

CASACIÓN 4363/17

*Tribunal Superior de Xustiza de Galicia Sala do contencioso-administrativo
Sección de Casación ; Recurso de Casación 4161/17 .*

Recorrente : Dº [REDACTED] . PROCURADOR D./Dna. CASTRO BUGALLO, LETRADO.- Sr. ESCARIZ COVELO **Recorrido :** CONCELLO DE VIGO LETRADO DE CORPORACIÓN MUNICIPAL

AUTO N° /2017

ILMO. Sr. PRESIDENTE: D. JOSE MARIA GÓMEZ Y DÍAZ-CASTROVERDE **ILMOS. Sres. MAXISTRADOS:** D. FERNANDO FERNANDEZ LEICEAGA-RELATOR. Dº JULIO CIBEIRA-YEBRA PIMENTEL, Dº FERNANDO SEOANE PESQUEIRA e Dª MARIA BLANCA FERNÁNDEZ CONDE

NA CORUÑA , ao 22 de XUÑO de dous mil dezasete.

FEITOS

PRIMEIRO.- A Sección segunda da Sala do contencioso-administrativo do *Tribunal Superior de Xustiza de Galicia* ditou, con data 19.01.2017, sentenza desestimatoria do recurso de apelación interposto por Dº [REDACTED] contra a sentenza do 29 de xullo de 2016 do xulgado do contencioso núm.2 de Vigo que desestimaba o recurso contencioso contra a revogación da licenza de 02.03.1973 de apertura dunha discoteca na c/Felipe Sánchez 152-Baixo..

A sentenza de instancia rexeita que o acordo municipal infrinxa o art. 16 do Regulamento de Servizo das Entidades Locais en relación cos artigos 28 e 29 da Lei 9/2013 de emprendemento e da competitividade de Galicia e do art. 209 da LOUGA 9/2002, rexeita tamén que se infrinxa o art. 46.3 da Lei 9/2013, que sexa desproporcionada a medida e que os incumprimentos non fosen relevantes.

A sala do contencioso, sección 2, na sentenza de 19.01.2017 , rexeita o recurso de apelación ratificando o criterio do xuíz de instancia: existen modificacións substanciais no local (5), concorren as causas de revogación da licenza a) e b) da lei 9/2013, A medida non é desproporcionada dado o número, entidade e carácter substancial das modificacións e non procedía conceder a posibilidade de corrixir as deficiencias xa que estas esixirían obras de adaptación do local. Interpreta a posibilidade establecida no art. 46 Lei 9/2013 excluindo que sexa necesario outorgar a posibilidade de corrección da irregularidade cando se realizaron modificacións substanciais que afectan á seguridade, ao entender que este precepto debe conxugarse co art. 27.

SEGUNDO.- O procurador dos Tribunais, don Castro Bugallo, na representación que acredita, preparou recurso de casación autonómica contra a *sentenza de 19.01.2017,*.

Denuncia, en síntese, (i) a infracción do artigo 46 da Lei 9/2013 e ii) a interpretación que da normativa realiza o Tribunal Supremo.

Sustenta dita denuncia, en que o art. 46.3 da Lei 9/2013 establece que o procedemento de revogación de licenzas poderá ser sobreseído no caso de que se emendase a irregularidade que motivou a apertura do expediente, agás que se apreciase reiteración ou reincidencia no incumprimento, e que: a) non existe reiteración/reincidencia e b) que esta posibilidade de corrección debe aplicarse en todo suposto, mesmo cando se realizaron modificacións substanciais.

Tras xustificar a relevancia das infraccións denunciadas no fallo da sentenza que se pretende recorrer, invoca, para a apreciación do interese casacional obxectivo, a *letra a de o artigo 88.3 LJCA*, alegando que non existe xurisprudencia en aplicación do art. 46.3 Lei 9/2013.

TERCEIRO.- A Sala de instancia tivo por preparado o recurso por auto de 17.03 de 2017, ordenando o emprazamento das partes para a súa comparecencia dentro do prazo de trinta días ante esta Sala, así como a remisión dos autos orixinais e do expediente administrativo.

Acudiuse ante esta Sala como parte recorrida o Concello de Vigo

É Maxistrado Relator o Ilmo. Sr. D. FERNANDO FERNÁNDEZ LEICEAGA

RAZOAMENTOS XURIDICOS

PRIMEIRO.-A resolución xudicial impugnada - sentenza de 19.01.2017 da sección 2ª da sala do contencioso do Tribunal Superior de Xustiza de Galiza- fixa o criterio interpretativo respecto do artigo 46.3 Lei 9/2013: a posibilidade de corrección das irregularidades non é de aplicación cando falamos de modificacións substanciais.

O recorrente -Sr. ██████████- manifesta a súa desconformidade con este pronunciamento por vía do recurso de casación autonómico e fundamenta a concorrencia do interese casacional obxectivo en que non existe xurisprudencia sobre este tema.

SEGUNDO.- Debemos determinar se esta alegación é ou non suficiente para

admitir a trámite o recurso, e a estes efectos é relevante a doutrina que resulta do ATSJ Madrid 170/2017, que, entre outras moitas cousas, recolle: , o obxecto do recurso de casación autonómica aparece configurado polas sentenzas e autos das Salas do contencioso-administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza e as sentenzas ditadas en única instancia polos Xulgados do Contencioso-Administrativo, nos mesmos supostos e cos mesmos requisitos que establecen os artigos 86 e 87 LJCA para o recurso de casación ante o Tribunal Supremo, aínda que limitado a aqueles casos en que o recurso se fundar na infracción de normas emanadas da Comunidade Autónoma.

Cuestión distinta é que a "xurisprudencia" en materia de dereito autonómico sexa formada, como o é, polas Salas do contencioso-administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza e cada unha das súas Seccións, especializadas ou non polas normas de repartición, e as consecuencias que iso depare á hora de apreciar en cada caso concreto a existencia de "interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia", como esixencia inescusable da admisión do recurso de casación .

Así é, a admisión dos recursos de casación autonómica, aparece condicionada, entre outros requisitos, pola esixencia de que presenten interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, o que vai supoñer unha extraordinaria limitación cando do recurso contra sentenzas e autos das Salas do contencioso-administrativo trátase, como veremos a continuación..... como expón con claridade o ATS do 21 de marzo de 2017 (Rec. 308/2016), "o recurso de casación poderá ser admitido a trámite cando, invocada pola parte recorrente unha concreta infracción do ordenamento xurídico, tanto procesual como sustantiva, ou da xurisprudencia, a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Supremo estime que o recurso presenta interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, interese casacional obxectivo que se debe fundamentar con especial referencia ao caso, de maneira que a infracción denunciada sexa determinante da decisión adoptada en relación coas cuestións suscitadas e obxecto de pronunciamiento"

O interese casacional obxectivo é, sen ningunha dúbida, a peza básica do sistema casacional establecido pola reforma que introduciu a Lei Orgánica 7/2015 e constitúe un factor determinante da admisión do recurso, o cal non será examinado nin resolto pola Sala se a mesma non aprecia nel a concorrencia do devandito interese.

Polo que incumbe á este concepto xurídico indeterminado, o artigo 88 LJCA formula dúas listaxes de circunstancias que, de maneira indiciaria, suxiren a posibilidade de que nos preitos en que concorran exista interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, chegando a presumirse a súa presenza nos supostos do apartado 3..... Debe insistirse en que estes diferentes supostos do artigo 88 LJCA non constitúen auténticos «escenarios de interese casacional» cuxa concorrencia determine a admisión automática do recurso, senón tan só supostos de feito aos que o lexislador atribúe, de forma indicativa ou orientativa, un certo grao de probabilidade de que os recursos nos que concorran teñan un interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia. O que significa, obviamente, que poden existir recursos que, a pesar de coincidir con algún dos enunciados nos apartados 2 e 3, carezan de interese casacional pola escasa relevancia do seu obxecto a efectos de formación de xurisprudencia, a xuízo do Tribunal de casación . Desta cualificación ha de exceptuarse, con todo, o suposto regulado na letra b) do apartado 3, que establece unha verdadeira presunción iuris et de iure de existencia de interese casacional obxectivo.

Lémbrese respecto diso que nin sequera as presuncións recollidas no apartado 3 do artigo 88 son absolutas, pois o precepto permite inadmitir (mediante «auto motivado») os recursos inicialmente beneficiados polas contempladas nas súas letras a), d) e e) cando se aprecie

que "o asunto carece manifestamente de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia" (con relación a este inciso do artigo 88.3 LJCA , véxanse os AATS do 6 de marzo de 2017 , Rec. 150/2016, do 10 de abril de 2017 , Rec. 225 e 227/2017 , e do 3 de abril de 2017 , Rec. 411/2017). Así mesmo, no suposto da súa letra c), non concorrerá interese casacional obxectivo cando a disposición de carácter xeral declarada nula pola sentenza recorrida careza de transcendencia suficiente..... Deixando á marxe o exame de cada un de tales supostos de interese casacional obxectivo e a súa necesaria acomodación á natureza e finalidade do recurso de casación autonómico, cumpre deixar sentado que, en xeral, a existencia de "xurisprudencia" sobre a cuestión controvertida leva a ausencia de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, coas únicas excepcións de que fose necesario matizala, precisala ou concretala para realidades xurídicas diferentes ás xa contempladas nesa xurisprudencia (véxanse os AATS do 15 de marzo de 2017 , Rec. 91/2017, do 29 de marzo de 2017 , Rec. 302/2016 , e do 3 de abril de 2017 , Rec. 124/2016), ou debese ser reafirmada ou corrixida por apartarse a resolución recorrida da xurisprudencia existente; excepcións ambas que, en principio, só resultarían apreciables, tratándose do recurso de casación autonómico interposto contra sentenzas da Sala do contencioso-administrativo cando, ante cuestións substancialmente iguais, seguíronse no seu seo, pola mesma ou diferentes Seccións, interpretacións do Ordenamento xurídico autonómico contraditorias entre si, pois só en tal caso faríase necesario un pronunciamento da Sección especial de casación que unificase a xurisprudencia.

En verdade, a primeira das excepcións expresadas, consistente na necesidade de matizar, precisar ou concretar a xurisprudencia existente para realidades xurídicas diferentes ás xa contempladas nesa xurisprudencia, resulta de imposible aplicación ao recurso de casación autonómico, posto que neste recurso a "xurisprudencia" atoparíase fixada precisamente pola sentenza impugnada para unha concreta realidade xurídica que coincidiría, como é natural, coa realidade xurídica que subxace no recurso de casación .

A transcendencia destas afirmacións reside no feito de que, fixado un determinado criterio sobre a interpretación e a aplicación das normas autonómicas pola Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza, ha de concluírse que existe xa "xurisprudencia" formada sobre a cuestión litixiosa e, polo tanto, coa excepción antes expresada, non podería apreciarse interese casacional para formación de xurisprudencia, aínda cando concorresen as circunstancias que conforman os diferentes supostos dos apartados 2 e 3 do artigo 88 LJCA . Iso sen prexuízo da posible invocación de supostos de interese casacional obxectivo non previstos expresamente nese precepto, con amparo no carácter aberto da enumeración que encerra.

A interpretación sistemática dos diferentes supostos de interese casacional obxectivo, enunciados no artigo 88, xunto á propia significación dese concepto xurídico indeterminado, por unha banda, e o feito innegable de que a "xurisprudencia" sobre Dereito autonómico fórmase polas sentenzas ditadas polas Salas do contencioso-administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza, doutra banda, conducen á conclusión de que na medida que sobre a cuestión litixiosa exista un criterio xurisprudencial establecido pola propia Sala ou calquera das súas Seccións, en principio, o recurso de casación non terá sentido desde a perspectiva do interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, xustamente, porque a "xurisprudencia" xa estaría formada.

Por conseguinte, a salvo da existencia de supostos de interese casacional obxectivo non expresamente previstos no artigo 88 LJCA e do xuízo que mereza en cada caso o suposto de presunción de interese casacional da letra c) do artigo 88.3 LJCA , unicamente cabería admitir a existencia de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia no recurso de casación autonómica fronte a sentenzas das Salas do contencioso-administrativo dos Tribunais Superiores de Xustiza cando (i) observácese contradición entre o criterio sostido pola sentenza impugnada, en interpretación de normas de Dereito autonómico en que se fundamenta o fallo, e o seguido por outra ou outras sentenzas da mesma Sala sobre cuestións substancialmente iguais

aplicación do Dereito autonómico refírese- na medida en que existe un plus de motivación a quen se aparte do criterio sentado polo Pleno. Se a diverxencia prodúcese no seo dunha mesma Sección, ao tratarse dun mesmo órgano xurisdiccional, o mecanismo para depurar unha posible desigualdade na interpretación da lei, é o recurso de amparo.

En todo caso, a casación ordinaria é un recurso que, na lexislación orgánica xudicial, non está previsto para revisar sentenzas ditadas pola mesma Sala ou Tribunal.

4) A casación autonómica contra as sentenzas das Salas dos TSJ non cumpre a finalidade esencial do recurso (v.gr. formar xurisprudencia), pois a xurisprudencia sobre o dereito autonómico xa está formada polas resolucións ditadas polas Salas territoriais e Seccións especializadas. Desde esta perspectiva, é indubidable a falta de idoneidade dun sistema de formación de xurisprudencia que pivote sobre unha Sección de casación (non especializada e de composición variable) que se pronuncie con carácter prevalente sobre a xurisprudencia xa formada polas Seccións da mesma Sala que por repartición coñecen da materia..... esta interpretación excluínte da recurribilidade en casación autonómica das sentenzas ditadas polas Salas dos TSJ é axustada ao espírito e finalidade da configuración do novo recurso de casación como instrumento uniformador da interpretación do dereito a través do interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia.

Lembremos que a Sección de casación autonómica do art. 86.3 LJCA non ostenta o monopolio para formar xurisprudencia, nin ten prevalencia para rectificar a xurisprudencia existente emanada da mesma Sala dos TSJ e por iso non pode cumprir o mandato do art. 93.3 LJCA, isto é, fixar a interpretación daquelas normas autonómicas obxecto do debate casacional cando se trata de revisar xurisprudencia emanada da mesma Sala do contencioso-administrativo. De igual maneira que tampouco a ten o T.S., a Sección especializada do mesmo por razón da materia, para coñecer en casación ordinaria das sentenzas por ela mesma ditadas.

TERCEIRO.- Aplicamos estes criterios ao caso de autos e - adiantamos- a conclusión é que o suposto suscitado polo Sr. ██████████ carece de interese casacional obxectivo.

Como sinala o ATS do 1 de febreiro de 2017 (Recurso de queixa 98/2016) non é posible obviar que a reforma da regulación do recurso de casación contencioso-administrativo, efectuada pola Lei Orgánica 7/2015, do 21 de xullo, supón un cambio trascendente ao pivotar agora o sistema sobre a existencia dun interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia. Nesta nova lóxica casacional, o escrito de preparación do recurso de casación ante o órgano xudicial de instancia adquire un papel esencial ou decisivo como anuncio das infraccións que se desenvolverán no escrito de interposición do mesmo e a xustificación ou argumentación da concorrencia dese interese casacional obxectivo.

O recorrente límitase a manifestar a súa discrepancia co criterio sustentado pola Sección 2ª do Contencioso Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia respecto de como debe interpretarse o artigo 46.3 Lei 9/2013; sendo a indicada sección a competente para fixar xurisprudencia sobre a normativa autonómica urbanística non se expón que exista contradición con outras sentenzas da mesma ou outra sección da Sala, nin tampouco se observa a

- *incardinable no suposto do apartado a) de artigo 88.2 LJCA -, excepción feita daqueles supostos en que iso se deba a un lexítimo e razoado cambio de criterio da mesma Sección ou Tribunal (véxanse as SSTs do 24 de maio de 2012, rcd 99/2010, e do 13 de xaneiro de 2014, rcd 867/2013); e (ii) a resolución recorrida apartácese deliberadamente da "xurisprudencia" sobre Dereito autonómico existente ata entón -subsumible no apartado b) do artigo 88.3 LJCA - coa única excepción de que o apartamento fose respecto do criterio sostido con anterioridade pola mesma Sección.*

En verdade, este segundo suposto leva a existencia interpretacións contraditorias do ordenamento xurídico autonómico sobre cuestións substancialmente iguais, sendo por iso reconducible ao primeiro dos supostos enunciados.

En ambos os casos faríase necesario un pronunciamento da Sección especial de casación autonómica que establecese un criterio claro e seguro sobre a cuestión, resolvendo as contradicións doctrinais existentes entre a sentenza recorrida e aquela ou aquelas outras da mesma Sala alegadas como sentenzas de contrate; serve así o recurso de casación autonómica ao principio de seguridade xurídica e, pola súa intermediación, ao de igualdade na aplicación da lei (artigos 9.3 e 14 da Constitución Española).

Nos restantes supostos dos apartados 2 e 3 do artigo 88 LJCA non cabería apreciar a presenza de interese casacional para a formación de "xurisprudencia" sobre Dereito autonómico, posto que a existencia desta, representada pola doutrina recollida na propia sentenza que se pretende recorrer, faría innecesario un novo pronunciamento da Sala sobre o particular. O recurso de casación autonómica non se articula para que o Tribunal de casación -a Sección especial da Sala do contencioso-administrativo dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 88.3 LJCA - someta a revisión a "xurisprudencia" sentada pola propia Sala, senón para cumprir a función de formación de xurisprudencia, só posible cando resulta contraditoria.

No mesmo sentido o ATSJ Cataluña de 10.05.2017: A admisión dunha casación autonómica contra as Sentenzas das Salas dos TSJ é contraditoria coa vixente regulación procesual do recurso de casación. A casación introducida pola O 7/2015 ante o Tribunal Supremo responde á lóxica de dúas Seccións: unha de admisión (non especializada), que se limita a examinar se concorren os requisitos de admisión, e outra de resolución (especializada) que é a que forma xurisprudencia.

Unha eventual aceptación dunha casación autonómica contra sentenzas ditadas pola mesma Sala sería antinómica con este deseño casacional, pois a Sección que dita a resolución que se recorre (xeralmente especializada), vería revisada a súa interpretación pola Sección de casación do art. 86.3 LJCA (non especializada e rotatoria), ao ter esta competencia tanto para admitir como para resolver.

Nesta hipótese produciríase ademais outra incoherencia co sistema introducido no art. 264 LOPJ, tras a redacción da tan citada O 7/2015, posto que o apartado 2 do citado precepto, expresamente esixe que formen parte do Pleno xurisdiccional para unificación de criterios "todos os Maxistrados da Sala correspondente que por repartición coñezan da materia na que a discrepancia se houberse posto de manifesto", que son precisamente os que xeralmente non forman parte da Sección de casación ex art. 86.3 LJCA por ditar a sentenza que é obxecto de recurso.

O Pleno xurisdiccional, que articula a nova regulación é un mecanismo respectuoso coa independencia xudicial das diversas Seccións que manteñan criterios diverxentes, pero á súa vez é o mecanismo adecuado para favorecer a unificación de criterios e, en consecuencia, o respecto á igualdade na aplicación da lei e ao principio de seguridade xurídica -no que á interpretación e

necesidade de facer precisión ou matización algunha en atención a novas realidades xurídicas (xurisprudencia doutros Tribunais en supostos facticos e xurídicos semellantes).

Por tanto, a existencia de "xurisprudencia" desta Sala sobre a cuestión controvertida, representada pola propia sentenza que se pretende recorrer, fai innecesario un novo pronunciamento da Sala sobre o particular.

Verbo do 2º motivo. A alegación de apartamento da sentenza impugnada da xurisprudencia do Tribunal Supremo - que non se identifica no recurso- para xustificar a concorrencia de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia non pode ser acollida.

O pronunciamento casacional acerca das infraccións da xurisprudencia do Tribunal Supremo pola sentenza impugnada, anunciadas no escrito de preparación do recurso, queda extramuros da casación autonómica, limitada a formación de xurisprudencia sobre o ordenamento xurídico autonómico.

Por iso, resulta inútil a alegación de infracción de xurisprudencia do Tribunal Supremo para xustificar a presenza de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia no seo deste recurso de casación.

Por todo o expresado, o recurso debe ser inadmitido por incumprirse as esixencias do artigo 89.2.f) e por carencia de interese casacional obxectivo para a formación de xurisprudencia, de conformidade co disposto no artigo 90.4, apartados b) e d), LJCA .

CUARTO.- En canto ás costas, aínda que o artigo 90.8 LJCA establece que a inadmisión a trámite do recurso de casación comportará a imposición das custas á parte recorrente, devandito precepto complementado co disposto no artigo 139.2 LJCA, leva a este órgano xurisdiccional a considerar procedente non efectuar imposición de custas en atención ás dúbidas interpretativas que a nova regulación do recurso de casación expón, e que se resolven na presente resolución. .

Polo exposto,

A Sección Especial de Casación Autonómica acorda:

Declarar a NON admisión do recurso de casación nº 4161/2017, preparado pola representación procesual de Dº [REDACTED] contra a *sentenza do 19 de XANEIRO de 2017, ditada pola Sección Segunda desta Sala* no RECURSO DE APELACION núm. 4485/2016, sen imposición de custas á parte recorrente nos termos sinalados no último

fundamento xurídico da presente resolución.

Notifíquesele este auto ás partes e comuníquese esta decisión á Sección Segunda desta Sala.

Contra o presente Auto non cabe recurso algún, conforme se establece no *art. 90.5 da LJCA*.

Acórdano, mandan e asinan os Ilmos/as. Sres/as. anotados no encabezamento da presente resolución. Dou fe.
