

Auto de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 1 de Marzo de 2017 (rec.88/2016)

Encabezamiento

AUTO

En la Villa de Madrid, a 1 de marzo de 2017

HECHOS

PRIMERO .- **1.** El procurador don Gabriel de Diego Quevedo, en representación de don Germán, presentó el 2 de noviembre de 2016 escrito preparando recurso de casación contra la *sentencia dictada el 19 de septiembre anterior por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 387/2015* .

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como normas infringidas los *artículos 33.1 y 67.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio* , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE de 14 de julio) [«LJCA»]; el *artículo 218 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* (BOE de 8 de enero), [«LEC»] y los *artículos 9.3 , 24 y 120.3 de la Constitución Española* (BOE de 29 de diciembre de 1978) [«CE»].

3. Razona que la infracción de las anteriores normas constitucionales y legales se produjo con motivo de la sentencia, por lo que no ha dispuesto de trámite procesal adecuado para solicitar la subsanación.

4. Denuncia que la incongruencia omisiva que imputa a la sentencia ha sido determinante del fallo.

5. Considera que concurre interés casacional objetivo por la ausencia de jurisprudencia específica sobre la cuestión planteada [*artículo 88.3.a) LJCA*]. Precisa que este recurso suscita la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada, al obviar pronunciarse sobre el principal fundamento jurídico de la demanda, a saber, la petición de una declaración expresa de nulidad de pleno Derecho de la liquidación practicada al deudor principal, origen de la deuda y de la sanción tributarias cuya responsabilidad en el pago le han sido ulteriormente derivadas. En concreto, planteó ante la Sala de instancia la improcedencia de gravar, con motivo de la liquidación del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2002, al tipo del 35 por 100 previsto en aquel periodo la totalidad de la plusvalía latente puesta de manifiesto con ocasión de la fusión societaria operada, toda vez que ese gravamen íntegro no se cohonestaba con el hecho de que la plusvalía se había generado en parte durante periodos impositivos en los que la sociedad no estaba sujeta a gravamen por el concepto de sociedades. Sobre esta precisa cuestión - expone- aún no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Supremo.

SEGUNDO .- La Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la *Audiencia Nacional tuvo por preparado el recurso de casación en auto de 10 de noviembre de 2016* , emplazando al recurrente, que ha comparecido ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo el 22 de diciembre de 2016, dentro del plazo señalado en el *artículo 89.5 LJCA* .

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Joaquin Huelin Martinez de Velasco,
Magistrado de la Sección

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Del contenido de la sentencia contra la que se dirige este recurso de casación se obtienen los siguientes hechos:

1º) Don Germán fue declarado responsable solidario, con fundamento en el artículo 42.1.a) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre) [«LGT»], en el pago de las deudas de la compañía RJA, S.A., por el impuesto sobre sociedades del ejercicio 2002, y de las correspondientes sanciones. También lo fue, al menos, un hermano suyo.

2º) Una vez agotada la vía administrativa, interpuso recurso contencioso-administrativo en el que, entre otros motivos de impugnación, adujo que la liquidación girada a la sociedad (y, por lo tanto, también la sanción) era nula de pleno Derecho, dado que «la Administración tributaria debería haber excluido de gravamen toda la parte de la plusvalía atribuida a la sociedad transparente RJA SA que se hubiera generado linealmente entre la fecha de adquisición de los activos (1987) y el ejercicio 1997 en que por primera vez las sociedades transparentes quedaron plenamente sometidas al impuesto de sociedades».

3º) El recurso contencioso-administrativo fue desestimado en la sentencia contra la que se dirige este recurso de casación. Dicho pronunciamiento judicial, después de describir el objeto del recurso (FJ 1º) y las pretensiones de las partes, hace lo propio con los motivos de impugnación (FJ 2º), reproduciendo a continuación (FJ 3º) el séptimo fundamento de la *sentencia dictada por la propia Sala de instancia el 15 de febrero de 2016 en el recurso contencioso-administrativo 62/2015*, interpuesto por un hermano del aquí recurrente contra el acuerdo por el que se le declaró responsable solidario en el pago de las mismas deuda y sanción tributarias. En dicha sentencia la Audiencia Nacional daba respuesta al argumento de si RJA, S.A., tenía derecho en el ejercicio 2002 a acogerse al régimen especial regulado en el capítulo VIII del título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades (BOE de 28 de diciembre). Cuestión sobre la que la sentencia recurrida se extiende en el siguiente fundamento (FJ 4º), analizando a continuación la procedencia de la sanción impuesta a la compañía (FJ 4º, también numerado así en la sentencia). Finalmente, enjuicia el acto de derivación de responsabilidad al recurrente y se pronuncia sobre las costas (FJ 5º).

SEGUNDO.- La única denuncia que contiene el escrito de preparación del recurso de casación consiste en que la Sala de instancia no dio respuesta al motivo de impugnación que ha quedado expuesto en el punto 2º) del anterior fundamento jurídico de esta resolución.

Tal silencio constituye -como decimos- la exclusiva razón esgrimida por el recurrente para impugnar la sentencia, denunciando la infracción de los preceptos constitucionales y legales que exigen a las resoluciones judiciales ser coherentes y congruentes y que repudian, en particular, la conocida como incongruencia *ex silentio*, por defecto u omisiva.

Por lo tanto, la pretensión en casación se articula única y exclusivamente sobre la base de la concurrencia de una infracción de las normas relativas a los actos (entre

los que se encuentra la sentencia) y las garantías procesales, que habría generado indefensión al recurrente.

Temiendo en cuenta que, en tales situaciones, la parte recurrente resulta obligada, de conformidad con el *artículo 89.2.c) LJCA*, a acreditar que interesó la subsanación de la falta o trasgresión en la instancia, de haber dispuesto de momento procesal oportuno para ese menester, cabe legítimamente preguntarse si ese "momento procesal oportuno" existía ante una incongruencia por omisión de la sentencia que se pretende recurrir en casación.

TERCERO .- 1. El *artículo 267 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* (BOE de 2 de julio) [«LOPJ»], una vez afirmado que los tribunales no pueden variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas, salvo para aclarar conceptos oscuros y rectificar errores materiales (apartados 1 a 4), dispone en el apartado 5 que, cuando las sentencias y autos omitan «manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, el tribunal, a solicitud escrita de parte en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de la resolución, previo traslado de dicha solicitud a las demás partes, para alegaciones escritas por otros cinco días, dictará auto por el que resolverá completar la resolución con el pronunciamiento omitido o no haber lugar a completarla». El apartado 6 añade que «[s]i el tribunal advirtiese en las sentencia y autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado». Esta disciplina se reitera en el *artículo 215 LEC*, apartados 2 y 3, de aplicación supletoria al orden jurisdiccional contencioso-administrativo (*disposición final 1ª LJCA* y *artículo 4 LEC*).

2. Rectamente entendidas las anteriores normas permiten concluir que el legislador ha previsto un trámite específico para subsanar la incongruencia *ex silentio*, esto es, aquellas taras consistentes en dejar imprejuzada una pretensión o sin respuesta los argumentos centrales que la sustentan. La interpretación de los *artículos 267.5 LOPJ* y *215.2 LEC*, en relación con los *artículos 31* y *33.1 LJCA*, autoriza a entender que, tratándose del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, los dos primeros contemplan tanto la falta de respuesta a una pretensión (bien la anulación o declaración de nulidad del acto o de la disposición impugnada -o su confirmación-, bien el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o la adopción de medidas adecuadas para su restablecimiento) como a los motivos que la fundamentan, siempre que la omisión sea manifiesta.

3. Por lo tanto, conforme a lo dispuesto en el *artículo 89.2.c) LJCA*, cuando, como ocurre en este caso, el recurrente se queje en casación de la incongruencia omisiva de la sentencia que combate, haciendo pivotar sobre tal silencio jurisdiccional su pretensión ante el Tribunal Supremo, resulta legítimo exigirle que antes acredite, como presupuesto de procedibilidad, haber instado sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los *artículos 267.5 LOPJ* y *215.2 LEC*.

4. Ciertamente, bajo la disciplina del recurso de casación contencioso-administrativo anterior a la reforma operada por la *disposición final 3ª de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio* (BOE de 22 de julio), y en el marco del motivo de casación previsto en el antiguo *artículo 88.1.c) LJCA*, este Tribunal Supremo no ha exigido que, con arreglo al apartado 2 del mismo precepto, para abordar el análisis de la incongruencia omisiva que pudiera aquejar a la sentencia impugnada con carácter

previo se hubiera intentado la subsanación del defecto por aquel cauce. Pero nada impide que, situados bajo la nueva regulación del recurso de casación, esta Sala considere que antes de interponerlo denunciando la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada el recurrente ha de intentar la reparación del defecto promoviendo el incidente contemplado en los *artículos 267.5 LOPJ* y *215.2 LEC*. Las razones son las siguientes:

4.1. El incidente en cuestión ha sido diseñado por el legislador para, mediante un trámite contradictorio instado por quien se considere perjudicado por el silencio y con audiencia de todos los intervinientes, integrar las sentencias que no hayan dado respuesta a una pretensión o a uno de los motivos que la sustenten. Va de suyo que, con arreglo a los términos del precepto, esa integración puede traer como consecuencia cualquier cambio en su contenido, incluido el sentido en el fallo. No puede entenderse de otra manera si se tiene en cuenta que la norma ordena, en su caso, completar la resolución con el pronunciamiento omitido. No sería lógico permitir que se abra un trámite para obtener respuesta sobre aquello a lo que no se contestó, que luego carece de incidencia en la situación jurídica de quien insta el complemento. Los *artículos 267.6 LOPJ* y *215.3 LEC* corroboran esta interpretación cuando expresamente indican que si la integración o complemento se lleva a cabo de plano y de oficio, el resultado no puede modificar ni rectificar lo que ya hubiere sido acordado, de donde se colige que sí cabría hacerlo si la integración o complemento se realiza a instancia de parte.

4.2. Exigir, con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 89.2.c) LJCA*, a los recurrentes en casación que denuncien incongruencias omisivas que, antes de instar el recurso, pidan por el trámite de los indicados preceptos que se subsane la falta no supone añadir un obstáculo formal más, desproporcionado, para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos. Muy al contrario, redundaría en una mayor y efectiva protección de los mismos, porque se les brinda la oportunidad de que la Sala autora de la sentencia "incompleta" la integre si realmente se ha producido el incongruente silencio en relación con una pretensión o una causa de pedir, sin necesidad de afrontar los costes económicos y temporales inherentes a un recurso de casación.

4.3. Aún más, se le ahorra un recorrido procesal que puede resultar desalentador y tortuoso. Desalentador ante las dificultades que plantea la apreciación de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia cuando se denuncie, como acontece en este caso, la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con infracción del *artículo 24 CE* y de aquellos otros preceptos que exigen a las sentencias y demás resoluciones judiciales ser coherentes con las pretensiones de las partes. La noción de incongruencia omisiva y los referidos preceptos han sido objeto de una abundante y reiterada jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, por lo que difícilmente se harán necesarios nuevos pronunciamientos de esta Sala, salvo en aquellos supuestos en los que la omisión se refiera precisamente a una pretensión de fondo que presente dicho interés objetivo para la formación de la jurisprudencia y se invoquen como infringidos, por su inaplicación, los preceptos que la disciplinan.

4.4. Tortuoso porque, estando desde el planteamiento del recurrente, implicado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, para que se le abran las puertas del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional y entender agotada la vía judicial previa, se verá obligado a promover el recurso de casación y un posterior incidente de nulidad de actuaciones al amparo del *artículo 241 LOPJ*, que puede ser evitado en los casos manifiestos por el propio órgano judicial autor de la resolución que

se reputa incongruente, remediando la omisión a través del incidente previsto en los *artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC* .

4.5. Por todo ello, esta Sala estima que exigir, con arreglo a la previsión contenida en el *artículo 89.2.c) LJCA* , que frente a situaciones de incongruencia omisiva los recurrentes en casación antes de promover el recurso intenten la subsanación de la falta por el trámite de los *artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC* , refuerza los derechos procesales de los litigantes y redundante en una mayor agilidad y eficacia del trámite procesal de admisión de los recursos de casación preparados.

5. La Sala Primera de este Tribunal Supremo, en el marco del recurso extraordinario por infracción procesal e interpretando los *artículos 469.2 , 214 y 215 LEC* , considera que «[n]o será motivo de infracción procesal cualquier defecto que haya podido subsanarse en la instancia o instancias oportunas mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia». Más en particular, sostiene que no cabe alegar «[l]a incongruencia como motivo de infracción procesal» denunciando «errores que pudieron subsanarse mediante la aclaración, corrección o complemento de la sentencia» [Acuerdo sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, apartado I.1, página 3. Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017]. Dicha Sala venía aplicando este criterio con anterioridad [*vid*, entre otros, los *autos de 12 de enero de 2010 (recurso 1715/2008, FJ 2º; ES:TS:2010:83A)* y *22 de marzo de 2011 (recurso 688/2010, FJ 3º; ES:TS:2011:2974A)*].

CUARTO .- 1. En el presente supuesto, el recurrente no ha instado la subsanación de la incongruencia que denuncia mediante el incidente que habilitan los *artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC* . Consecuentemente, ha incumplido con la carga que incorpora el *artículo 89.2.c) LJCA* , por lo que no cabe tener por bien preparado el recurso de casación, disponiendo, como disponía, de momento procesal idóneo para intentar la subsanación de la tacha que atribuye a la sentencia que intenta recurrir.

2. De tal incumplimiento no puede derivar la inadmisión sin más del presente recurso, porque, atendiendo a la consolidada praxis de esta Sala en relación con situaciones iguales bajo la vigencia del régimen casacional sustituido por la reforma operada en el año 2015, no cabía exigir al recurrente que promoviera el incidente regulado en los *artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC* . Sería pues desproporcionado hacer recaer sobre él, con un desenlace de inadmisión, las consecuencias anudadas a la no utilización del cauce de subsanación referido.

3. Por todo ello, debemos inadmitir este recurso de casación, tal y como ha sido preparado, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento en que se notificó a la parte aquí recurrente la sentencia de instancia, para que, conforme a lo previsto en los *artículo 267.5 LOPJ y 215.2 LEC* , pueda presentar, si así lo estima oportuno, escrito interesando su complemento, dando la oportunidad a la Sala de instancia de, si procede, ofrecer una respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas, que se dicen no contestadas, de manera que así quede satisfecha la exigencia prevista en el *artículo 89.2.c) LJCA* .

QUINTO .- Dadas las circunstancias examinadas, esta Sección considera procedente no hacer un expreso pronunciamiento sobre las costas.

La Sección de Admisión acuerda:

LA SALA ACUERDA:

1º) Inadmitir el recurso de casación RCA/88/2016, tal y como ha sido preparado por el procurador don Gabriel de Diego Quevedo, en representación de don Germán, contra la *sentencia dictada el 19 de septiembre anterior por la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 387/2015* .

2º) Retrotraer las actuaciones al momento en que se notificó a la parte recurrente la citada sentencia para que, si lo estima oportuno, inste el incidente previsto en los *artículos 267.5 de Ley Orgánica del Poder Judicial y 215.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

3º) No hacer un expreso pronunciamiento sobre las costas causadas.

Así lo acuerdan y firman. Luis Maria Diez-Picazo Gimenez Manuel Vicente Garzon Herrero Segundo Menendez Perez Octavio Juan Herrero Pina Eduardo Calvo Rojas Joaquin Huelin Martinez de Velasco Diego Cordoba Castroverde Jose Juan Suay Rincon Jesus Cudero Blas