenamiento jurídico que se aplica en ocasiones, pero que

¹ Como sostiene Rivero en la actualidad las diferencias que se dan en cuanto al sometimiento de la Administración al Derecho en los países que se encuadran al sistema del rule of law y los que se adscriben al del régimen administrativo son sólo cuantitativas.

cuando fallan sus reglas se integran con normas de Derecho privado. El Derecho administrativo es en Inglaterra un derecho especial de la Administración que se aplica sólo en casos concretos.

Pues bien nuestro ordenamiento sigue el sistema francés, y establece privilegios para la Administración, en más y en menos, como decía el profesor García-Trevijano, y entre esos privilegios de que goza está sin duda la autotutela declarativa y ejecutiva, la posibilidad de decir lo que es derecho, trasladando la carga de su impugnación al particular, y la potestad de ejecutar esos actos administrativos que se presumen legítimos, sin impetrar el auxilio judicial.

Estos privilegios se explican también desde la perspectiva histórica del control de los actos administrativos, en otro tiempo inexistente, donde regía el principio de "*rex legibus solutus*", y donde el poder judicial resolvía exclusivamente los conflictos entre particulares; después el Estado se somete al Derecho que el mismo crea, primero con una jurisdicción retenida (control interno) después delegada, y finalmente trasladada al poder judicial, lo que en España ocurre con la ley de 27 de diciembre de 1956, y que culmina con la actual de 1999, que de acuerdo con la Constitución universaliza el control de todos los actos administrativos sin excepción (artículos 1.1, 24.1 y 106 de la Constitución).

Al contrario de lo que viene ocurriendo, la expansión incontrolable del derecho administrativo, ocupando mediante la regulación de las relaciones jurídicas las parcelas que se venían ventilando ante la jurisdicción civil, la siguiente evolución debería ser la desaparición del derecho administrativo como ordenamiento distinto del civil, acercándonos al derecho administrativo anglosajón, desapareciendo los privilegios de la Administración y acercando las partes a una igualdad real de armas ante el proceso. Aunque estoy convencido de que esto es, hoy por hoy, ciencia ficción, es a mi juicio lo deseable, y quizá un buen principio sería facilitar el acceso a la justicia, eliminando recursos administrativos obligatorios, especialmente el lentísimo económico-administrativo, los obstáculos a la tutela judicial, como las tasas, depósitos, etc.

La retroacción de actuaciones a la vía administrativa para reiniciar las mismas, cuando se anula un acto administrativo, viene a suponer un obstáculo más a la tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24.1 de la Constitución haciendo de los recursos una historia interminable.

II La tesis del tiro único. La coexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de plazos de prescripción de la acción y de caducidad para la interposición de los recursos.

En el ordenamiento jurídico administrativo existen plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones que corresponden, tanto a la

Administración, como a los particulares. La Ley General Tributaria establece un plazo de cuatro años para que la Administración compruebe las autoliquidaciones o liquide las deudas tributarias, y también para que los particulares puedan solicitar la devolución de lo indebidamente ingresado. Pues bien, a mi juicio, estos plazos de prescripción, cuando se dicta la liquidación se agotan, se consumen, aun cuando no hayan transcurrido los cuatro años, y entonces se producen los siguientes efectos:

- Nace para el ciudadano interesado un plazo de caducidad breve, para la interposición del recurso o reclamación, administrativa o en su caso judicial.

- Para la Administración se produce la firmeza del acto, de tal forma que no puede ser revocado en cuanto sea de gravamen, y si tan solo declarado lesivo, en el caso de supuestos de anulación, pero por los órganos jurisdiccionales (pierde desde ese momento toda potestad declarativa) y excepcionalmente, en los casos de nulidad de pleno derecho, a través del procedimiento de revisión de oficio.

A partir de la liquidación como decimos se agota el plazo de prescripción para liquidar. Ciertamente nacen otros plazos distintos de prescripción, para el cobro de lo liquidación², para declarar en su caso lesivo el acto, etc.

En las sentencias que comentaremos a continuación se cuestiona que el plazo de prescripción para liquidar termine con la liquidación. Sin embargo el artículo 66 de la LGT claramente sostiene que prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos: “a) *El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación*”. En consecuencia, ese plazo puede ser interrumpido, pero antes de que se dicte la liquidación. No tiene ningún sentido prolongar la vida de la acción para liquidar, si ya se ha liquidado.

La llamada tesis del tiro único, cuyo nombre tanto éxito ha tenido en el ámbito doctrinal y jurisprudencial, nace en la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valencia con motivo de la fiscalización de actos de comprobación de valores en transmisiones patrimoniales llevados a cabo por la Comunidad Autónoma Valenciana consistentes en la aplicación automática de un índice sobre el valor catastral, por entender que no se trataba realmente de un acto de comprobación. La tesis fue confirmada por el Tribunal Supremo. Sin embargo, como consecuencia de la mejora en la tramitación de asuntos judiciales en la Sala valenciana se acortaron los plazos y se llegó a resolver antes de transcurrir los cuatro años desde la liquidación anulada. Fue entonces cuando la Administración consideró que al no haber transcurrido este plazo, la acción no había prescrito y volvió a

2 Artículo 66.b) LGT:” El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas...

hacer nuevas comprobaciones. Entonces nace aquella tesis que sostiene que la Administración, que tiene potestad de comprobación, ha de ejercitarla dentro del plazo de prescripción, por una sola vez, e incluyendo en la misma todos los motivos que tenga para mostrar su disconformidad con la autodeclaración (de ahí el nombre) y a partir de entonces, no puede desconocer ese acto que se presume legítimo, sino a través de la revisión del mismo, bien por lesividad o en los casos de nulidad, por la revisión de oficio, pero no puede, tras una sentencia que anula el acto por el que se ejercita la potestad de comprobación, volver a comprobar, “*hasta que alguna vez acierte*”, como dijo el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de octubre de 2000,³ recogiendo una frase del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, tomada de la Sala de Valencia.

Por otra parte, esta tesis es también de aplicación en el caso del plazo de prescripción que a favor de los ciudadanos interesados se dispone en el artículo 66 de la LGT para la solicitud de devoluciones.⁴ Parece hasta ahora conforme la jurisprudencia que niega al particular, que dentro del plazo de cuatro años formula una petición de devolución de ingresos y obtiene una respuesta total o parcialmente desestimatoria, la posibilidad de que, a pesar de haber consentido la liquidación por no interponer reclamación tempestivamente en los breves plazos establecidos legalmente⁵, o tras haber sido desestimada su reclamación económico-administrativa o judicial, pueda solicitar de nuevo la devolución, al entender interrumpida la prescripción, precisamente por sus reclamaciones o recursos, o por entender que si no recurrió, aún no han transcurrido los cuatro años, y ello, aunque cambien los motivos para solicitar la devolución (por todas, STS de 17 de noviembre de 12982⁶

3 Viene a privar de efectos interruptivos de la prescripción a las terceras comprobaciones que adolecen de los mismos vicios de anulabilidad por los que resultaron en su día anulados, declarando prescrito el derecho de la Administración a liquidar en estos casos al entender que el derecho de la Administración a corregir las actuaciones producidas con infracción de alguna garantía o formalidad o insuficiencia de motivación en la comprobación de valores no tiene carácter ilimitado, por estar sometido, en primer lugar, a la prescripción y, en segundo lugar, a la santidad de la cosa juzgada.

4 Art. 66 LGT: c) *El derecho a solicitar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías.*

d) *El derecho a obtener las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, las devoluciones de ingresos indebidos y el reembolso del coste de las garantías...*

5 De caducidad.

6 Fdto jco SEGUNDO.- “*Que, aun cuando para rechazar estas alegaciones dio adecuada respuesta la sentencia combatida, puesto que tan sólo suponen auténtica reproducción de las formuladas en el escrito de demanda, no es ocioso insistir en que, si bien es verdad que dichas Instrucciones, por su Indudable carácter general, lo mismo podían impugnarse directamente que cuando se aplicaban a un caso concreto, de ello no puede deducirse la improcedencia de que se combaten los actos que fueron consentidos y firmes -conclusión ésta esencial para la*

Naturalmente, la aplicación de la doctrina jurisprudencial que permite a la Administración reiterar las liquidaciones, tras su anulación, exigiría también aplicar el mismo tratamiento en el plazo de prescripción para solicitar devoluciones.

Que para la Administración la liquidación supone el agotamiento del plazo para liquidar la deuda tributaria se desprende de lo dispuesto en el artículo 218.1 DE LA LGT CUANDO DISPONE QUE:” *Fuera de los casos previstos en el art. 217 y 220 de esta ley, la Administración tributaria no podrá anular en perjuicio de los interesados sus propios actos y resoluciones*”. Pues bien, es evidente que si la Administración no puede anular sus propios actos⁷, salvo nulidad de pleno derecho o rectificación de errores materiales, en perjuicio de los interesados, con menor motivo podrá utilizar la estimación de recursos en la vía administrativa o judicial ganada por los interesados, en perjuicio de éstos, rehabilitando una potestad de liquidar que el propio legislador ha considerado agotada. Con la posibilidad de que la reiteración de actuaciones se transforme en una “*reformatio in peius*”.⁸

Por eso sostiene a continuación el artículo 218.1 de la LGT que: “*La Administración tributaria podrá declarar lesivos para el interés público sus actos y resoluciones favorables a los interesados que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, a fin de proceder a su posterior impugnación en vía contencioso-administrativa*”, y ello con el límite previsto en el apartado 2 de dicho precepto cuando sostiene que: “*La declaración de*

sentencia que se impugna-ya que, tuviera o no conocimiento el actor de la existencia de expresadas Instrucciones cuando las liquidaciones por cada operación de venta se practicaban, si las mismas, en su cuantía o en las reglas de aplicación para determinarla, no se atemperaban a lo establecido en los Decretos, que, al efecto y como conculcados, se invocan por la parte- indudablemente conocidos, por el contrario, o, dada su publicidad, debidos conocer- la disconformidad entre lo efectivamente cobrado y lo debido cobrar según éstos eran razón más que suficiente para venir en conocimiento de esa anomalía que después se denunciaba fuera de tiempo por haber sido aceptada en su momento sin reserva ni objeción alguna, ya que, consentido el acto y no impugnada la liquidación que contiene, deviene improcedente pretender el reintegro de un exceso cuya ilegalidad oportunamente no se denunció, y no se diga en contra de esa inviabilidad de la impugnación actual que repetidas liquidaciones eran asimilables a las nóminas de los Sueldos de los funcionarios, pues, en tanto éstas atañen a una relación jurídica de tracto sucesivo y carácter permanente -como declararon los fallos de la Sala 5.ª de este Alto Tribunal de 7 octubre 1975 y 8 marzo 1976-, aquéllas corresponden a individualizados contratos de compraventa de trigo, de tracto único, en sí mismos cuyo respectivo precio se concreta en cada liquidación y que con el pago del mismo agota sus efectos”.

7 Que se presumen además legítimos. Arts 56 y 57 de la ley 30/1992.

8 TS, en Sentencias de 27 de febrero de 1990 y 26 de septiembre de 1998, sostiene que «la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón»..

lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se notificó el acto administrativo“, lo que confirma que tras la notificación de la liquidación nace un plazo distinto al del derecho a liquidar. En el mismo sentido el artículo 103 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre.⁹ Por otra parte no parece compatible la supervivencia del derecho a liquidar, tras haber liquidado, con la potestad de ejecutar lo liquidado en el plazo de cuatro años.

En otras palabras, si la Administración, tras la liquidación no puede ya volver a liquidar, sino solo a declarar lesivo el acto y enviarlo a los Tribunales o utilizar el extraordinario procedimiento de revisión, y la interposición de reclamaciones o recursos por el tercero interesado reabre el plazo de prescripción para liquidar, estaríamos ante una autentica resurrección de dicha potestad.¹⁰

Que el particular no puede reiterar su petición de devolución de ingresos tras la liquidación desestimatoria, aunque no hayan transcurrido cuatro años queda de manifiesto en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ¹¹ al disponer el artículo 28 que:” *No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma*”, cuya aplicación por cierto a la vía administrativa y tributaria nadie ha cuestionado.

Es verdad que el artículo 68 b) de la LGT, recientemente modificado, sostiene que el plazo para liquidar se interrumpe por “*la interposición de*

9 Artículo 103. Declaración de lesividad de actos anulables

1. Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el art. 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el art. 84 de esta Ley..

10 No parece que sea discutible que tras la liquidación, no caben sucesivas liquidaciones si el particular se aquieta a la misma y no la recurre. Es precisamente el recurso el que rescita el plazo de prescripción. Hay vida tras la muerte.

11 La EM sostiene que se “*mantiene la inadmisibilidad del recurso contra actos confirmatorios de otros firmes y consentidos. Esta última regla se apoya en elementales razones de seguridad jurídica, que no sólo deben tenerse en cuenta en favor del perjudicado por un acto administrativo, sino también en favor del interés general y de quienes puedan resultar individual o colectivamente beneficiados o amparados por él. Por lo demás, el relativo sacrificio del acceso a la tutela judicial que se mantiene por dicha causa resulta hoy menos gravoso que antaño, si se tiene en cuenta la reciente ampliación de los plazos del recurso administrativo ordinario, la falta de eficacia que la legislación en vigor atribuye, sin límite temporal alguno, a las notificaciones defectuosas e inclusive la ampliación de las facultades de revisión de oficio. Conservar esa excepción es una opción razonable y equilibrada*”..

reclamaciones o recursos de cualquier clase, por las actuaciones realizadas con conocimiento formal del obligado tributario en el curso de dichas reclamaciones o recursos” y que el apartado 7 dispone que :” Cuando el plazo de prescripción se hubiera interrumpido por la interposición del recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, por el ejercicio de acciones civiles o penales, por la remisión del tanto de culpa a la jurisdicción competente o la presentación de denuncia ante el Ministerio Fiscal o por la recepción de una comunicación judicial de paralización del procedimiento, el cómputo del plazo de prescripción se iniciará de nuevo cuando la Administración tributaria reciba la notificación de la resolución firme que ponga fin al proceso judicial o que levante la paralización, o cuando se reciba la notificación del Ministerio Fiscal devolviendo el expediente.

Sin embargo, a mi juicio estos preceptos son compatibles con la posibilidad de que se refieran a supuestos en que las reclamaciones o recursos, administrativos o jurisdiccionales no se dirijan contra liquidaciones, pudiendo impugnarse por ejemplo actos de trámite que causen indefensión, liquidaciones parciales, etc. Esto es, a mi juicio para que el plazo pueda interrumpirse ha de subsistir, y no subsiste el derecho a liquidar, como ya hemos dicho si existe liquidación. Por otra parte lo que se interrumpe., o más técnicamente se podría decir “se suspende” tanto en vía administrativa como en vía judicial, no es la liquidación, sino su ejecución, y ello si se solicita. En consecuencia, hay que entender que lo que se suspende no es el derecho a liquidar, sino el derecho a cobrar la deuda liquidada. Se desprende del tenor del precepto, interrupción del plazo para liquidar, no se habla de interrupción de la prescripción, y del apartado 7 se desprende que lo que se suspende es el procedimiento administrativo, y como consecuencia dicho plazo para liquidar.

Esencialmente por estas razones, a las que se unen otras como la existencia de cosa juzgada, y los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, llevó en su día a la Sala de Valencia a mantener la tesis de que los plazos de prescripción para liquidar una deuda tributaria o comprobar una autoliquidación por parte de la Administración, o del particular para reclamar devoluciones se agotaban con la liquidación, a partir de la cual comenzaban los plazos de caducidad para interponer reclamaciones o recursos o en su caso declarar la lesividad del acto. Esta tesis, que mereció el calificativo de “*peregrina doctrina*” para el Tribunal Supremo, y que se recuerda en otras posteriores, no fue obstáculo para que se admitiera poco tiempo después por el mismo Tribunal, si bien cuando ras dos sucesivas anulaciones por sentencia, reiteraba otra valoración distinta, con-

siderando que la tercera ya no era admisible por el principio de seguridad jurídica y buena fe que debe presidir las relaciones entre la Administración y el justiciable ¹², así como la santidad de la cosa juzgada, que al parecer solo existe en la sentencia que anula la tercera reiteración de la comprobación, no en las dos anteriores.

III La Evolución jurisprudencial.

A. La superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como destaca SANTOS DE GANDARILLA MARCOS¹³, una de las ventajas que ha supuesto la superación del carácter revisor de la jurisdicción, fue evitar la retroacción de las actuaciones que dilataban en el tiempo la obtención de una efectiva satisfacción de la tutela judicial, con cita del fundamento jurídico tercero de la STS de 1 de abril de 1986 que sostiene lo siguiente:” *El derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales que proclama el artículo 24.1 de la Constitución y el principio de economía procesal no pueden resultar afectados por decisiones de la Administración que indebidamente no se pronuncian sobre el fondo de la cuestión planteada, supuesto en que los tribunales revisan la legalidad de dichas resoluciones, siempre que existan en las actuaciones elementos de juicio suficientes y no se produzca indefensión para ninguna de las partes, deben pronunciarse sobre las pretensiones ejercitadas, sin perturbadoras retroacciones del procedimiento para obligar al órgano administrativo a que adopte una decisión sobre el fondo*”.

En efecto, con una Administración que tiene el privilegio de decir previamente el derecho, pero también la posibilidad de no hacerlo, operando el silencio administrativo como único remedio para que el particular pueda acceder a la tutela judicial efectiva, silencio que no es sino una presunción de acto y que carece como es lógico de cualquier elemento de motivación que permita al particular su defensa, la retroacción de actuaciones, si no la solicita el interesado, pugna con dicho derecho fundamental, pues forma parte del mismo la respuesta dentro de un plazo razonable, circunstancia que desde luego no concurre en ninguno de los supuestos a los que nos vamos a referir ¹⁴, y que contradicen la doctrina elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 6.1 del Tratado.

Conviene recordar que si bien la Administración debe perseguir el interés general, no corresponde su defensa a los jueces, sino que la

12 Sentencia de 7 de octubre de 2000.

13 Tomo la cita de su trabajo:”*La ejecución de sentencias en el orden contencioso-Tributario: La retroacción de actuaciones y las garantías de los obligados tributarios*”, actualmente en trámite de publicación, a quien agradezco su desinteresada autorización.

14 Algunos superan los 20 años de tramitación.

Constitución le impone, con sujeción a la ley, y de conformidad con la interpretación efectuada por los Tribunales internacionales, la de los derechos fundamentales según dispone su artículo 10 y subraya el artículo 53.2.

B. Sentencia de 7 de octubre de 2000. *La reiteración por tres veces de un acto anulado es contraria a derecho.*

La sentencia de 7 de octubre de 2000, al resolver un recurso contra una sentencia del TSJ de la Rioja que anulaba una tercera comprobación de valores, tras otras dos sentencias que anulaban sendas comprobaciones, acogió la tesis del tiro único, negando la posibilidad de que la Administración efectuara una tercera valoración, *“hasta que alguna vez acierte”*. Y ello por los principios de seguridad jurídica y buena fe y la santidad de la cosa juzgada. Pues bien esta tesis se reitera por el Tribunal Supremo en sentencias posteriores y se extendió por los Tribunales y juzgados contencioso-administrativos.

He de disentir en el motivo de que se acogiera como válida la repetición de la primera valoración, esperando a la tercera para anularla. Sin duda ello se debió a que en el caso analizado se trataba de una tercera valoración. La cuestión no es cuantas veces se puede reiterar la liquidación, sino si se puede hacer la reiteración por entender que las reclamaciones y las interposiciones de recursos, incluidos los contencioso-administrativos interrumpen la prescripción del derecho a liquidar, con la consecuencia de que nunca prescribiría el derecho de la Administración para liquidar, ya que si la reclamación o recurso se presentaba intempestivamente serían declararían inadmisibles, y si se presentaba en plazo se interrumpiría la prescripción.¹⁵

Como es sabido la cosa juzgada existe cuando se dicta la última resolución judicial, o cuando no se recurre y gana firmeza una resolución judicial, siempre que se den las identidades exigibles de partes y pretensión, de conformidad con lo exigido por la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y ello al margen de los motivos empleados. Pues bien, no vemos que sea posible, en cualquier orden jurisdiccional. una vez planteado un proceso judicial que termina por sentencia, volver a reiterarlo alegando que el plazo de prescripción no había transcurrido, y es mas había comenzado de nuevo tras la interposición de la reclamación, judicial o no, ni cambiando la motivación. Al contrario cuando se ejercita una pretensión es preciso agotar todos los motivos que conducen al éxito o a la oposición. En definitiva, el principio de seguridad jurídica es el que exige que las disputas jurídicas se resuelvan dentro de un plazo razonable de forma definitiva.

¹⁵ La propia sentencia del TS de 19 de noviembre de 2012 parece estar también en desacuerdo, aunque la cita, con la tesis de que sea la tercera reiteración la que haya de anularse, centrando el debate en si se puede reiterar o no siempre que no haya transcurrido el plazo de prescripción.

Desde luego la Administración Tributaria no puede alegar indefensión, tiene cuatro años para el ejercicio del derecho a liquidar, plazo que además puede interrumpir por cualquier reclamación al interesado. Lo que exige la Constitución es que cuando actúe lo haga de conformidad a la legalidad (art. 1.1, 9.1, 9.3 y 103.1 de la Constitución) y no que pueda reiterar, una vez vencida judicialmente el mismo acto “hasta que acierte”.

C. Sentencia de 28 de junio de 2010. ¹⁶La interrupción de la prescripción del derecho a liquidar.

Sin embargo la jurisprudencia actual lo que viene manteniendo es la posición contraria. La sentencia de 28 de junio de 2010, que reitera la doctrina contenida en la Sentencia de 29 de junio de 2009, sostiene que:

1.- La anulación de una comprobación de valores no deja sin efecto la interrupción del plazo de prescripción producida anteriormente como consecuencia de las actuaciones realizadas ante los Tribunales Económico-Administrativos, manteniéndose dicha interrupción con plenitud de efectos. (Cfr. STS de 19 de abril de 2006).

Es decir, es ineficaz frente a la interrupción de la prescripción producida en su día por la interposición de una reclamación, en consecuencia,

2.- Aunque se anule el acto administrativo no se extingue el derecho de la Administración Tributaria a retrotraer actuaciones y volver a actuar, esta vez respetando las formas y garantías de los interesados. ¹⁷

3.- El derecho de la Administración a corregir las actuaciones producidas con infracción de alguna garantía o formalidad o insuficiencia de motivación en las comprobaciones de valores, no tiene carácter ilimitado, pues está sometido a dos límites:

- A la prescripción, es decir puede volver a practicarse siempre que no se haya producido dicha extinción de derechos.

Se supone que por el plazo que restaba de prescripción antes de la interrupción por la presentación de la reclamación económico-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150.5 LGT.

- La santidad de la cosa juzgada, es decir si se repite la valoración con la misma o similar ausencia o deficiencia de motivación, comportaría la pérdida -entonces sí- del derecho a la comprobación de valores y en ambos casos (prescripción o reincidencia) la Administración había de pasar por la valoración formulada en su día por el contribuyente¹⁸.

¹⁶ Recurso: 96/2006. Ponente: D. Rafael Fernandez Montalvo.

¹⁷ En el mismo sentido, STS 22 de septiembre de 2008, 29 de diciembre de 1998, 29 de junio de 2009, 28 de junio de 2010, y tres sentencia de 3 de mayo de 2011.

¹⁸ (Cfr. 26 de febrero de 2002, 19 de septiembre de 2008, 22 de septiembre de 2008, 21 de junio de 2010, 28 de octubre de 2010, tres sentencia de 3 de mayo de 2011).

Para Santos de Gandarillas¹⁹ lo que en realidad se prohíbe es el abuso de derecho en la reiteración²⁰.

Como vemos se abandona la tesis de la tercera liquidación, a mi juicio, acertadamente, aunque no se excluye una tercera o sucesivas, siempre que la motivación sea distinta.

La tutela judicial efectiva, con esta tesis se transforma en provisional, con vulneración del derecho consagrado a la tutela judicial efectiva, previsto en el artículo 24.1 de la norma constitucional, en relación con el 6.1 del TEDH y el 41 del Tratado de la UE.

D. Sentencia del 26 de marzo de 2012. ²¹

La Sala de instancia, sostuvo la imposibilidad de que el Tribunal Regional ordenara retroactivamente una nueva resolución con un sentido diferente, estimando la demanda, «*por cuanto una vez declaradas nulas tanto la declaración del TEAC como la del TEAR de Aragón, queda subsistente la autoliquidación de la entidad en la que ésta se aplicaba la controvertida exención del incremento de patrimonio*». de conformidad con la tesis del tiro único que hemos indicado anteriormente, y además destacaba que con la reiteración se Había vulnerado el principio que prohíbe la “*reformatio in peius*”, al incurrir en incongruencia *extra petit Um* por lo que debía ser anulada.

La sentencia sostiene en sus fundamentos lo siguiente:

1.- La retroacción de actuaciones entra dentro de las posibilidades de los Tribunales Económico-Administrativos al resolver los procedimientos de revisión. Distinción entre potestades de gestión y revisión.

“El artículo 90 de la Ley General Tributaria de 1963), como actualmente con la vigencia de la Ley homónima de 2003 (artículo 83), el legislador quiso distinguir entre las competencias en materia de liquidación (“gestión”, en la terminología de la Ley de 1963, “aplicación de los tributos”, en la de la nueva Ley) y de revisión, atribuyéndolas a instancias administrativas diferentes.

De entenderlo así, debería plantearse cuestión de inconstitucionalidad por afectar a la tutela judicial efectiva, pues no tiene sentido que a Administración otorgue carácter obligatorio al económico-administrativo e imponga recursos en los que existan cortapisas para que el interesado alcance en ellos la satisfacción de sus pretensiones.

¹⁹ Obra citados.

²⁰ En el mismo sentido, como veremos, la STS de 20 de marzo de 2012.

²¹ Recurso: 5827/2009 | Ponente: Joaquín Huelin Martínez De Velasco. La Administración tributaria denegó a «Acampo», la posibilidad de acogerse al régimen contemplado en la disposición transitoria tercera de la Ley 44/1978, de 8 de septiembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE 11 de septiembre), para los incrementos de patrimonio aflorados por la enajenación de unos terrenos en el año 1997. Esto es por una cuestión de fondo

Se trata de un principio nuclear de nuestro sistema tributario que debe presidir cualquier interpretación que se haga de las normas reguladoras de la materia. De modo que hay que eludir todo entendimiento que atribuya a los tribunales económico-administrativos competencias en materia de liquidación, más allá de las que sean consecuencia obligada de su tarea de revisar el acto tributario reclamado, con el alcance que le permitía ese régimen jurídico.

Pues bien, los artículos 169 de la Ley de 1963 y 40 del Reglamento de 1996 atribuían al órgano competente para decidir la reclamación en cualquier instancia la revisión de todas las cuestiones que ofreciese el expediente de gestión y el de reclamación ante el órgano inferior, hubiesen sido o no planteadas por los interesados. En cuanto a su contenido, la resolución que adoptasen los órganos de revisión, como establecía el artículo 101.5.b) del mismo Reglamento, estimaría total o parcialmente la reclamación o el recurso declarando no ser conforme a derecho y anulando total o parcialmente el acto reclamado o recurrido; en su caso, especificaría las medidas a adoptar para ajustar dicho acto a derecho.

El régimen jurídico expuesto, como hemos reconocido en reiteradas ocasiones, otorga a los tribunales económico-administrativos una amplia facultad revisora, que va desde la mera modificación a la nulidad radical de los actos impugnados y que les faculta para decidir cuantas cuestiones se deriven del expediente, hayan sido o no planteadas por las partes (sentencia de 11 de marzo de 2010, casación 8651/04, FJ 4º).²² Por ello, les cabe, en efecto, (a) resolver la cuestión de fondo, (i) declarando la nulidad del acto impugnado o (ii) anulándolo total o parcialmente, (iii) suministrando, incluso, a los órganos de gestión las bases con las que aprobar una nueva liquidación. Pueden también (b) aprobar resoluciones que expulsen del mundo del derecho dicho acto porque (i) ha sido adoptado sin cumplir las garantías formales y procedimentales dispuestas en el ordenamiento jurídico o (ii) sin contar con los elementos de juicio indispensables para decidir, ordenando dar marcha atrás, retrotraer las actuaciones y reproducir el camino, ya sin los defectos o las carencias inicialmente detectadas (contenido de la decisión que, por cierto, no estaba previsto expresamente en cuanto tal en ninguno de los preceptos invocados por el abogado del Estado, aunque sí se contempla hoy en los artículo 239.3 de la Ley General Tributaria de 2003 y 66.4 del Reglamento que la desarrolla en materia de revisión).

²² *Tan amplias facultades deben ir acompañadas de las garantías necesarias para preservar la seguridad jurídica subjetiva y la defensa en plenitud de los derechos de los interesados (sentencia de 30 de junio de 2001, casación 3958/07, FJ 3º), dentro siempre de los límites propios de la función que tienen atribuida..*

A nuestro juicio la cuestión no es si cabe o no la retroacción de actuaciones, sino si se puede acordar cuando la parte perjudicada por el defecto formal no la solicita. Pues bien ha de partirse de un principio. Nadie puede resultar beneficiado de sus propios errores, o como dice el artículo 110.3 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre: “*Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado*”. Se podrá discutir si este precepto es aplicable o no en materia tributaria, pero es claro que revela un principio general de derecho, y hasta una exigencia del sentido común. El interesado que opta por discutir el fondo del asunto o la aplicación concreta del derecho y prescinde de solicitar la retroacción por los defectos procedimentales o de motivación que ha sufrido no puede verse sorprendido por una decisión de la Administración que retrotraiga las actuaciones, y podría decir con razón ¡no me quiera usted tanto!.

Por eso, al igual que hace la normativa tributaria, el artículo 113 de dicha ley 30/1992 dispone en su apartado 3 que “*El órgano que resuelva el recurso decidirá cuantas cuestiones, tanto de forma como de fondo, plantee el procedimiento hayan sido o no alegadas por los interesados. En este caso se les oírá previamente*”. Esto es permite introducir la denominada tesina prevista en el artículo 33 de la ley jurisdiccional, cosa que en el caso analizado no había ocurrido, pero a continuación añade el precepto que: “*No obstante, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por el recurrente, sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial*”.

Entiendo como después insistiré que ni siquiera en vía jurisdiccional se puede utilizar la tesina para hacer la demanda al recurrente o la oposición al recurrido, sino para excepcionalmente introducir aquellas cuestiones, que por ser de orden público, constituyen un presupuesto ineludible de pronunciamiento previo, competencia, por ejemplo.

La sentencia parece compartir esta preocupación por atribuir la alegación de los defectos a quien los sufre cuando sostiene que “*si optan por la retroacción de actuaciones no pueden olvidar que en nuestro sistema jurídico tal remedio constituye un instrumento para reparar quiebras procedimentales que hayan causado indefensión al obligado tributario reclamante, de modo que resulte menester desandar el camino para practicarlo de nuevo, reparando la lesión; se trata de subsanar defectos o vicios formales (el propio artículo 239.3 de la nueva Ley General Tributaria, en su segundo párrafo, así lo expresa con meridiana claridad)*”.²³

Sin embargo luego añade a mi juicio con peligro para el principio de seguridad jurídica que “*O, a lo sumo, para integrar los expedientes de*

23 Eserverri Martínez considera que “justifica la retroacción de actuaciones la falta de defensa del contribuyente; no la justifica, en cambio, la falta de diligencia del órgano administrativo con su conducta viciada de anulabilidad”.

comprobación e inspección cuando la instrucción no haya sido completa y, por causas no exclusivamente imputables a la Administración, no se cuente con los elementos de juicio indispensables para practicar la liquidación; se trata de acopiar los datos de hecho indispensables para dictar una decisión ajustada a derecho, que, por la ausencia de los mismos, no se sabe si es sustancialmente correcta o no”.²⁴

A nuestro juicio esta última posibilidad es innecesaria, pues como hemos dicho la Administración tiene todos los medios que le presta el ordenamiento jurídico para su labor inspectora y puede interrumpir el amplio plazo de prescripción de cuatro años cuantas veces quiera, y aportar los medios probatorios correspondientes antes de dictar la resolución. Por otra parte la tesis haría inútil la posibilidad de recurrir en el caso de silencio administrativo, donde en principio no existiría acopio de pruebas.

Carece de base normativa, al contrario de la previsión del artículo 239.3 de la LGT²⁵ que solo permite la reiteración cuando aprecie defectos formales “*que hayan disminuido las posibilidades de defensa del demandante*”, no de la Administración, y se supone que previa alegación del mismo.

Puede agravar la situación del recurrente, incurriendo en una “*reformatio in peius*”, como consecuencia de la interposición de un recurso, pues estamos ante un acto de gravamen; pensemos en una comprobación de un periodo completo de renta en el que se aprecie por el órgano revisor insuficiencia de pruebas y se ordene la retroacción, donde aparezcan elementos nuevos que conlleven a una liquidación más onerosa o incluso a una sanción o agravación de la misma.

Rompe el principio de neutralidad que el Juez tiene que observar en el proceso contencioso-administrativo entre las partes, pues sería inconcebible que se diera la retroacción para que el recurrente pudiera hacer acopio de pruebas de su pretensión. Simplemente se desestimaría su recurso, y por

²⁴ Sostiene la sentencia que “*Desde antiguo este es el criterio del Tribunal Supremo [pueden consultarse las sentencias de 30 de noviembre de 1995 (apelación 945/92 , FJ. 2º); 15 de noviembre de 1996 (apelación 2676/92, FJ 4 º); y 29 de diciembre de 1998 (casación 4678/93 , FJ 3º); más recientemente, las sentencias de 26 de enero de 2002 (casación 7161/96 , FJ 4º); 9 de mayo de 2003 (casación 6083/98 , FJ 3º); 19 de septiembre de 2008 (casación para la unificación de doctrina 533/04 , FJ 4º); 24 de mayo de 2010 (casación interés de ley 35/09, FJ 6º); y 21 de junio de 2010 (casación para la unificación de doctrina 7/05, FJ 3º), entre otras muchas]*”.

²⁵ el artículo 239.3 de la LGT vigente dispone que: “*La resolución podrá ser estimatoria, desestimatoria o declarar la inadmisibilidad. La resolución estimatoria podrá anular total o parcialmente el acto impugnado por razones de derecho sustantivo o por defectos formales. Cuando la resolución aprecie defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante, se producirá la anulación del acto en la parte afectada y se ordenará la retroacción de las actuaciones al momento en que se produjo el defecto formal*”.

el contrario si se demuestra que el acto recurrido carece de los presupuestos fácticos necesario también debería anularse, de conformidad con lo que dispone la ley jurisdiccional, estimando o desestimando el recurso.

Es evidente que estando ante derecho dispositivo es el recurrente que ha sufrido la indefensión por un defecto formal, por ejemplo, falta de audiencia, el único que puede solicitar la retroacción de actuaciones, o prescindiendo de la misma solicitar un pronunciamiento en cuanto al fondo, o hacerlo de forma subsidiaria. La posibilidad de que la sentencia solo pueda ser estimatoria o desestimatoria, a salvo la declaración de inadmisibilidad, imposibilita una tercera solución en la cual, frente a lo que sostiene la sentencia, puedan los órganos revisores resolver lo que estimen pertinentes haya sido o no alegado por las partes, pues eso quiebra el principio de congruencia.

Es cierto que en muchas ocasiones se pide a los jueces y estos otorgan la retroacción de actuaciones. Pero si se pide, la sentencia es congruente con lo que se pide, al estimar el recurso. A veces sin embargo la sentencia se pronuncia, a mi juicio indebidamente, sobre la retroacción, aunque no se haya pedido. En ese caso la anulación desde un punto determinado del procedimiento administrativo, exigirá sin embargo su continuación, especialmente en los procesos selectivos, pero eso no es necesario que lo diga el órgano judicial.

2.- La retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico.

“Es decir, cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a la luz del nuevo material alegatorio y fáctico acopiado; precisamente, por ello, se acuerda dar marcha atrás. Ahora bien, si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa, no cabe retrotraer para que la Administración rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión”

. Como después veremos esta posición a mi juicio ajustada a la ley y sensata, se abandona por la jurisprudencia posterior que admite la reiteración por motivos de fondo.

3.- Limite de la tercera liquidación. La lucha contra la reiteración contumaz del mismo vicio o el abuso de derecho.

Recordando la sentencia del TS de 7 de octubre de 2000 (casación 3090/94) sostiene que :” *la mencionada jurisprudencia, sin embargo, ha establecido un límite a la posibilidad de que la Administración liquide de nuevo cuando, retrotraídas las actuaciones, vuelve a dictarse un acto que adolece del mismo o similar vicio que el inicialmente anulado. El Tribunal*

Supremo ha entendido que, en tales tesituras, la «santidad de la cosa juzgada» impide dictar una tercera liquidación [sentencia de 7 de octubre de 2000 (casación 3090/94, FJ)], en aras de la seguridad jurídica. En realidad, cuando ocurre tal, si el defecto es reiterado, se produce un acto que frontalmente no ejecuta la decisión económico-administrativa o jurisdiccional que ordenó la retroacción de las actuaciones para practicar una nueva liquidación sin el vicio que motivó la anulación.

En esas situaciones, la imposibilidad de reconocer a la Administración una tercera oportunidad deriva del principio de buena fe al que están sujetas las administraciones públicas en su actuación (artículo 3.1 de la Ley 30/1992) y es consecuencia de la fuerza inherente al principio de proporcionalidad que debe presidir la aplicación del sistema tributario, conforme dispone hoy el artículo 3.2 de la Ley General Tributaria de 2003 , entendido como la adecuación entre medios y fines. Es, además, corolario de la proscripción del abuso de derecho, que a su vez dimana del pleno sometimiento de las administraciones públicas a la ley y al derecho ex artículo 103.1 de la Constitución española. Jurídicamente resulta intolerable la actitud contumaz de la Administración tributaria, la obstinación en el error, la repetición de idéntico yerro, por atentar contra su deber de eficacia, impuesto en el mencionado precepto constitucional, desconociendo el principio de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 de la propia Norma Fundamental [véanse tres sentencias de 3 de mayo de 2011 (casaciones 466/98, 4723/09 y 6393/09, FJ 3º en los tres casos).

En realidad parece proscribir la reiteración en el error, más que insistir en el número de veces que se hace.”En el caso de resoluciones jurisdiccionales, habría que añadir que la nueva liquidación que reincide en el error constituye en realidad un acto dictado en contradicción con lo ejecutoriado, nulo de pleno derecho en virtud del artículo 103.4 de la Ley de esta jurisdicción”.

En el presente supuesto, (...) no se trataba de un defecto procedimental o formal, sino de fondo, que atañía a la selección de la norma aplicable para practicar la liquidación. El órgano de revisión, en un claro exceso, (...) en su función revisora acordando una improcedente retroacción de las actuaciones del procedimiento de inspección. Fdto Jco 3º.

4.- No cabe la retroacción para imponer sanciones.

Sostiene la sentencia que no cabe reiterar las sanciones anuladas (...) ”pues esa reproducción del camino para castigar otra vez contraviene frontalmente el principio “ne bis in idem”, en su dimensión procedimental [véanse las sentencias de 22 de marzo de 2010 (casación 997/06, FJ 4 º) y 11 de julio de 2011 (casación 238/09 , FJ 3º)].

Estamos de acuerdo con la existencia de este límite, aunque no vemos la razón para entender que en este caso no es posible reiterar un acto de gravamen y si en el caso de que no se sancione. Es mas si existe bis in idem, implica que la situación es la misma. Si no lo fuera, como ocurre en una liquidación parcial, no existiría en la siguiente liquidación ni identidad, ni cosa juzgada, y de conformidad con los votos particulares del Magistrado Garzón no habría inconveniente para volver a liquidar, porque la liquidación sería distinta, dentro del plazo de cuatro años desde que se pudo liquidar.

5.- La Administración tiene potestad de volver a liquidar ante la anulación de la liquidación impugnada por el órgano administrativo revisor, si el plazo de prescripción no se ha agotado.

La sentencia como decimos en el fundamento jurídico cuarto reitera la tesis mantenida en la sentencia de marzo de 2012: :

“ Ahora bien, (...) la sentencia declara que, una vez anuladas las resoluciones de los dos órganos de revisión (Tribunal Regional y Tribunal Central), queda subsistente la autoliquidación en la que «Acampo» se aplicaba la controvertida exención del incremento de patrimonio en virtud de la disposición transitoria tercera de la Ley 44/1978 . En cuanto este pronunciamiento se entienda como una declaración de que la mencionada autoliquidación ha devenido irreversible, incurre en un exceso contrario al ordenamiento jurídico que este Tribunal Supremo no puede hacer suyo.

En efecto, el hecho de que no quepa retrotraer las actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, debiendo limitarse el pronunciamiento económico-administrativo a anularla o, a declarar su nulidad, si se encuentra aquejado de alguno de los vicios que la determinan, no trae de suyo que le esté vedado a la Administración aprobar otra liquidación, ganando “firmeza” las autoliquidaciones del sujeto pasivo, que devienen ya irreversibles. Como en cualquier otro sector del derecho administrativo, ante tal tesitura, la Administración puede dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto ajustado a derecho mientras su potestad no haya prescrito²⁶. Esto es, una vez anulada una liquidación tributaria en la vía económico-administrativa por razones de fondo, le cabe a la Administración liquidar de nuevo si no ha decaído su derecho por el transcurso del tiempo. Y en este punto se ha de tener en cuenta nuestra jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción y la negativa de este Tribunal Supremo a reconocer tales efectos a los actos nulos de pleno derecho [véase, por todas, la

²⁶ No se cita ni una sola sentencia. Existen numerosas que consideran que la existencia de cosa juzgada impide la reiteración.

sentencia de 11 de febrero de 2010 (casación 1198/01 , FJ 4º) y las que en ella se citan].

Por ello, (...) en realidad, están dando a entender que la Administración no puede volver a liquidar. Esa solución de la sentencia impugnada implica que a la Administración se le impone la tesitura de acertar a la primera, de modo que si yerra ya no tiene posibilidad alguna de liquidar el tributo, aun cuando su potestad no haya prescrito, conclusión que, a nuestro juicio, carece de sustento normativo, tanto ordinario como constitucional. Aún más, el ya mencionado principio de eficacia administrativa y el diseño de un sistema tributario justo en el que cada cual ha de tributar de acuerdo con su capacidad económica (artículo 31.1 de la Constitución) abogan por una solución distinta, siempre, claro está, que la seguridad jurídica quede salvaguardada mediante el respeto de los plazos de prescripción y las garantías de defensa del contribuyente debidamente satisfechas.

En este punto como ya hemos anticipado discrepo de la sentencia , al contrario de lo que afirma la sentencia entiendo que la Administración debe aplicar el derecho **a la primera** por las razones que ya he expuesto. En definitiva lo que hace la sentencia es negar que puedan ordenar la reiteración los órganos de revisión si no es en defensa de la parte (se supone que a su solicitud), pero si se lo permite a los órganos encargados de liquidar ²⁷ . A mi juicio el derecho a liquidar se agotó con la liquidación.

E.- STS de 19 de noviembre de 2012 ²⁸ . Mantenimiento de la doctrina general.

El TS estima el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la Administración del Estado y declara como doctrina legal que la estimación del recurso contencioso administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descanse en la declaración de inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada, no impide que la Administración dicte una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, salvo que haya prescrito su derecho a hacerlo, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia

27 En la presente sentencia emite voto particular Don Emilio Frías Ponce y al que se adhiere el Magistrado D. Juan Gonzalo Martínez Mico sosteniendo que no cabe distinguir entre nulidad y anulabilidad en el mismo sentido que el emitido posteriormente en la sentencia de 19 de noviembre de 2012, a la que después nos referiremos.

28 Antecedentes fácticos: La Dependencia Regional de Inspección de Valencia, con fecha 14 de febrero de 1997, levantó actas de conformidad a la entidad “Clínica Dental Doctor Faus, S.L” por el concepto del Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1992 y 1993, por ingresos de la actividad no declarados, considerando que los hechos constituían infracción tributaria grave, en virtud de lo dispuesto en el art. 79 de la Ley 230/1963.

sentencia (FJ 5). Obsérvese que ni siquiera se exige que se respete el relato de hechos de la sentencia.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del referido Tribunal Superior de Justicia, con fecha 27 de octubre de 2010, dictó sentencia estimatoria del recurso, anulando los actos impugnados, por entender que procedía *acoger el motivo de nulidad por incumplimiento del fallo de la sentencia e imposibilidad de retroacción de actuaciones al mediar sentencia que resolvió definitivamente sobre los actos reproducidos, como así se había declarado en un supuesto muy similar en la anterior sentencia 693/2010, de 17 de junio, cuya fundamentación reproducía*, y que hacía innecesario examinar el resto de motivos del recurso.

En la sentencia de 17 de junio de 2010 del TSJ de la Comunidad Valenciana, se había estimado una pretensión similar de la recurrente al considerar que una vez que un órgano judicial anula un acto administrativo tributario éste ha de quedar definitivamente expulsado del ordenamiento jurídico, sin que sea por tanto admisible su reiteración, y todo ello con independencia de la naturaleza del vicio o defecto que dio lugar a la anulación.

Para llegar a esta conclusión la Sala, tras reconocer que modifica la doctrina anterior, que diferenciaba, en relación con la posibilidad de reiteración de los actos administrativos, entre los vicios de nulidad de fondo (no susceptibles de reproducción) y los de anulabilidad por defectos de forma o procedimentales (con posibilidad de retroacción de actuaciones al momento en que se incurrió en el vicio formal, a los efectos de la subsanación del mismo), aduce las siguientes razones:

1ª) La posibilidad sanatoria de los actos tributarios anulados por defectos formales sólo se contempla en el marco de los procedimientos administrativos, tanto en el curso del propio procedimiento, como en las fases revisoras del mismo, pero esta posibilidad no es aplicable al proceso jurisdiccional, al no existir ningún precepto en la Ley Jurisdiccional que la ampare, estando dotadas las sentencias judiciales, por el contrario, del principio de cosa juzgada.

2ª) Los principios constitucionales de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, que exigen que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos, impiden desconocer o contradecir las situaciones jurídicas declaradas o reconocidas en una sentencia que haya adquirido firmeza.

3ª) La factibilidad de reiteración de actos administrativos anulados tiene como ventaja el principio de justicia material, evitando que por cuestiones formales se incumpla el deber de contribuir según la propia capacidad económica, pero tiene el inconveniente de “riesgo de latencia sine die del conflicto, dejando en manos de la Administración dilatar de

manera indefinida la situación de injusticia, sin más que reiterar los vicios formales en cada nueva tramitación, con grave merma del principio de seguridad jurídica. Esto alcanza tintes cercanos a lo catastrófico en el ámbito tributario, en el que lo prolongado del devenir procedimental (que incluye el recurso obligatorio a la vía económico-administrativa) hace que la posibilidad de tan sólo una reiteración del acto administrativo pueda conducir a que el conflicto tributario se extienda a horquillas temporales inasumibles en un Estado de Derecho y muy superiores a la decena de años”.

Contra la referida sentencia, la Administración General del Estado, mediante escrito presentado el 28 de febrero de 2011, interpuso recurso de casación en interés de la ley, por considerar errónea y gravemente perjudicial para el interés general la doctrina contenida en la resolución recurrida, interesando se fijara como doctrina legal que finalmente se aceptó la siguiente : “La estimación del recurso contencioso administrativo frente a una liquidación tributaria por razón de una infracción de carácter formal, o incluso de carácter material, siempre que la estimación no descansa en la declaración de inexistencia o extinción sobrevenida de la obligación tributaria liquidada, deja a salvo el derecho de la Administración para dictar una nueva liquidación en los términos legalmente procedentes, sin perjuicio de la debida subsanación de la correspondiente infracción de acuerdo con lo resuelto por la propia Sentencia.”

1.- Fundamentos de la sentencia.

a) La sentencia es gravemente dañosa.

Sostiene la sentencia que la doctrina sentada por la Sala de Valencia era gravemente dañosa, por su elevado alcance económico, toda vez que la anulación judicial de liquidaciones tributarias por defecto de forma se produce con relativa frecuencia, como certifica la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que cifra el porcentaje en un 18,95 %, lo que representa que entre 2007 y 2008 se estimaran 1068 recursos por defectos de forma, con un importe medio anual de 125.460 millones de euros. A nuestro juicio lo que es gravemente dañoso es que a la Administración se le anule un 20% casi de las resoluciones impugnadas por defectos formales, lo que en cualquier caso no justificaría el cumplimiento del requisito legal de admisión.²⁹

Por otra parte destaca el Tribunal Supremo la gran importancia cualitativa del asunto por afectar a la interpretación y aplicación de normas y principios esenciales del Derecho Tributario administrativo y contencioso administrativo, siendo razonablemente previsible que el propio Tribunal Superior de Justicia de Valencia e incluso otros Tribunales reproduzcan esta mis-

²⁹ Así lo pone de manifiesto con su rigurosa, aunque a mi juicio acertada crítica de esta sentencia en la RIA06 2013 de la Asociación Española de Asesores Fiscales en su artículo *“El tiro único no ha muerto, (solo ha sufrido algún rasguño).*

ma doctrina ante cualquier anulación de liquidaciones por defecto de forma.

En este punto estamos de acuerdo, pero precisamente por eso, por tratarse de un tema que afecta a toda la Sala Tercera del Tribunal Supremo, entiendo que debe ser ésta y no una sección quien definitivamente zanje esta cuestión.

2.- La sentencia es errónea.

a) El Abogado del Estado alegaba que la sentencia recurrida contradecía los artículos 31, 1, 103.1 y 118 de la Constitución.

La cita del artículo 103.1 de la CE nos parece superflua, pues nadie duda que la Administración Pública persiga los intereses generales con sometimiento pleno a la ley, pues de lo que se trata es precisamente de determinar el alcance de la ley, sin que el hecho de que persiga los intereses generales le permita su incumplimiento.

Lo mismo podemos decir de la cita del artículo 118 de la Constitución, que por cierto como en el caso anterior después no se desarrolla en la sentencia, pues nadie duda que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Se trata precisamente de determinar si se ha producido o no el cumplimiento de la sentencia.

Finalmente se alega, como “ratio esendi” el artículo 31.1 de la CE, que dispone que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad. Pero este principio no implica que la Administración no haya de sujetarse al principio de legalidad (artículos 1.1, 9.1, 103.1 de la norma constitucional) en el ejercicio de sus potestades, y por otra parte se trata de un deber de los ciudadanos, que por estar incluido en la sección segunda del capítulo segundo carece de la especial protección que la Constitución otorga a los derechos de la Sección primera, según dispone el artículo 53.2 de la norma constitucional, entre los que se encuentra el alegado por la sentencia de Valencia, la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la misma. Por otra parte frente a este deber genérico de contribuir, que no puede negarse, el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Constitución, con eficacia normativa directa, exige que las contiendas judiciales sean resueltas de forma indiscutible, tras la resolución del último órgano judicial jerárquicamente establecido, y que en definitiva supone el efecto de cosa juzgada.

En cualquier caso, ese deber de contribuir, está sujeto a la legalidad, y lo que no puede justificar es la inexistencia de plazos de prescripción, tanto en vía penal, como administrativa (especialmente si se trata del ejercicio

de la potestad sancionadora), si se dan los supuestos legales para la misma.

Por ello entendemos que estos preceptos no amparan la solución de la sentencia.

3.- Se alegaba por la Administración que la sentencia recurrida contradice el artículo 103.2 de la Ley de la Jurisdicción.

Recordemos que este precepto dispone que “*Las partes están obligadas a cumplir las sentencias en la forma y términos que en éstas se consignan*”. Pues bien, de los antecedentes fácticos de esta sentencia se desprende que la primera sentencia de la Sala de Valencia anula la liquidación, y que la propia sentencia del TS que ahora comentamos sostiene que la Administración cumplió, con la anulación y devolución de las cantidades más sus intereses, luego no vemos que la sentencia que considera que la reiteración es nula de pleno derecho por contradecir el contenido de la sentencia afecto al apartado 2 del artículo 103. En todo caso estaría haciendo una aplicación incorrecta del apartado 4. Y esto se reconoce por las sentencias que prohíben la reiteración en el mismo vicio, por entender que supondría una decisión contraria a lo ordenado en la ejecución.

4.- La sentencia contradice los arts. 64, 66 y 67 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas³⁰.

La sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 17 de junio de 2010, sostiene que estos preceptos se refieren a la vía administrativa, no a los efectos de las sentencias, que deben regirse exclusivamente por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En este sentido no puedo sino compartir el voto emitido por el Magistrado Sr. Martínez Micó, cuando sostiene que: “*Cuando una liquidación tributaria adolezca de un defecto formal, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo puede, desde luego, dictar una sentencia que anule el acto y*

30 1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero.

2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.

Artículo 65. Conversión de actos viciados

Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.

Artículo 66. Conservación de actos y trámites

El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

Artículo 67. Convalidación

1. La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan..

ordene a la Administración la retroacción de las actuaciones a fin de que pueda subsanar el vicio o defecto procedimental advertido y reiterar la liquidación tributaria anulada. Para ello hay que estar a lo que establece la legislación aplicable a la materia: la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa. En ninguno de sus preceptos se invoca la aplicación de las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ni de la Ley General Tributaria en el enjuiciamiento de los actos tributarios”.

Como recuerda el Profesor Don José Luis Bosch Cholbi³¹ la Disposición Adicional Quinta, apartado segundo, de la Ley 30/1992 excluye, expresamente su aplicación a la revisión de actos tributarios, al tiempo que mantiene la supletoriedad –antes de la Ley 4/1999, subsidiariedad- a los procedimientos tributarios que no tengan por objeto la revisión de actos (art. 9.2 LGT/1963 y art. 7.2 LGT 58/2003).

Por tanto, entiende que resultan aplicables directamente al ámbito tributario todas aquellas normas de la Ley 30/1992 que regulan el régimen jurídico de las Administraciones Públicas –como reconoció la STS 22 de enero de 1993-. Pero, también, las que regulen cuestiones estrictamente procedimentales, cuando no exista previsión en las normas tributarias ³². Aunque nada afirma la LGT, el artículo 66 del RD 520/2005, que aprueba el Reglamento de Revisión en materia tributaria, sí que apela a la aplicabilidad de los artículos 63 a 67 de la Ley 30/1992 , lo que comportará para el profesor Bosh su aplicabilidad cuando se esté llevando a cabo un procedimiento administrativo o, en su caso, se trate de resolver recursos o reclamaciones en vía administrativa; estableciéndose, además, expresamente la posibilidad de ordenar la retroacción de actuaciones en el artículo 239.3 LGT cuando se aprecia un vicio formal en la actuación administrativa que haya disminuido las posibilidades de defensa del recurrente.

31 Ved sus magníficos trabajos sobre el tema en tres publicaciones realizadas en la Revista Tribuna Fiscal, nº 233, 2010: “los efectos de la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad de una liquidación tributaria: el replanteamiento de un “mito jurídico” y el papel de los Tribunales Económico-administrativos”; Revista Tribuna Fiscal, nº 250-251, 2011: “Matizaciones a la posibilidad de ordenar judicialmente la retroacción de actuaciones tributarias cuando se anula una liquidación tributaria”; y Revista Tribuna Fiscal nº 265, 2013: “Una decisión trascendental del Tribunal Supremo: la Sentencia de 19 de noviembre de 2012, sobre la retroacción de actuaciones por la Administración tributaria”.

32 Sin embargo, cuando se trata de disposiciones de la Ley 30/1992 en materia de recursos administrativos –artículos 102 a 119-, aunque parece desprenderse la impermeabilidad del ámbito tributario, estimo que tanto de la STS de 17 de enero de 2006, como de las Sentencias de 22 de octubre de 1997 y de 14 de junio de 1999, sostiene este autor la aplicación, “con carácter supletorio, de los principios generales que, sobre los recursos administrativos, establece el Título VII de la Ley 30/1992”..

Mi posición sobre este punto es más matizada. En efecto mantengo con la sentencia recurrida de Valencia y con el Voto del Sr. Martínez Micó que la cuestión ha de resolverse exclusivamente con arreglo a lo dispuesto en la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y desde luego con la tesis de que los Tribunales solo pueden ordenar la retroacción de actuaciones si lo pide así el interesado so pena de incurrir en incongruencia extra petita.

Ahora bien, limitándose como deben hacer los Tribunales incluso en el caso de petición de anulación por defectos formales con indefensión del interesado a estimar el recurso, sin que deban pronunciarse salvo petición expresa sobre la conservación de determinados actos de trámite, es evidente que existen actos administrativos, especialmente los que ponen fin a procedimientos de concurrencia competitiva, selección de funcionarios, contratistas, etc, en los que la anulación por un defecto formal permite a la Administración y aun más esta obligada, a continuar el proceso en concurrencia abierto, sin que la existencia de un vicio formal permita en numerosas ocasiones pronunciarse sobre el fondo en la sentencia para no causar indefensión a terceros. En estos casos y con estas condiciones no vemos inconveniente en que la Administración utilice las previsiones sobre intransmisibilidad, conservación y convalidación, tras la anulación del vicio alegado. Pero este no es el caso enjuiciado.

5.- La sentencia según los recurrentes contradice los artículos 2.1³³, 26.5³⁴, 239.3 de la Ley General Tributaria, 70 y 66 del Real Decreto 520/2005, que aprueba el Reglamento General de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa.

Aun cuando la sentencia nada dice respecto de la vulneración de estos preceptos, es evidente que el artículo 2.1 en cuanto define lo que es

33 . Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos.

Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución..

34 5. En los casos en que resulte necesaria la práctica de una nueva liquidación como consecuencia de haber sido anulada otra liquidación por una resolución administrativa o judicial, se conservarán íntegramente los actos y trámites no afectados por la causa de anulación, con mantenimiento íntegro de su contenido, y exigencia del interés de demora sobre el importe de la nueva liquidación. En estos casos, la fecha de inicio del cómputo del interés de demora será la misma que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo, hubiera correspondido a la liquidación anulada y el interés se devengará hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación, sin que el final del cómputo pueda ser posterior al plazo máximo para ejecutar la resolución..

tributo no aparece contradicho por la sentencia de 17 de junio de 2010 del TSJ de la Comunidad Valenciana.

Tampoco a mi juicio el artículo 26.5 que prevé la posibilidad de que existan casos “en que resulte necesaria la práctica de una nueva liquidación como consecuencia de haber sido anulada otra liquidación por una resolución administrativa o judicial”, sin decir en que casos resulta procedente, lo que resulta compatible de que solo cuando lo haya solicitado la parte sería procedente dicha retroacción.

Y lo mismo cabe decir del artículo 239.3³⁵ que como ya se ha comentado prevé la retroacción sólo en defensa del recurrente.

Disiento en este punto del profesor Bosh³⁶ cuando ve diferencias entre la regulación del principio de congruencia en el contencioso-administrativo respecto al económico administrativo. Sostiene que si en el contencioso—administrativo rige inexcusablemente el principio dispositivo, en el ámbito económico—administrativo el artículo 237 de la LGT establece que la revisión se pueda extender a todas las cuestiones, de hecho o de derecho, derivadas del expediente administrativo, hayan sido planteadas, o no, por los interesados; aunque, si se trata de examinar y resolver cuestiones no planteadas por los interesados, se les dará trámite para alegaciones.³⁷ También se dispone en el art 239.2 LGT que :” Las resoluciones dictadas (...) decidirán todas las cuestiones que se susciten en el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados”.

Entiendo que rige también en la vía administrativas el principio dispositivo y que, a salvo de la resolución que declare la inadmisibilidad del recurso, ha de ser necesariamente estimatoria, o desestimatoria, de donde se deduce que para que quepa una resolución estimatoria que ordene la retroacción, ha de ser previa petición del interesado de que esta se produzca, pues rige el principio de que nadie puede valerse de los defectos por el producidos. Así lo dispone de forma tajante el artículo 110.3 de la ley 30/1992, cuando dispone que :” Los vicios y defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado”. Y por otra parte como sostiene el artículo 239.2 LGT se puede acordar la retroacción “Cuando la resolución aprecie defectos formales que hayan disminuido las posibilidades de defensa del reclamante”, no cuando le perjudique o el no la

35 Aparte de no ser “ratione temporis” aplicable al caso, y en ese sentido comparto el voto particular emitido por el Magistrado Garzón Herrero.

36 Obra y lugar citados.

37 Al respecto, puede verse la Sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de abril de 2011, dictada en el Recurso 872/2006, y las interesantes afirmaciones que realiza sobre la imposibilidad de ordenar la retroacción de actuaciones por un Tribunal Económico—administrativo cuando el vicio del acto no pueda ser calificado como formal, sino material. Se trataba de la fijación del valor de camiones nuevos adquiridos y los usados vendidos..

haya alegado, transformando el recurso en una reformatio in peius, proscrita por nuestra jurisprudencia y por la doctrina del Tribunal Constitucional.

Y entiendo que ese principio de congruencia a la hora de resolver rige, tanto en la vía administrativa, como en la jurisdiccional, a pesar de la posibilidad de introducir el artículo 33.2 y 65.2 e la ley jurisdiccional el planteamiento de la tesina, como hace el artículo 237 LGT, pues la regla general del artículo 33 es que el órgano jurisdiccional juzgue dentro del límite de las pretensiones y motivos que fundamentan el recurso y la oposición, y solo excepcionalmente y por motivos de aplicación obligatoria, de orden público, puede el órgano judicial introducir la tesina, oyendo previamente a las partes, vgr , falta de objeto, incompetencia, etc, pero no introduciendo motivos que rehagan la demanda o la contestación.

6.- Mantenimiento de la posibilidad de reiterar la liquidación.

La sentencia del TS en su fundamento jurídico tercero sostiene que :

“(…) conviene comenzar recordando que esta Sala viene manteniendo la posibilidad de reiterar liquidaciones tributarias anuladas vía económico-administrativa por defectos procedimentales, a fin de que la Administración puede subsanar el vicio advertido, aunque la resolución no lo hubiese ordenado.

En este sentido, resultan significativas las sentencias de 26 de marzo de 2012, (cas. 5827/2009) y de 14 de junio de 2012, (casaciones 6219/2009 y 5043/2009), que resumen la posición de la Sala, basada en la doctrina de la conservación de los actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido de no haberse cometido la infracción procedimental que dio origen a la nulidad, así como en la posibilidad de convalidación por la Administración de los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan (art. 66 y 67 de la Ley 30/1992)”.

7.- No retroacción para los vicios de fondo.

Recuerda la sentencia que analizamos en su fundamento jurídico tercero que :”En cambio, esta Sala ha negado la retroacción de actuaciones para los supuestos de vicios de fondo apreciados en vía económico-administrativa. Así, las sentencias de 7 de abril de 2011 (cas. 872/2006) y de 26 de marzo de 2012 (cas. 5827/2009) antes referida(…). Sin embargo sostiene a continuación que

8.- Lo que no impide a la Administración liquidar de nuevo si la deuda no ha prescrito.

“(…) aunque esta última matizó la doctrina, al señalar que el hecho de que no quepa retrotraer actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, no trae de suyo que le esté vedado a la Administración aprobar otra liquidación ajustada a Derecho, mientras no haya decaído su

derecho por el transcurso del tiempo. A esta última conclusión se llega en la referida sentencia de 26 de marzo de 2012, porque la imposibilidad de volver a liquidar, aun cuando la potestad no haya prescrito, carece de sustento normativo, tanto ordinario como constitucional, agregándose que “Aún más, el ya mencionado principio de eficacia administrativa y el diseño de un sistema justo en el que cada cual ha de tributar de acuerdo con su capacidad económica (art. 31.1 de la Constitución) abogan por una solución distinta, siempre, claro está, que la seguridad jurídica quede salvaguardada mediante el respeto de los plazos de prescripción y las garantías de defensa del contribuyente debidamente satisfechas”.

9.- El Tribunal se limita a anular la liquidación tributaria. Con independencia de cuál haya sido el tipo de vicio o defecto determinante de la anulación.

Sostiene la sentencia del TS en el fundamento jurídico cuarto que: *“No se cuestiona, por tanto, que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo pueda anular el acto cuando la liquidación adolezca de un defecto formal, y dictar una sentencia que ordene la retroacción de las actuaciones a fin de que, previa subsanación del defecto formal advertido, pueda reiterar la liquidación tributaria, **siempre que el recurrente lo haya solicitado expresamente, sino si la Administración puede o no reabrir el expediente, una vez anulada la liquidación.***

*Pues bien, con independencia de que se conciba el recurso contencioso administrativo como un proceso al acto, o se parta de la naturaleza del mismo como un proceso entre partes, hay que reconocer que la solución tiene que venir dada, a falta de una expresa regulación en la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y sin necesidad de acudir a la normativa constitucional, ante la existencia de varios derechos en conflicto, a lo que se establezca en la **normativa administrativa general o en la estrictamente tributaria**, sin que ello suponga infringir los efectos materiales de la cosa juzgada, ya que la nueva actuación administrativa no trata de reproducir el acto inicial anulado, sino de ajustarse a la Ley, ni los preceptos que regulan la ejecución de las resoluciones de los Tribunales, artículos 103 y siguientes, porque basta dejar sin efecto la liquidación anulada con todas sus consecuencias (devolución de lo indebidamente ingresado con sus intereses legales, reconocimiento del derecho a recibir los costes de las garantías aportadas si se acordó la suspensión o anulación incluso de la vía de apremio), para que la sentencia se considere ejecutada.*

*En definitiva, al no impedir la Ley de la Jurisdicción la posibilidad de remediar los vicios que hayan dado lugar a la estimación del recurso, debe estarse a la regulación establecida en la ley 30/1992 y en **la Ley General Tributaria, normativa que permite la reiteración de los actos***

anulados, tanto en el caso de vicios de forma o de procedimiento, como en el de infracción sustantiva o error iuris.

Así, los arts. 66 y 67 de la Ley 30/92 consagran los principios de conservación de actos y trámites y de convalidación de los actos anulables para la subsanación de los vicios de que adolezca.

Por su parte, el art. 26.5 de la Ley General Tributaria dispone, en los casos en que resulte necesaria la práctica de una nueva liquidación como consecuencia de haber sido anulada otra liquidación por una resolución administrativa o judicial, la conservación de los actos y trámites no afectados por la causa de anulación, principios que aparece “desarrollados por el Reglamento en materia de revisión en vía administrativa de 13 de mayo de 2009, arts. 66 y 70.

Concretamente el art. 70 del Reglamento de 2005 señala que “la ejecución de las resoluciones de los tribunales se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativo. En todo lo que no se oponga a la normativa citada a la resolución judicial que se está ejecutando, será de aplicación lo dispuesto en la sección 1ª de este capítulo”.

10.- Límites a la potestad de revisión.

a) Los actos nulos no interrumpen la prescripción. Sí, a sensu contrario, los actos anulables.

Sin embargo, esta facultad de la Administración no es absoluta, pues está sujeta, de un lado, al límite de la prescripción, debiendo tenerse en cuenta en este punto nuestra jurisprudencia sobre la interrupción de la prescripción y la negativa a reconocer tal efecto a los actos nulos de pleno derecho (sentencia, entre otras, de 11 de febrero de 2010, cas. 1198/01) .

A sensu contrario, como subraya el voto particular que formula el Magistrado Frias Ponce, la Sala contradice la doctrina que después de superar su posición inicial que otorgaba efectos interruptivos tanto a los actos nulos como a los anulables, sentencias de 22 de marzo de 1974 y 18 de junio de 1976 venía considerando que no tienen eficacia interruptiva de la prescripción los actos anulables, sentencias, entre otras, de 19 de abril de 2006, 29 de junio y 22 de octubre de 2009 y 11 de febrero de 2010.

b) La imposibilidad de la repetición del mismo error por la Administración Tributaria.

c) No generación de intereses de demora.

Sostiene el Tribunal Supremo que la reiteración no puede “ **tener consecuencias tampoco en la determinación de los intereses de demora, como ha reconocido esta Sala recientemente, rectificando su anterior doctrina, en las dos sentencias de 14 de junio de 2012, (casaciones 6219/2009 y 5043/2009),**

al considerar, tratándose del sistema de autoliquidación, frente al criterio inicial de aplicar el interés de demora por todo el tiempo transcurrido desde el fin del periodo voluntario hasta que la Administración dicta la nueva liquidación, que la Administración ha de tener en cuenta como día final del cómputo la fecha de la liquidación administrativa inicialmente anulada”.

La solución, aún siendo justa, huele a excusatio non petita, y contradice abiertamente lo dispuesto en el artículo 26.5 de la LGT que exige “En los casos en que resulte necesaria la práctica de una nueva liquidación como consecuencia de haber sido anulada otra liquidación por una resolución administrativa o judicial, (...) la fecha de inicio del cómputo del interés de demora será la misma que, de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 de este artículo, hubiera correspondido a la liquidación anulada y el interés se devengará hasta el momento en que se haya dictado la nueva liquidación, sin que el final del cómputo pueda ser posterior al plazo máximo para ejecutar la resolución”. Otra cosa es que la solución legal pudiera ser inconstitucional por vulnerar la tutela judicial efectiva, sobre todo teniendo en cuenta que con la liquidación luego anulada no se pagarían intereses de demora transcurrido el plazo máximo para resolver en el Tribunal Económico., con lo que la anulación se transforma en una reformatio in peius, de aplicar literalmente el artículo 26.5 citado.

11.- Votos particulares.

a) D. Emilio Díaz Ponce. La reiteración de la liquidación es posible, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción, pero los actos anulables no interrumpen el plazo de prescripción, al igual que los actos nulos. Distinción entre nulidad y anulabilidad en el derecho administrativo.

Nada tendría que objetar al criterio de la mayoría de la Sala si hubiera rectificado nuestra doctrina de que no tienen eficacia interruptiva de la prescripción los actos anulables, sentencias, entre otras, de 19 de abril de 2006, 29 de junio y 22 de octubre de 2009 y 11 de febrero de 2010, después de superar su posición inicial que otorgaba efectos interruptivos tanto a los actos nulos como a los anulables, sentencias de 22 de marzo de 1974 y 18 de junio de 1976

Reconocer la posibilidad de que la Administración pueda volver a pronunciarse sobre el mismo objeto del acto anulado, manteniendo al mismo tiempo que los actos anulables tienen eficacia interruptiva, y, por tanto, que existe plazo para volver a liquidar por haberse impugnado la liquidación inicial, supone dejar indefinidamente abiertos los procedimientos tributarios, máxime cuando la revisión, tanto en la vía administrativa como en

la judicial, suele precisar extensos periodos de tiempo para su tramitación, que superan el plazo de los cuatro años de la prescripción, y desconocer el principio de seguridad jurídica, al que en definitiva responde el establecimiento de plazos de prescripción de los derechos de la Administración a practicar o a recaudar liquidaciones tributarias.

A mi juicio, la distinción entre nulidad radical y anulabilidad no es determinante, por lo que debe establecerse que carecen de efectos interruptivos tanto los actos nulos como los anulables.

En anteriores votos particulares, por todos, en el formulado a la sentencia de **26 de marzo de 2012**, cas. núm. 5827/2009 mostramos nuestra disidencia a esta cuestión por las siguientes razones:

“1ª) La normativa fiscal no resuelve la cuestión de modo expreso.

En ningún precepto de la Ley 30/1992 ni de la Ley General Tributaria se establece que un acto viciado de nulidad de pleno derecho no interrumpe la prescripción, mientras que un acto en el que concurre uno de los vicios de anulabilidad sí que la interrumpe.

En efecto, la Ley 30/92 se limita a recoger en los artículos 62 a 67 las causas de nulidad y anulabilidad de los actos administrativos, (...), pero sin establecer nada con relación a las consecuencias sobre la prescripción de los derechos cuando el acto se anula.

Por su parte, la propia Ley General Tributaria, actual art. 68, antiguo art. 66, al regular los supuestos de interrupción de la prescripción, (...) pero sin pronunciarse tampoco sobre la virtualidad interruptiva o no de la prescripción de actos administrativos declarados nulos y de los simplemente anulados, ni sobre si se puede considerar interrumpido o no el plazo de prescripción por la presentación de recursos o reclamaciones de cualquier clase, cuando los citados recursos y reclamaciones son estimados con anulación del acto administrativo frente al que los mismos se hubieran interpuesto.

2ª) Ante el silencio normativo sobre los efectos que comporta la anulación de un acto administrativo, bien por la existencia de un vicio de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad, resulta irrelevante el grado de invalidez del acto, a efectos de la interrupción de la prescripción, pues en ambos casos estamos ante actos inválidos, que no pueden producir efecto alguno.

Es cierto que al regular la Ley General Tributaria los supuestos de interrupción de la prescripción exige que las actuaciones administrativas sean conducentes a las finalidades que describe de liquidar, comprobar o recaudar el tributo, y que una actuación administrativa tendente a determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación, aún incorrecta, denota la intención de la Administración de no abandonar su derecho a liquidar.

Sin embargo, hay que entender que no basta cualquier actuación, sino la conducente a la liquidación de tributo, y que ésta sea válida para que pueda tener virtualidad interruptiva de la prescripción, lo que no ocurre tanto cuando el acto sea declarado nulo como cuando es anulado.

*Si se parte de que la prescripción no se interrumpe cuando impugnado un acto se declara nulo de pleno derecho, hay que admitir también los efectos **ex tunc cuando es anulado**, en base al principio de sujeción de la actuación administrativa al imperio de la Ley. Lo que diferencia al acto nulo del meramente anulable es que este último mantiene su eficacia si el interesado no reacciona frente al mismo, pero si se impugna y el recurso es estimado el pronunciamiento priva de todo efecto al acto impugnado, por lo que no puede interrumpir la prescripción ni el acto nulo ni el anulable, ni por supuesto los recursos ni las resoluciones de tales recursos, pues aquéllos no son sino un medio de reacción contra el acto administrativo, y éstas la consecuencia lógica de tales recursos.*

Un acto administrativo nunca puede ser eficaz si no es válido, y aunque inicialmente al dictarse goza de la presunción de legalidad ésta se destruye si el recurso es estimado.

Sostener lo contrario supondría proteger al responsable del vicio, con perjuicio del obligado tributario que, al defender sus intereses, ha visto confirmado que el acto inicialmente dictado no fue correcto.

3^a) Conviene recordar que el propio legislador considera en determinados casos que los actos anulables no interrumpen la prescripción. Así ocurre tratándose de actuaciones realizadas en procedimientos caducados (art. 104.5 de la nueva Ley General Tributaria), o en los supuestos del art. 150.2 de la misma, que se refieren a las actuaciones administrativas tras dilaciones injustificadas que duran más de seis meses o que incumplen el plazo de duración previsto.

Carece de toda lógica, por tanto, no equiparar la anulación a estos supuestos, cuando la propia Sala, a partir de su sentencia de 7 de octubre de 2000, viene a privar de efectos interruptivos de la prescripción a las segundas comprobaciones que adolecen de los mismos vicios de anulabilidad por los que resultaron en su día anulados, declarando prescrito el derecho de la Administración a liquidar en estos casos al entender que el derecho de la Administración a corregir las actuaciones producidas con infracción de alguna garantía o formalidad o insuficiencia de motivación en la comprobación de valores no tiene carácter ilimitado, por estar sometido, en primer lugar, a la prescripción y, en segundo lugar, a la santidad de la cosa juzgada.

Mantener lo contrario supondría premiar la forma irregular de actuar la Administración, a pesar de haber incurrido en infracción del

Ordenamiento Jurídico, en cuanto se beneficia de sus propios errores y se le concede además plazos más largos de prescripción.

Los efectos de la actual doctrina pueden resultar muy perjudiciales para los obligados tributarios, por la tardanza en la tramitación de los procedimientos.

Es más, la Sala, en sentencia de 3 de mayo de 2011, cas. 466/2009, **ha llegado a precisar que lo que el Tribunal Supremo limita no es la reiteración en el acto, sino la reiteración en el vicio por lo que si éste es diferente nada impide una tercera o sucesivas actuaciones, siempre que dos de ellas no se anulen por el mismo vicio.**

Era el supuesto adecuado para avanzar en pro de la seguridad jurídica estableciendo la imposibilidad de la reapertura de los plazos de prescripción como consecuencia de la anulación de una liquidación y de la interposición del recurso correspondiente, lo que indudablemente afectaría a la potestad de reiterar el acto anulado, sin los vicios que determinaron su anulación, pero siempre en el espacio de tiempo que reste para cumplir el plazo de cuatro años contado a partir del momento inicial en que la Administración pudo ejercitar los derechos o acciones pertinentes en cada caso, conforme a lo dispuesto en el art. 67 de la vigente Ley General Tributaria.

Por otra parte, conviene recordar que esta Sala, en el ámbito de la **recaudación de cuotas de la Seguridad Social**, ha proclamado todo lo contrario a lo que se sostiene en la esfera tributaria. Así las sentencias de 3 de julio de 2000 y 29 de septiembre de 2004, que declaran que sólo los actos válidos producen los efectos que la Ley prevé para ellos, como es la interrupción de la prescripción.

Por todo ello creo que el recurso debió haberse estimado sólo en parte, y que la doctrina legal que se establece debió reconocer la potestad de reiteración de los actos anulados, siempre que no hubiera prescrito el derecho a liquidar, pero sin reconocer eficacia interruptiva al acto anulado.

Comparto los razonamientos de este voto, si bien voy más allá en el sentido de disentir de que el plazo de prescripción exista después de la liquidación y en consecuencia, aun cuando no se haya cumplido el plazo de cuatro años, no cabe ya la reiteración, si no es a petición de parte interesada. Por otra parte de admitir la interrupción, entiendo que el plazo, de conformidad con el artículo 150 debería contarse desde la fecha de la resolución anulatoria por el resto consumido hasta la interposición de la reclamación económico-administrativa.

En efecto como sostiene el profesor Bosh Cholbi³⁸ la teoría de la invalidez de los actos administrativos y los efectos que deben asociarse a la declaración de nulidad o anulabilidad de los mismos ha sido tomada del

38 Obra y lugar citados.

Derecho civil, pero sin realizarse las necesarias matizaciones por las diferencias que presentan uno y otro sector del ordenamiento jurídico, como recalca Garrido Falla y, en su día, ya denunció Giannini.

Recuerda este autor la censura que Alejandro Nieto –en el prólogo a la obra de Beladiez Rojo–, sostiene cuando afirma que desde el Derecho Civil se importaron al Derecho público, “cómodas, aunque vacías” coletillas, que, por ejemplo, califican a la nulidad de pleno derecho como nulidad per se, nulidad plena, nulidad absoluta del acto administrativo, y, de ahí, sin solución de continuidad, estiman que el ejercicio de la acción para conseguir dicha declaración no resulta sometida a plazo alguno, siendo imprescriptible, y deducen sus efectos erga omnes y ex tunc –solo amparándose en el que Alejandro Nieto denomina “pedante” brocardo: *quod ab initio nullum est, non potest tracto tempore convalescere*–, negándoseles virtualidad interruptiva de la prescripción.

En efecto, comparto este criterio. La primera diferencia es que mientras en el ámbito civil la regla general es la nulidad y la excepción la anulabilidad, en el derecho administrativo las causas de nulidad están tasadas, siendo la excepción y la anulabilidad la regla general. Y es lógico su pensamiento que la Administración persigue el fin público, mientras que la regulación civil se dirige a dirimir las contiendas entre particulares.

Esta circunstancia tiene también su reflejo en los efectos que se anudan a la anulabilidad, por su parte, que en el ámbito civil ve limitada su virtualidad jurídica a una declaración ex nunc, con efectos particulares, que nunca ha interrumpido la prescripción, mientras que la nulidad produce efectos retroactivos, ex tunc, siguiendo el principio de que lo que es nulo no produce efecto alguno, lo que es cierto solo en parte, pues una cosa es que el acto civil nulo no produzca sus efectos como tal, y otra bien distinta que la anulación de un acto o contrato no produzca efectos (véase por ejemplo los efectos que el artículo 1310 y siguientes del Código Civil atribuyen a la nulidad de los contratos).

Pues bien, en el derecho administrativo no existe diferencia en cuanto a la retroacción de efectos entre el acto nulo y el anulable, porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 31. de la Ley Reguladora de la jurisdicción Contencioso-Administrativa el demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación, y además según el apartado 2º *También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda*”, es decir la ley establece sin distinción la posibilidad de exigir con efectos retroactivos la

desaparición del acto impugnado, ya sea nulo o meramente anulable, dejando al particular en la misma situación que tendría de no haber existido el acto, borrando todos sus efectos.

Igualmente la diferencia consistente en que la nulidad es erga omnes y la anulabilidad no tampoco es cierta, pues el artículo 72 de la Ley Jurisdiccional, sin distinguir entre actos nulos de pleno derecho o no sostiene que “la sentencia que declare la inadmisibilidad o desestimación del recurso contencioso-administrativo sólo producirá efectos entre las partes. Mientras que la anulación de una disposición o acto producirá efectos para todas las personas afectadas.

La única diferencia entre los actos nulos y anulables es el plazo para recurrir, o para su revisión, inexistente en el caso de los actos nulos de pleno derecho (artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre en relación con el 118) ³⁹, y sometido a un plazo de caducidad breve de 1 mes o dos meses en el caso de recursos administrativos o judiciales, y de cuatro años para ser declarados lesivos. Por eso la Ley Reguladora de la Jurisdicción, obliga a que la sentencia anule en su caso el acto administrativo, no a declarar su nulidad, siendo ésta la formula que se emplea normalmente en las sentencias de lo contencioso-administrativo, salvo el caso de que el recurso se haya interpuesto fuera de los plazos de caducidad, esto es, intempestivamente, en cuyo caso se declara la nulidad para justificar su admisión a pesar del transcurso de aquéllos.

Es decir declarado contrario a derecho el acto administrativo muere o desaparece, sin importar si la causa es una enfermedad grave o leve.

Igualmente sería de aplicación la imposibilidad de convalidar el acto nulo de pleno derecho , en relación con la del acto anulable.

Entiendo con Bosh Cholbi⁴⁰ que todas las previsiones de los **arts. 62 a 67 de la Ley 30/1992**, que ensalzan el denominado “favor acti” y propugnan la transmisibilidad, conversión, conservación y convalidación de los actos administrativos ,cuya aplicabilidad al ámbito tributario reclama abiertamente el artículo 66 del Reglamento 520/2005 de Revisión en materia tributaria y, de soslayo, el artículo 26.5 LGT-, podrán ser aplicadas por la propia Administración afectada mientras esté **tramitando un procedimiento administrativo** relacionado con el acto en cuestión –Vg. en un procedimiento inspector, o en un recurso de reposición-. Entiendo que también deberán ser tenidas en cuenta al ejecutar la resolución de un recurso en vía

39 Con la posibilidad de que el órgano jurisdiccional pueda moderar esta previsión, si se dan las circunstancias que prevé el artículo 106 de la ley 20/1992. Se trata de una potestad, que desde o luego no puede equipararse automáticamente a la prescripción, pues ello supondría equiparar el plazo para declarar la lesividad al de la revisión de oficio.

40 Obra y lugar citados.

administrativa o de un Tribunal de Justicia, pero, en este caso, **únicamente si así fuera necesario para llevar a cabo dicha ejecución en coherencia con la resolución adoptada.**

Entiendo que, de conformidad con lo que se dice en el voto particular, la Administración no pueda beneficiarse con la interrupción de la prescripción por un acto contrario a derecho, pero no por la distinta naturaleza de uno y otro, por que si de lo que se trata es de mantener la potestad de auto liquidar durante un plazo de cuatro años, da igual que el acto anulado sea nulo o meramente anulable.

Recuerda este autor que los arts. 68 a 72 de la Ley Jurisdiccional, delimitan el sentido estricto de los pronunciamientos judiciales que resuelven un recurso: inadmisibilidad del recurso, desestimación o estimación por anulación total o parcial del acto administrativo impugnado.

En ningún momento se alude, ni expresa ni implícitamente, a una facultad autónoma del órgano judicial de resolver un recurso adoptando una decisión que permita la retroacción de actuaciones cuando, aun no siendo así solicitado por la parte, concurriera un defecto formal o procedimental en la actuación administrativa..

El artículo 70.2 LJCA establece que procederá dictar un fallo que estime el recurso contencioso-administrativo cuando “la disposición, la actuación o el acto incurrieran en *cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*”⁴¹.

En consecuencia, como sostiene Bosh Cholbi⁴² dicho precepto no realiza matización alguna en relación con el carácter de la infracción ni con las consecuencias o efectos que dicha infracción del ordenamiento jurídico debe producir, pues no distingue, en ningún momento, si el defecto apreciado en el acto anulado atiende a razones de fondo, a defectos formales o porque sean vicios que afecten al procedimiento administrativo seguido para su dictado.

De aplicar el razonamiento del TS en el caso de la devolución de ingresos indebidos por un contribuyente, debería permitírsele que, quien la solicita, pero ve frustrada su pretensión por un acto firme o por una sentencia con cosa juzgada, reiterar su pretensión, mientras no haya prescrito (y habría que entender además que la declaración frustrada interrumpe la prescripción).

b) Voto particular del Magistrado D. Juan Gonzalo Martínez Mico.

“Cuando una liquidación tributaria adolezca de un defecto formal,

41 Sentencias de la Sala tercera, de 5 de octubre de 1993 y de 19 de mayo de 1997, que, según este precepto, cualquier infracción del ordenamiento jurídico por el acto administrativo comporta, de suyo, la estimación del recurso..

42 Obra y lugar citados.

el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo puede, desde luego, dictar una sentencia que anule el acto y ordene a la Administración la retroacción de las actuaciones a fin de que pueda subsanar el vicio o defecto procedimental advertido y reiterar la liquidación tributaria anulada. Para ello hay que estar a lo que establece la legislación aplicable a la materia: la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. En ninguno de sus preceptos se invoca la aplicación de las disposiciones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ni de la Ley General Tributaria en el enjuiciamiento de los actos tributarios.

Esta es la doctrina que ha sido mantenida también, en relación con la cuestión de la apreciación de oficio de la prescripción o de si es necesaria su solicitud expresa ante los Tribunales de Justicia, en el voto particular formulado por los Magistrados Joaquín Huelan Martínez de Velasco y Oscar González González a la sentencia de este Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2010 (cas. 6587/2004), cuando sostienen que “la posición de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa es diferente y, por ello, la previsión normativa que contemplamos no les impone una obligación. Los jueces y tribunales de dicho orden, al conocer de los litigios en primera o en única instancia, han de someterse a los términos de la Ley 29/1998, conforme a la que han de resolver dentro de los límites de las pretensiones de las partes y de los motivos en que las sustentan (artículo 33.1), y si, por considerarlo pertinente, van a decidir saliéndose de tal guión deben hacérselo saber a fin de que aleguen sobre el motivo que el órgano jurisdiccional considera decisivo para zanjar la controversia, distinto de los aducidos por ellos (artículo 33.2 y 65.2)”.

*Conviene recordar que en el proceso contencioso-administrativo rige el principio dispositivo en virtud del cual la justicia es rogada, no pudiendo el Juez o Tribunal promover de oficio la actuación de la potestad jurisdiccional. En este ámbito contencioso-administrativo, el principio dispositivo implica que el nacimiento de un proceso y el marco que lo delimita depende de la actividad del tercero --ajeno al Juez o Tribunal-- que ejercita el derecho de accionar en juicio y, en todo caso, la pretensión ejercitada delimita los confines del enjuiciamiento judicial pues el artículo 33 de la LJCA EDL 1998/44323 exige que el órgano jurisdiccional juzgue dentro del límite de las pretensiones ejercitadas ante el Tribunal y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición. La vigente LJCA **ha erigido a la pretensión** (y no al acto: artículo 31 y siguientes de la Ley) en el objeto del proceso administrativo, que es un proceso de partes, al igual que el civil, regido por el principio dispositivo.*

Si un Tribunal de Justicia se pronuncia concediendo cosa distinta de lo pedido por la parte, se produce una vulneración del derecho a no sufrir indefensión al implicar un vicio de incongruencia procesal “extra petita”, expresamente proscrita por el artículo 33.1 de la LJCA.

Por tanto un órgano judicial no puede adoptar la decisión de conceder la retroacción de actuaciones administrativas para que el órgano administrativo subsane el defecto cometido --que, obviamente, habrá implicado la vulneración de una disposición legal o reglamentaria-- si el recurrente no lo ha solicitado en la pretensión ejercitada ante el Tribunal de Justicia. Para que sea procedente la solución de la retroacción de actuaciones es necesario que el recurrente expresamente solicite la anulación de la liquidación tributaria por un vicio “in procedendo” e inste la retroacción de dichas actuaciones. En este caso, la estimación del recurso deberá comportar un pronunciamiento judicial expreso sobre la procedencia de la retroacción de la actuación administrativa declarada nula.

De los artículos 68 a 72 de la LJCA EDL 1998/44323 , que delimitan el sentido estricto de los pronunciamientos judiciales que resuelven un recurso, no se deduce, ni expresa ni implícitamente, la facultad de un órgano judicial de **resolver un recurso adoptando una decisión que permita la retroacción de actuaciones cuando concurra un defecto formal o procedimental en la actuación administrativa si no ha sido solicitado así por la parte.**

En este punto, la diferencia con cuanto sucede con la vía económico-administrativa es clarísima. La regulación de la actuación de los Tribunales Económico-Administrativos y de sus facultades al enjuiciar actos tributarios se rige por la Ley General Tributaria y los Reglamentos que la desarrollan. Pues bien, el artículo 239.3 de la LGT y artículo 66.4 del Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo, que la desarrolla, admite que un Tribunal Económico-Administrativo acuerde la retroacción de actuaciones al momento **en que se haya producido un defecto formal que haya disminuido las posibilidades de defensa del reclamante**, previsión que no se recoge en la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni para los defectos que pudiera ser calificados como formales ni para los atinentes al fondo del asunto.

Además, resulta también determinante el artículo 70.2 LJCA, que establece que procederá dictar un fallo que estime el recurso contencioso-administrativo cuando “la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”. Así pues, con base en este precepto, y aplicando el principio dispositivo que rige en este proceso contencioso-administrativo, cualquier infrac-

ción del ordenamiento jurídico --sea por un defecto formal o por un defecto de fondo en el acto, disposición o actuación administrativa-- debe comportar, si así lo ha solicitado la parte recurrente, la estimación del recurso, haciéndolo desaparecer del mundo jurídico, sin que el administrado deba sufrir perjuicio alguno como consecuencia de una actividad de la Administración que la revisión judicial posterior declara ilegal. Por eso, en los supuestos en los que el vicio apreciado en el acto administrativo sea de anulabilidad, no podrán mantenerse las consecuencias perjudiciales para el administrado que se hayan producido con anterioridad a la resolución judicial anulatoria. En este sentido, como señalaba la sentencia de este Tribunal de 27 de febrero de 1990, “la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe volverse en contra de quien tiene la razón”.

Conviene tener presente, además, que los artículos 103 a 113 de la LJCA reguladores de la ejecución de sentencias-- nada dicen sobre la posibilidad de remediar los vicios que hayan dado lugar a la estimación del recurso con anulación del acto administrativo impugnado. Contrariamente a todo ello, las sentencias judiciales están dotadas del principio de cosa juzgada.

No está demás resaltar que tampoco la LJCA permite anular la declaración de “nulidad” a la concurrencia de vicios de nulidad de pleno derecho en la actuación declarada disconforme a Derecho, y una declaración de “anulación” cuando lo sean de anulabilidad. La LJCA hace referencia, en todo caso, a la anulación del acto o disposición, sin diferenciar entre la nulidad del acto o la anulación del mismo.

Nótese que cuando la LJCA lo ha querido expresamente, sí que ha establecido la posibilidad de que una sentencia declare la retroacción de actuaciones “procesales” pero nunca establece ninguna previsión sobre la retroacción de actuaciones en vía administrativa; así por ejemplo, el artículo 95 de la LJCA EDL 1998/44323, en relación con los posibles pronunciamientos del Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación, establece, en su apartado 2, letras b) y c), que, de estimarse dicho recurso, la Sala casará la sentencia recurrida y, si se producen las infracciones procesales de los artículos 88.1.b) y c), remitirá las actuaciones al órgano jurisdiccional competente para que resuelva o se repondrán al estado y momento exigidos por el procedimiento para su sustanciación o en que se hubiera incurrido en la falta. En ningún momento establece dicho precepto, tampoco, que la remisión de actuaciones pueda ser al órgano administrativo que desarrolló el procedimiento y dictó el acto si la parte no lo pide en su pretensión, sino que se trata de una retroacción de actuaciones inserta en el ámbito del proceso contencioso-administrativo de instancia.

Téngase en cuenta que no es lo mismo ordenar la retroacción de un procedimiento administrativo cuando se analiza la adecuación a Derecho de un acto favorable o declarativo de derechos --vgr. litigios urbanísticos, expropiaciones, concesión de becas, nombramientos de funcionarios-- que si se dirige a admitir la subsanación de un defecto cometido por la propia Administración Tributaria que exige un acto de gravamen, como son las liquidaciones tributarias.

En conclusión, soy de los que, con un sector de la doctrina, entiende que una vez constatada la inexistencia de facultad atribuida por la LJCA a un órgano judicial para ordenar la retroacción de actuaciones en la resolución de un recurso contencioso- administrativo si ninguna de las pretensiones ejercitadas lo solicita, la Ley Jurisdiccional únicamente permite la estimación del recurso y, en su caso, la anulación de la liquidación tributaria, total o parcialmente, si es contraria a Derecho, pero sin poder adoptar judicialmente, “motu proprio”, la decisión de que se retrotraigan las actuaciones hasta el momento en que la Administración cometió el vicio que ha dado lugar a esa nulidad si así no ha sido solicitado por la parte recurrente. Menos podrá, obviamente, la Administración tributaria iniciar nuevas actuaciones si el Juez o Tribunal no le ha autorizado para ello. Los actos tributarios no pueden ser reiterados cuando los mismos han sido anulados por sentencia judicial, cualquiera que haya sido el tipo de vicio o defecto determinante de la anulación (actos nulos de pleno derecho o actos anulables).

Si la Administración Tributaria, aún habiéndose circunscrito el fallo a la anulación del acto, decidiera la reapertura del procedimiento tributario y la reiteración de la liquidación previa subsanación del defecto, ocasionaría la violación del derecho a la tutela del recurrente en su manifestación del derecho a la inmutabilidad y ejecutoriedad de las sentencias, dejando expedita la vía del artículo 103.4 y 5 de la LJCA para activar su ejecución mediante la declaración jurisdiccional de nulidad de las actuaciones administrativas de retroacción y, en su caso, la del recurso de amparo. (SSTC 32/1982; 61, 67 y 109/1984; 65, 106, 155 y 176/1985; 15, 33 y 34/1986; 33/1987; 125/1987; 167/1987; 206/1993; 170/1999..).

Así pues, si el recurrente no hubiera solicitado la retroacción de actuaciones, el Tribunal no podrá ordenar su retroacción administrativa. En tal caso, lo procedente será que el Tribunal se limite a anular la liquidación tributaria (art. 70.2 y 71.I.a) de la LJCA y si el fallo se limitara a esta anulación --da igual que lo sea por un motivo de nulidad o de anulabilidad-- la Administración no podrá reabrir el expediente sin infringir los efectos materiales de la cosa juzgada (art. 72.2) y sin incurrir en un caso típico de inejecución de sentencias.

Por todo ello, entiendo que el recurso del Abogado del Estado no debió haberse estimado porque una vez que un órgano judicial anula un acto tributario, éste ha de quedar definitivamente expulsado del ordenamiento jurídico, sin que sea por tanto admisible su reiteración y todo ello con independencia de la naturaleza del vicio o defecto que dio lugar a su anulación.

De lo ya dicho se desprende mi absoluta conformidad con este voto particular y disiento únicamente del mismo en que como ya he comentado entiendo que en vía económico-administrativa tampoco se puede ordenar la retroacción sin petición de parte.

c) Voto particular de D. Manuel Vicente Garzón Herrero .

Es innecesario recordar que la solución de todo litigio procesal exige que éste se adopte en función de las coordenadas espaciales y temporales que a los hechos analizados le son propias.

En consecuencia, la fecha de acaecimiento de los hechos determina la normativa aplicable; de otra parte, las pretensiones de las partes delimitan el objeto del proceso.

Los hechos que están en el origen de este litigio se remontan a 1993. Ello supone que el bloque normativo que se cita en la sentencia sea inaplicable pues los hechos enjuiciados acaecieron en 1992 (al menos en parte). También comporta que los datos aportados por el Abogado del Estado, y referidos a la importancia del tema debatido, con independencia de su peculiar mecanismo valorativo, en cuanto se refieren a los ejercicios 2007 y 2008, deban ser considerados como absolutamente irrelevantes, lo que implica incumplir el requisito procesal legalmente establecido, para los Recursos de Casación en Interés de Ley acerca del interés público del asunto.(...)

En cualquier caso, y enjuiciándose, esencialmente, un problema prescriptivo, conviene poner de relieve que la regulación de la prescripción, más concretamente, de la interrupción de la prescripción, se rige, en mi opinión, por las normas recogidas en la L.G.T. 230/1963, de 28 de diciembre, artículos 64 a 67, preceptos con un contenido claramente distinto del que posteriormente introdujo la L.G.T. de 2003. (El hecho de que el segundo acto de la A.E.A.T. sea dictado después de 2003, es irrelevante a los efectos que analizo, pues lo importante es la fecha en que los actos iniciales se dictaron).

En mi opinión, el problema planteado no es un problema sobre el alcance de los actos nulos y anulables sino de determinación del alcance de la interrupción de la prescripción.

Considero que la Administración puede dictar actos administrativos en tanto no prescriban sus facultades.

*El problema, desde mi punto de vista, se centra en determinar los efectos de los actos anteriores en los posteriores a efectos prescriptivos, pues, entiendo que, **cuando los parámetros de un acto no son coincidentes con los ulteriores, los actos anteriores no producen efecto interruptivo alguno sobre las posteriores.** Quiero decir con ello que por mucho que la obligación tributaria liquidada sea la misma, por ejemplo renta de un sujeto pasivo del ejercicio 1992, si la discusión inicial se centra en el importe de la cuantía de la base imponible, el posterior acto que, eventualmente, dicte la Administración, modificando, no la base, sino el tipo aplicable, por ejemplo, es un acto nuevo distinto del primitivo y contra el que nunca se podrá afirmar que la reclamación inicialmente formulada contra el primer acto interrumpió la prescripción del segundo acto dictado, pues se trata de actos con distinto contenido, alcance y elementos.*

Otro punto que para mí no admite discusión es la interrupción de la prescripción por la interposición de reclamación, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66.1 b) de la LGT de 1963.

Desde estos parámetros, parece lógico que la cuestión esencial sea determinar el alcance de la interrupción de la prescripción teniendo en cuenta que la Ley 260/1963 carecía de un precepto como el que actualmente se contiene en el artículo 68.6.

La ausencia de este texto en la legislación anterior obliga a decidir el punto debatido aplicando el artículo 9.2 de la L.G.T. 260/1963, lo que determina, conforme al artículo 1973 del Código Civil EDL 1889/1 la naturaleza instantánea de la interrupción, instantaneidad que aunque no está específicamente consagrada se infiere de la naturaleza de las cosas.

Es evidente que si se denuncia que en un acto de la Administración concurren un vicio, en este caso formal, la Administración está obligada (si al final el vicio denunciado concurrió) a rectificarlo de modo inmediato y sin esperar a que se produzca la sentencia que así lo declare. Entender las cosas de otra manera implica rectificar la doctrina de que nadie puede obtener beneficio de sus propios errores, y esto es lo que sucedería si se esperase al final del proceso, como ahora parece proclamar el artículo 68.6 de la vigente L.G.T.

De la conclusión precedente podría inferirse que la doctrina que se sostiene, rechaza la sentencia mayoritaria por razones estrictamente temporales, pero en la actualidad, y dado el contenido de los textos legales hoy vigentes, es conforme con la posición mayoritaria.

No es ello así. En primer lugar, y tratándose de pronunciamientos procesales, me parece que las cuestiones formales tienen una superlativa importancia y no debe establecerse una doctrina en función de una legisla-

ción y unos hechos a los que no resulta aplicable la legislación invocada. En segundo lugar, el precepto contenido en el artículo 68.6 es, en mi opinión, susceptible de interpretación distinta de la que de su tenor literal, a primera vista, se infiere. Por último, y aunque sé que la prescripción es una materia de libre configuración para el legislador, tengo muchas dudas sobre la posibilidad de que el legislador pueda demorar unos efectos interruptivos (convirtiendo la interrupción de la prescripción en suspensión de la prescripción) a hechos que, naturalmente, no tienen esos efectos suspensivos, trastocando así la naturaleza de las cosas.

Por todo ello, y concluyo este apartado, considero que la legislación aplicada a los hechos no es la que les corresponde. La aplicable debió llevar, primero, a la inadmisión del recurso, y, luego a su desestimación.

En lo atinente a la posibilidad de rectificar la liquidación, incluso por razones de carácter material, tengo que insistir que tal pronunciamiento nunca estuvo en el debate del litigio primitivo, por lo que su inclusión en el fallo, como consecuencia de la petición del Abogado del Estado, constituye en mi opinión, un flagrante exceso procesal. Exceso procesal que propicia la peculiaridad del Recurso de Casación en Interés de Ley, cuyas virtudes no sólo nunca he visto claras, sino que he expresamente rechazado.

Por último, y como antes he razonado, el pronunciamiento formulado, sobre las potestades de la Administración para modificar el contenido material de los actos dictados, sin límite de ningún tipo, es rechazable, pues la rectificación que se consagra no requiere la identidad entre el acto anterior y posterior que en mi opinión es insoslayable. (Cuando la identidad de los actos concurre entrará en juego la prescripción en los términos más arriba expuestos).

En consecuencia, el pronunciamiento sobre las posibilidades materiales de la modificación de la Administración respecto de los actos previamente dictados, también debió ser inadmitida, primero; y rechazada, en cuanto al fondo, después”.

Muestro mi conformidad con la mayoría de las cuestiones que suscita este voto particular, si bien, con arreglo a mi tesis mantengo que cuando la Administración liquida un ejercicio determinado, a salvo de la liquidación parcial de un hecho imponible, en cuyo caso seguiría el plazo de prescripción en cuanto al resto, ha de agotar cuantos motivos de ilegalidad tenga para oponerse a la autoliquidación, sin que el cambio de motivo permita reiniciar nuevamente el procedimiento, una vez anulado el primer acto, como también se exige al particular que impugna un acto que agote todos los motivos que tenga contra el mismo, sin que pueda formular un recurso por el tipo de gravamen, y tras fracasar iniciar otro por la base imponible, y en su

caso otros, alegando prescripción, error iuris, compensación o cualquier otro. De ahí la tesis del tiro único, cuando se liquida o cuando se recurre una liquidación, el principio de seguridad jurídica exige incluir en ese acto todos los elementos jurídicos que fundamenten la pretensión.

F. Sentencia de quince de Septiembre de dos mil catorce.⁴³

1.- Mantenimiento de La tesis de que los actos nulos no interrumpen la prescripción.

Sostiene la sentencia en el fundamento jurídico tercero que (...)”

En la demanda, SERTOMAS alegó que se había omitido totalmente el procedimiento legalmente establecido, al seguirse el previsto para los supuestos de simulación (artículo 15 de la Ley 43/1995) en lugar del propio de las operaciones vinculadas (artículo 16 de la misma Ley). Siendo así, la liquidación practicada sería nula de pleno derecho [artículos 62.1.e) de la Ley 30/1992 y 217.1.e) de la Ley General Tributaria de 2003], por lo que, conforme a la jurisprudencia de este Tribunal Supremo [pueden consultarse las sentencias de 11 de febrero de 2010 (casación 1707/03, FJ 4º.C), 20 de enero de 2011 (casación para la unificación de doctrina 120/05, FJ 7º) y 24 de mayo de 2012 (casación 6449/09, FJ 5º)], resultaría inhábil para interrumpir el plazo de prescripción. De acuerdo con ello, habría prescrito en este caso el derecho de la Administración a fijar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación del impuesto sobre sociedades de 1998 [artículo 66.a) de la Ley General Tributaria de 2003]. Este discurso coincide con el de la queja que incorpora el segundo motivo de casación.

El planteamiento utiliza como premisa un argumento que esta Sala no comparte: la nulidad radical de la liquidación por haber sido aprobada omitiendo total y absolutamente el procedimiento legalmente establecido. No es cierto que se haya prescindido con ese alcance del procedimiento contemplado en la ley. Se ha de recordar que esa causa de nulidad absoluta, que como todas las de su clase es de carácter excepcional y ha de interpretarse de forma estricta [véase por todas la sentencia de 8 de marzo de 2012 (casación 6169/08, FJ 8º)], tiene únicamente lugar cuando se produce una clara, manifiesta y ostensible preterición del procedimiento debido [sentencia de 9 de junio de 2011 (casación 5481/08, FJ 5º)], escenario que no es el del caso que nos ocupa, en el que la liquidación que el Tribunal Económico-Administrativo Regional anuló fue el resultado de un procedimiento de inspección de carácter parcial, encaminado a la comprobación de la adquisición por SERTOMAS a nueve sociedades vinculadas (entre sí y con ella) de las acciones representativas del capital social de tres entidades

43 RECURSO CASACION Num.: 3948/2012. Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquin Huelin Martínez de Velasco.

cotizadas en Bolsa, incoado y tramitado conforme a las reglas del procedimiento previsto en la legislación tributaria vigente al tiempo de iniciarse las actuaciones inspectoras el 9 de julio de 2003 [las normas pertinentes de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria (BOE de 31 de diciembre), y del Reglamento general de la inspección de los tributos, aprobado por Real Decreto 939/1986, de 25 de abril (BOE de 14 de mayo), así como de Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes (BOE de 27 de febrero)].

Es verdad que, con arreglo a nuestra jurisprudencia [véase, por todas, la sentencia de 26 de julio de 2005 (casación 5046/00, FJ 6º)], quedan asimilados a la omisión que contemplan los artículos 62.1.e) de la Ley 30/1992 y 217.1.e) de la Ley General Tributaria de 2003 los casos en que se sigue un procedimiento distinto del establecido, así como aquellos otros en los que, tramitándose dicho procedimiento, se soslayan trámites esenciales o fundamentales del mismo [sentencia de 21 de enero de 2011 (casación 4707/06, FJ 9º)], pero ni una ni otra de tales situaciones es la del supuesto que nos ocupa.

En el procedimiento de inspección de carácter parcial abierto a SERTOMAS, la Inspección de los Tributos, según han resuelto los órganos de revisión económico-administrativa, se equivocó y calificó las compraventas como negocios simulados, cuando, en realidad –conforme a su criterio– no existía tal artificio y sí, sin embargo, una operación entre sociedades vinculadas. Esa equivocada calificación jurídica de los negocios examinados (que no constituye un defecto formal sino un error sustantivo) no remite a un procedimiento de inspección distinto, sino a uno que se ha de desarrollar con arreglo a la reglas generales, por lo que no cabe hablar de aquella segunda modalidad de nulidad radical ex artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992. Tan sólo reenvía a un método específico de valoración de las prestaciones económicas concernidas.⁴⁴

⁴⁴ *En efecto, si se tratase de un negocio simulado, la valoración debería llevarse a cabo, como hizo la Inspección, con arreglo al artículo 15 de la Ley 43/1995, en concreto, siguiendo el criterio de su apartado 2.a), en el que se dispone que se valorarán por su valor normal de mercado los elementos patrimoniales transmitidos o adquiridos a título lucrativo. Siendo una operación vinculada, el aprecio de las prestaciones contractuales debía realizarse conforme a las reglas de valoración previstas en el artículo 16 de la misma Ley, siguiendo el procedimiento disciplinado en el artículo 15.1 del Reglamento del impuesto sobre sociedades de 1997. El artículo 16.1 de la Ley remitía también al valor normal de mercado, que había de ser determinado por alguno de los métodos previstos en el apartado 3 del mismo precepto. A tal efecto, el mencionado precepto reglamentario disciplinaba un procedimiento en el que, por lo que aquí interesa, destaca, además del concurso de la entidad sometida a inspección, la intervención de la otra parte vinculada y la precisión de que el órgano competente para instruir el procedimiento y dictar el acto administrativo de determinación del valor normal de mercado es el que tiene competencia para aprobar la liquidación tributaria respecto de la*

No habiendo mediado una causa de nulidad de pleno derecho de la liquidación, no cabe sostener que su aprobación no interrumpió el plazo de prescripción, por lo que decae este argumento de la demanda, al que los jueces de la instancia no dieron respuesta y que constituye, por lo demás, el objeto del segundo motivo de este recurso de casación.

2.-Improcedencia de que los Tribunales Económico-Administrativos ordenen la retroacción por motivos sustantivos.

En el Fdto cuarto se sostiene que la recurrente “sostuvo también en la demanda (con un discurso que después reitera en esta sede mediante la articulación del primer motivo de casación) que, en cualquier caso, una vez anulada la liquidación del impuesto sobre sociedades de 1998 por el Tribunal Regional de Valencia, no procedía retrotraer las actuaciones, pues tal facultad, reconocida a los órganos de revisión económico-administrativa por el artículo 239.3, párrafo segundo, de la Ley General Tributaria de 2003, sólo pueden actuarla cuando la anulación tiene lugar por la **mediación de defectos formales**, lo que no es el caso. Por ello, en el recurso de alzada, y después en la demanda, pretendió, sin atacar la anulación de la liquidación, que se revocase el pronunciamiento económico-administrativo en cuanto decreto la retroacción de las actuaciones.

Compartimos su planteamiento y hemos de darle la razón”.

Para empezar, se ha de dejar constancia de que, como ya hemos apuntado, la razón por la que el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia anuló la liquidación tributaria no fue la presencia de un defecto formal que haya disminuido las posibilidades de defensa de reclamante (según los términos del citado artículo 239.3), sino una errónea calificación jurídica de los contratos de compraventa desde el punto de vista fiscal: contratos simulados en lugar de operaciones vinculadas. Tal error, por más que remita a un específico trámite para la valoración económica de las prestaciones contractuales, constituye un defecto sustantivo, que afecta a la regularidad sustancial de la liquidación tributaria. Siendo así, no le cabía parte vinculada en la que se inició la comprobación.

Siendo así, no cabe concluir que el error en la calificación jurídica de la operación (simulación en lugar de operación vinculada) haya provocado la omisión de un trámite esencial en el procedimiento inspector, porque, en cualquier caso, la valoración ha sido realizada atendiendo a un criterio pertinente (valor normal de mercado) y por el órgano competente para ello (el que lo es para aprobar la liquidación, después anulada por los órganos económico-administrativos), sin que (a) la no intervención de las otras partes vinculadas (SERTOMAS la tuvo siempre), (b) ni la hipotética falta de seguimiento del orden previsto en el artículo 16.3 de la Ley 43/1995 en el método a aplicar para hallar el valor normal de mercado puedan ser calificadas como omisiones de trámites esenciales del procedimiento de inspección seguido con la sociedad recurrente, al punto de determinar la nulidad radical de la liquidación que le puso fin (y no de la mera anulabilidad, como resolvió el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia)..

al Tribunal Económico-Administrativo Regional, una vez anulada la liquidación, ordenar la retroacción de las actuaciones inspectoras, «con el fin de practicar el procedimiento de comprobación previsto en el artículo 15 del RD 537/97» (sic), que, como se ha visto, no disciplina un procedimiento de comprobación, sino un “incidente” en el seno del mismo para tasar operaciones vinculadas con arreglo al valor normal del mercado, aplicando ordenadamente los métodos dispuestos en el artículo 16.3 de la Ley 43/1995.

Reitera desues la sentencia de 28 de marzo de 2012 en cuanto a las funciones revisoras y su amplitud de los Tribunales Económicos así como las posibilidades de retrotraer solo por motivos formales, y que no sirve para reparar errores materiales.

La retroacción de actuaciones no constituye un expediente apto para corregir los defectos sustantivos de la decisión, dando a la Administración la oportunidad de ajustarla al ordenamiento jurídico. Es decir, cabe que, ordenada y subsanada la falla procedimental, se adopte un nuevo acto de contenido distinto a la luz del nuevo acervo alegatorio y fáctico acopiado; precisamente, por ello, se acuerda dar “marcha atrás”. Ahora bien, si no ha habido ninguna quiebra formal y la instrucción está completa (o no lo está por causas imputables a la Administración), no cabe retrotraer para que la Inspección rectifique, por ese cauce, la indebida fundamentación jurídica de su decisión.

Siendo así, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Valencia no podía, una vez anulada la liquidación tributaria por la equivocada calificación jurídica a efectos fiscales de los contratos de compraventa, ordenar la retroacción de las actuaciones, pues la anulación no vino determinada por un defecto formal que hubiese causado indefensión a SERTOMAS, o por una incompleta instrucción del expediente imputable al obligado tributario, sino, insistimos, por el error sustantivo de calificación en que incurrió la Inspección.

A dicha sentencia se formula voto particular por el Magistrado Don José Antonio Montero Fernández, en el que sostiene que si se trata de un supuesto de nulidad de pleno derecho y en consecuencia no se interrumpió la prescripción, y el recurso debió ser estimado por aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta.

Más interesante es sin duda el voto particular que emiten los Magistrados Fernández Montalvo y Joaquín Huelin Martínez de Velasco, este último ponente de la sentencia, y de carácter concurrente para recordar que la Administración, pese a ser anulado el Acto del TEAR por ordenar la retroacción por motivos sustantivos, tiene derecho a girar nueva liquidación, mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.

“ la decisión mayoritaria debió precisar que, anulada la liquidación tributaria y declarada la disconformidad a derecho de la retroacción de actuaciones ordenada para «practicar el procedimiento de comprobación previsto en el artículo 15 del RD 537/97», no le está vedada a la Administración la aprobación de una nueva liquidación en sustitución de la anterior, siempre que valore las operaciones de compraventa de las acciones de conformidad con el artículo 16 de la Ley 43/1995 (particularmente, con sus apartados 1 y 3), en su redacción aplicable ratióne temporis, y que utilice única y exclusivamente los datos que obran ya en el expediente administrativo. No puede completar el acervo fáctico que había acopiado, ni tampoco reproducir el procedimiento, por las razones expuestas en el cuarto fundamento de la sentencia.

Y digo que tiene importancia porque si el ponente que redacta la sentencia y tiene que reflejar el resultado de la deliberación lo hace sin incluir esta advertencia, es porque la mayoría de la Sala decidió no hacerlo.

Y es que, según ha indicado esta Sala en sentencia de 26 de marzo de 2012 (casación 5827/09, FJ 4º), estableciendo un criterio reiterado en la de 19 de noviembre de 2012 (casación en interés de la ley 1215/11, FJ 4º), el hecho de que no quepa retrotraer las actuaciones cuando la liquidación adolece de un defecto sustantivo, debiendo limitarse el pronunciamiento económico-administrativo a anularla, o a declarar su nulidad de pleno derecho si se encuentra aquejado de alguno de los vicios que la determinan, no trae de suyo que le esté impedido a la Administración aprobar otra liquidación (pueden consultarse en este sentido cuatro sentencias de 14 de junio de 2012, dictadas en los recursos de casación 2413/10, 6386/09, 6219/09 y 5043/09, FJ 3º en los cuatro casos). Como en cualquier otro sector del derecho administrativo, ante tal tesitura, la Administración puede dictar, sin tramitar otra vez el procedimiento y sin completar la instrucción pertinente, un nuevo acto ajustado a derecho mientras su potestad esté viva. Esto es, una vez anulada una liquidación tributaria en la vía económico-administrativa por razones de fondo, le cabe a la Administración liquidar de nuevo, siempre y cuando su derecho a hacerlo no haya prescrito, debiéndose recordar a este respecto nuestra jurisprudencia que niega efectos interruptores de la prescripción a los actos nulos de pleno derecho [véanse las sentencias de 11 de febrero de 2010 (casación 1707/03, FJ 4º.C), 20 de enero de 2011 (casación para la unificación de doctrina 120/05, FJ 7º) y 24 de mayo de 2012 (casación 6449/09, FJ 5º)].

[No estorba recordar que la solución se ofrece distinta cuando el acto tributario sea sancionador, pues en tal caso la posibilidad de, una vez anulado el castigo, imponer uno nuevo chocaría frontalmente con el princi-

pio ne bis in idem, en su dimensión procedimental, como subrayamos en las sentencias de 22 de marzo de 2010 (casación 997/06, FJ 4º), 26 de marzo de 2012 (casación 5827/09, FJ 3º), 7 de abril de 2014 (casación 3714/11, FJ 2º) y 11 de abril de 2014 (casación para la unificación de doctrina 164/13, FJ 6º)].

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo no comparte las posiciones que, de una u otra forma, conducen a interpretar que la Administración está obligada a acertar siempre, de modo que si se equivoca (por mínimo que sea el yerro) pierde la posibilidad de liquidar el tributo, aun cuando su derecho no haya prescrito, porque esta conclusión carece de sustento normativo que la avale, tanto ordinario como constitucional. Aún más, se opone al principio de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la Constitución española) y al logro de un sistema tributario justo en el que cada cual ha de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (artículo 31.1 de la Constitución), que abogan por una solución distinta, siempre, claro está, que la seguridad jurídica quede salvaguardada mediante el respeto de los plazos de prescripción y las garantías de defensa del contribuyente debidamente satisfechas.

G. Sentencias de 29/09/2014. ⁴⁵

Mantienen la doctrina establecida en las anteriores sentencias:

Se dice terminantemente que:

“No compartimos las posiciones que, de una u otra forma, conducen a interpretar que la Administración está obligada a acertar siempre, de modo que si se equivoca (por mínimo que sea el yerro) pierde la posibilidad de liquidar el tributo, aun cuando su potestad siga viva, porque carecen de sustento normativo que las avale, tanto ordinario como constitucional. Aún más, se opone al principio de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la Constitución española) y al logro de un sistema tributario justo en el que cada cual ha de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica (artículo 31.1 de la Constitución), que abogan por una solución distinta, siempre, claro está, que la seguridad jurídica quede salvaguardada mediante el respeto de los plazos de prescripción y las garantías de defensa del contribuyente debidamente satisfechas. Desde luego, dicho principio constitucional no conlleva, como pretende Alcoholar Catalana, S.A., la prohibición de que, ejercitada una potestad administrativa y anulado el acto a través del que se manifiesta, dicha potestad no pueda ejercitarse ya. No se trata de que la Administración corrija sus actos viciados de defectos materiales hasta “acertar”, sino de que, depurado el ordenamiento jurídico mediante la expulsión del acto viciado, la Adminis-

45 Recurso Núm.: 1014/2013. Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco..

tración, en aras del interés general, al que ha de servir, proceda a ejercer la potestad que el legislador le ha atribuido si se dan las condiciones que el propio ordenamiento jurídico prevé para ello, con plenas garantías de defensa del contribuyente. Por ello, tampoco cabe hablar de “privilegio exorbitante” de la Hacienda, pues no se le otorga una ventaja injustificada, sino una habilitación para hacer cumplir el mandato que el constituyente incorporó en los artículos 31.1 y 103.1 de la Constitución.

Y, para terminar, ninguna quiebra del derecho a obtener la tutela judicial efectiva se produce con ello, pues el pronunciamiento judicial (o económico-administrativo, en su caso) que anula una liquidación tributaria por razones de fondo se agota en la propia decisión anulatoria y en la expulsión del acto anulado del mundo del derecho, sin que el nuevo acto, dictado en el ejercicio legítimo de la potestad, implique dejar sin contenido dicho pronunciamiento, que se refiere al anterior, ya anulado. Por la misma razón, no padece en tales tesituras el principio de irrevocabilidad de las resoluciones económico-administrativas, que hace valer la compañía recurrente con fundamento en el artículo 213.2 de la Ley General Tributaria de 2003, ni el de cosa juzgada.

No obstante, y con independencia de la prescripción del derecho a determinar la deuda tributaria, la facultad de la Administración de liquidar de nuevo no es absoluta, pues este Tribunal Supremo viene negando todo efecto a la liquidación **que incurre de nuevo en el mismo error**. Según hemos dicho en la repetida sentencia de 26 de marzo de 2012 (casación 5827/09, FJ 3º), en esas situaciones, la negativa a reconocer a la Administración una tercera oportunidad deriva del principio de buena fe al que están sujetas las administraciones públicas en su actuación [artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE de 27 de noviembre)] y es consecuencia de la fuerza inherente al principio de proporcionalidad que debe presidir la aplicación del sistema tributario, conforme dispone hoy el artículo 3.2 de la Ley General Tributaria de 2003, entendido como la adecuación entre medios y fines. Es, además, corolario de la proscripción del abuso de derecho, que a su vez dimana del pleno sometimiento de las administraciones públicas a la ley y al derecho ex artículo 103.1 de la Constitución Española. Jurídicamente resulta intolerable la actitud contumaz de la Administración tributaria, la obstinación en el error, la repetición de idéntico yerro, por atentar contra su deber de eficacia, impuesto en el mencionado precepto constitucional, desconociendo el principio de seguridad jurídica, proclamado en el artículo 9.3 de la propia Norma Fundamental [véanse tres sentencias de 3 de mayo de 2011 (casaciones

466/98, 4723/09 y 6393/09, FJ 3º en los tres casos). En el caso de resoluciones jurisdiccionales, habría que añadir que la nueva liquidación que recae en el error constituye en realidad un acto dictado en contradicción con lo ejecutoriado, nulo de pleno derecho en virtud del artículo 103.4 de la Ley de esta jurisdicción.

A esta sentencia formulan voto particular los Magistrados Frías Ponce, al que se adhiere el Magistrado Martínez Mico, reiterando el voto emitido a la sentencia de 21 de noviembre, añadiendo que :

“Procede institucionalizar la protección de un deber de buena administración y un correlativo derecho del ciudadano, como se recoge expresamente por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 41.1, al consagrar que toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente, y dentro de un plazo razonable”.

Formula igualmente voto particular el Magistrado Garzón Herrero, en el ras recordar que *“No es necesario insistir en mi conformidad con la tesis mayoritaria en el sentido de que la Administración puede reiterar los actos liquidatorios que efectúa cuando son anulados, siempre que no hayan prescrito”, sostiene que “El problema radica, en mi opinión, en dilucidar cuando tales actos liquidatorios han prescrito.*

(...)Parece evidente que toda relación obligatoria tributaria tiene elementos objetivos, subjetivos y causales. Unos, con caracteres esenciales y cruciales; otros, accidentales. Los primeros, los esenciales, permiten identificar la obligación reclamada, de manera que su modificación u omisión genera, en su caso, una obligación tributaria distinta de la inicialmente contemplada. De otro lado, cuando son los elementos accidentales los que cambian, modifican o desaparecen la obligación inicial permanece.

Desde este planteamiento se infiere de modo indudable que el mero cambio de los elementos accidentales de la obligación inicialmente liquidada hace que la interrupción de la prescripción operada sobre la obligación inicial deba seguir produciendo efecto en la obligación modificada.

Contrariamente, y cuando el cambio se produce en elementos esenciales, identificativos, de la obligación inicial, la interrupción de la prescripción efectuada sobre la prescripción de la obligación inicial no puede operar sobre la obligación modificada. Y ello por la elemental consideración de que la obligación segunda, al afectar a un elemento esencial de la primera, es una obligación distinta de aquélla.

De este modo el problema se centra en dilucidar si la segunda obligación es la misma que la inicial, por haber cambiado sólo un elemento ac-

cidental, o, contrariamente, es una obligación distinta al producir el cambio sobre un elemento esencial de la primera.

En el caso que decidimos la liquidación del IVA se efectuó inicialmente por periodos anuales, cuando debió ser por periodos trimestrales. Hemos de decidir, pues, si la modificación temporal que la segunda liquidación contiene altera la esencia de la obligación inicial, convirtiéndola en otra y distinta obligación.

No ofrece dudas, al menos a mí, que el elemento temporal del hecho imponible altera esencialmente la obligación tributaria. En el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por ejemplo, es claro que la separación de ejercicios genera liquidaciones tributarias y deudas distintas y es frecuente contemplar la declaración de prescripción de un ejercicio y no la de otro. Además, esta Sala viene dando una clara relevancia al elemento temporal a la hora de declarar la inadmisión de los recursos, relevancia que no se puede olvidar al analizar las deudas tributarias que de cada ejercicio se derivan.

Del mismo modo, y en materia del IVA el elemento temporal es un elemento esencial de las obligaciones tributarias que por este concepto se exijan, lo que de modo reiterado viene siendo afirmado por esta Sala.

Desde el punto de vista doctrinal hay unanimidad en considerar el elemento temporal del hecho imponible es un elemento esencial de la obligación tributaria liquidada.

Siendo esto así, es evidente, para mí, que no produce interrupción de la prescripción la obligación inicial liquidada en la segunda liquidación que contiene un elemento temporal esencial y distinto de la inicial. Ello impide, en este caso, que la obligación inicial, la liquidación anual, opere interrumpiendo la prescripción sobre la segunda liquidación que es mensual. Por eso, cuando se dicta la liquidación, aquí impugnada, que tiene un elemento temporal trimestral, había transcurrido el plazo de prescripción para dictar la liquidación, por lo que ha de declararse prescrita.

Una consideración adicional es necesaria, la posición mayoritaria en este, como en tantos asuntos, contempla la obligación tributaria inicial (liquidación del IVA, en este caso) como una relación jurídica omnicomprendiva en la que se incluyen todas las obligaciones que por el concepto de IVA, en este caso, puedan producirse, lo que lleva como consecuencia (por su cualidad omnicomprendiva) la interrupción de cualquier obligación tributaria que del impuesto liquidado se efectúe posteriormente. Es claro, siempre en mi opinión, que esto no es así y que la obligación tributaria liquidada ha de identificarse no sólo con relación a un impuesto concreto, sino con referencia a los elementos esenciales que de la obligación tributaria efectiva-

mente liquidada se deriven, de manera que cuando cambia uno de los elementos esenciales de la obligación tributaria la nueva liquidación que se efectúe no goza de la interrupción producida por la liquidación inicial.

Por todo ello, estimo que la liquidación tributaria impugnada debió ser anulada”.

Comparto este voto particular, efectivamente, si nos encontramos ante una liquidación parcial, es evidente que la Administración, mientras no prescriba podrá liquidar por otros elementos del tributo, pero precisamente por ello no se interrumpe por la reclamación económica referida exclusivamente al elemento liquidado. En consecuencia, en la hipótesis, que no comparto de que se pueda reiterar la liquidación tributaria, una vez anulada, entiendo que no se ha interrumpido el plazo de prescripción, si la nueva liquidación tiene elementos esenciales distintos de los de la anulada.

IV. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA.

En la hipótesis de que se reitere la liquidación por no haber prescrito o por haberse ordenado la retroacción en vía administrativa o judicial se plantea la duda del procedimiento a seguir, si el económico-administrativo o el de incidente de ejecución administrativo o judicial,

El voto de los Srs. Fernández Montalvo y Huelin a la Sts de 15 de septiembre sostiene que contra la posible reiteración no hay que comenzar de nuevo la vía económico-administrativa sino que ha de seguirse el trámite de los incidentes de ejecución. Sin embargo, a mi juicio, estamos ante un acto tributario nuevo, distinto, por lo que la solución parece más bien una *excusatio non petita*, que trata de minorar los destrozos de la tesis que mantiene la sentencia, pero sin base normativa, pues si la liquidación nueva se hace por motivos distintos, y dentro del plazo de cuatro años, o el que reste, según el 150.5 de la LGT. No tiene sentido privar de la reclamación económica-administrativa, o mejor dicho, saltarse la reclamación pues el acto nuevo nada tiene que ver con la ejecución de sentencia.

“En el caso de anulaciones acordadas en resoluciones jurisdiccionales, habría que añadir que la nueva liquidación que reincide en el error constituye en realidad un acto dictado en contradicción con lo ejecutoria-do, nulo de pleno derecho en virtud del artículo 103.4 de la Ley de esta jurisdicción.

Y colocados en situaciones como en la que ahora se encontraba esta Sala, en que con su intervención, controlando la previa actuación de la Administración tributaria (de gestión o de revisión), la anula, indicando los criterios a los que ha de ajustar aquella su actuación, se ha de tener en cuenta que las cuestiones que pudieran suscitarse en relación con la nueva

liquidación que eventualmente pudiera ser adoptada pertenecen, por definición, al ámbito propio de la ejecución de sentencias, que han de dilucidarse con arreglo y por los cauces previstos en los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998, sin necesidad de instar otra vía económico-administrativa autónoma, que desembocaría en un proceso contencioso-administrativo distinto de aquél en el que fue dictada la sentencia que es causa de la liquidación. Sin embargo, pese a la buena voluntad de evitar otro peregrinaje de otros veinte años por la vía económico-administrativa y judicial, lo cierto es que si el acto no incide en el mismo error es porque es distinto, y si lo es, de momento no cabrá admitir incidente de ejecución, porque la resolución no estaría en línea de ejecución de la sentencia, en el supuesto de que no ordenara la retroacción estableciendo las bases de la nueva resolución, y desde luego no cabría casación, que solo procede cuando existe un desvío de la ejecución de la sentencia.

De este modo quedarían superadas las disfunciones provocadas por la apertura de dos vías paralelas y diacrónicas para el control de la actuación de la Administración en relación con la misma obligación tributaria de un sujeto pasivo, entre ellas la demora insoportable que supone transitar de nuevo las dos instancias económico-administrativas, la impugnación jurisdiccional, también con sus dos instancias o, en su caso, el correspondiente recurso de casación, para dar respuesta a un debate en el que ya ha habido un pronunciamiento jurisdiccional, que sólo resta ejecutar en sus propios términos.

Recuérdese que el artículo 103.1 de la Ley 29/1989 dispone que la potestad de ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales de este orden jurisdiccional, y que, conforme al artículo 70 del Reglamento general de desarrollo de la Ley General Tributaria en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por el Real Decreto 520/2005, la ejecución de las resoluciones de los tribunales de justicia se efectuará de acuerdo con lo establecido en la normativa reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin perjuicio de que, en todo lo que no se oponga a esa normativa y a la resolución judicial que se ejecuta, se aplique lo dispuesto en los artículos 66 y 67 del propio Reglamento.

Para GANDARIILÑLAS DE LOS SANTOS⁴⁶, “ Parece que en estos casos, en los que no tiene lugar la retroacción de las actuaciones por resolución administrativa o judicial, la nueva liquidación que en su caso se dicte, deberá hacerse como ejecución directa de la sentencia o resolución del Tribunal Económico-Administrativo. Ello nos reconduce a lo establecido en los ar-

⁴⁶ Obra citada.

títulos 104 y ss. de la Ley de la Jurisdicción en el caso de la sentencias, y los artículos 66 y siguientes del Real Decreto 520/2005, ante la parca regulación que la Ley General Tributaria hace de esta materia.

En cuanto al plazo de ejecución nada dice nuestra Ley de la Jurisdicción sobre el tiempo de duración de este procedimiento, lo que permite plantearnos si el plazo de caducidad, que para el orden civil contempla el artículo 518 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de enjuiciamiento civil (BOE de 8 de enero), resultaría aplicable a la ejecución de las sentencias contencioso-tributarias. Como recuerda el autor antes citado esta posibilidad fue descartada por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2009 (casación 4915/08), por razones de «*interés público tutelado en orden contencioso-administrativo*», frente a los meros intereses de particulares que se ventilan en un procedimiento civil.

En consecuencia es de aplicación el plazo de prescripción, “*de 15 años establecido en el art. 1964 del Código Civil para las acciones personales que no tuvieran señalado término especial de prescripción, que fue tenido en cuenta durante la vigencia de la anterior Ley, como expresamente declaró esta Sección en su sentencia de 20 de septiembre de 2005, rec. 1004/2000 , en la que se rechaza la pretendida aplicación del antiguo plazo del art. 64. d) de la Ley General Tributaria , en un caso de ejecución de sentencia derivada de la anulación de una liquidación con orden de devolución de lo ingresado indebidamente.*”⁴⁷

En definitiva, ante el régimen especial de la ejecución de las sentencias en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en el que el obligado al cumplimiento de las sentencias no es un particular, sino una Administración Pública, que sirve con objetividad los intereses generales con sometimiento a la Ley, resulta obligado seguir manteniendo la clásica doctrina de esta Sala de que la acción para ejercitar las acciones y derechos reconocidos en una sentencia está sujeta al plazo general de prescripción de 15 años establecido en el artículo 1964 del Código Civil, a contar desde la firmeza de la sentencia .“

Prever a mi juicio este plazo será de aplicación exclusivamente para los casos en que la retroacción sea ordenada por la sentencia, porque lo haya solicitado así el interesado.

En la ejecución de sentencias en materia tributaria, no es aplicación el plazo de los cuatro años contemplados en el artículo 66 de la Ley General Tributaria, puesto que como se reconoce la sentencia de 20 de septiembre de 2000, en su supuesto de devolución de los ingresos indebidos «*[e]s consecuencia de un pronunciamiento judicial firme, que no fue cumplido*

⁴⁷ y En el mismo sentido la STS de 29 de septiembre de 2005 (casación 1004/00), sostienen.

por la parte del Ayuntamiento, tras la anulación de la liquidación girada [...I]».

Sin embargo, la STS de 13 de junio de 2013 (casación 1921/2012), y bajo la premisa de cambio de la vigente Ley 58/2003, afirma que *«esta Sala mantuvo la tesis de que cuando los órganos competentes de la Inspección de los Tributos ejecutaban una resolución de un Tribunal Económico Administrativo, o una sentencia de un Tribunal Contencioso Administrativo no estaban propiamente ejerciendo una actividad inspectora (sentencias de 6 de Junio de 2003 y 30 de Junio de 2004 , entre otras), por lo que no resultaba aplicable en esta fase la regla del art. 31.4 del Reglamento General de la Inspección , sino las normas específicas sobre ejecución.*

Sin embargo, la situación cambió con la ley 58/2003, al establecer el art. 150.5 que “cuando una resolución judicial o económico administrativa ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, éstas deberán finalizar en el periodo que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo a que se refiere el apartado 1 de este artículo o en seis meses, si aquel periodo fuera inferior. El citado plazo se computará desde la recepción del expediente por el órgano competente para ejecutar la resolución”.

Por tanto, ahora, este precepto obliga a entender, en relación con el alcance de las actuaciones inspectoras en fase de ejecución, que cuando una resolución judicial o económico administrativa ordena la retroacción de las actuaciones inspectoras, las de su ejecución han de calificarse como actuaciones inspectoras y no como meras actuaciones dictadas en ejecución, estando sujetas al plazo de conclusión fijado expresamente y cuyo incumplimiento determina las consecuencias que se indican.

Incluso, aunque sólo se tratase de sustituir la liquidación anulada por otra distinta, como tal sustitución supone ya por sí misma una retroacción de actuaciones, hay que entender aplicable la misma regla».

Estos pronunciamiento implican importantes matices en la fijación del plazo: (i) el primero, que los plazos de prescripción, al reponer las actuaciones es de los cuatro años del artículo 66 y no el general de quince; (ii) el segundo, que las dilaciones o interrupciones no imputables al sujeto pasivo tienen el alcance contemplado en el artículo 150.5 de la Ley General Tributaria.

Para GANDARILLAS ⁴⁸ esta interpretación tiene claras ventajas para el contribuyente porque acortan considerablemente el plazo de prescripción al pasar de quince a cuatro años, y porque someten el nuevo acto que se dicte a las consecuencias que para los incumplimientos se aplican al

48 Obra citada.

procedimiento de inspección. Sin embargo parten, como ya hemos, visto de una indebida equiparación de lo que todo es retroacción de actuaciones, criterio que ya ha sido corregido por el propio Tribunal Supremo.

Si bien es cierto que el límite temporal, en los casos de retroacción de actuaciones, está claro a tenor de la literalidad del artículo 150.5 de la Ley 58/2003, no lo está cuando no hay reposición de actuaciones, y siguiendo la jurisprudencia más reciente, no tiene lugar cuando la anulación es por razones de fondo.

A mi juicio, si se trata de reposición ordenada por las administración o los Tribunales el plazo de prescripción para la Administración ha de ser el de cuatro años máximo, o mejor el que resto de aplicar el artículo 105.5 de la LGT, desde la resolución o la sentencia. Si por el contrario la liquidación no es idéntica a la anulada, el plazo es de cuatro años desde que pudo liquidarse, pues la anulación efectuada en su caso en vía administrativa o judicial no puede ampliar el plazo de prescripción general para liquidar.⁴⁹

CONCLUSIONES.

Primera.- A nuestro juicio la cuestión no está resuelta definitivamente, basta con el análisis de los votos particulares, y sobre todo, frente a lo que se afirma en las sentencias que hemos comentado, la solución que se da en otros sectores del ordenamiento jurídico en relación con la eficacia de cosa Juzgada es diversa, existiendo sentencias de otras secciones que mantienen, la imposibilidad de reiterar nuevos actos, tras haber sido anulados los anteriores. En cualquier caso, como se pone de manifiesto en la sentencia en interés de ley de noviembre de 2012, se trata de una cuestión transversal con incidencia en toda la Sala, por lo que debía ser el Pleno de la Sala el que resolviera el tema jurisdiccionalmente.

Segunda.- La cuestión afecta a derechos fundamentales como el de la tutela judicial efectiva, por lo que habrá que esperar en su caso al pronunciamiento del Tribunal Constitucional, o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o el de Justicia de la Unión Europea, al respecto.

Tercera. De triunfar la tesis de que la Administración puede dictar cuantos actos quiera dentro del plazo de prescripción, debería aplicarse en todos los sectores del derecho administrativo y también en el tributario a las devoluciones.

José Díaz Delgado.

⁴⁹ Para GANDARILLAS, obra citada., la solución más razonable, siendo incorrecta la equiparación entre retroacción y simple ejecución, sería la de aplicar a los supuesto en los que en se pudiera dictar una liquidación en sustitución de la anulada, que se aplicara el mismo límite temporal previsto para los supuestos de retroacción de actuaciones, pero no por equiparación sino vía integración analógica del artículo 4.1 de nuestro Código Civil









