



Dirección:
Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:
Francisco Pleite Guadamillas



PUBLICACIONES AJFV
SERIE:
BOLETINES JURÍDICOS

ISSN: 2605-2776

www.ajfv.es

Síguenos en:



BOLETÍN DIGITAL CONTENCIOSO

NÚMERO 29 . NOVIEMBRE 2018

01

La imposibilidad de innovar las cuestiones contenidas en la demanda a la hora de formular el escrito de conclusiones.

José Javier Oliván del Cacho
Magistrado

02

Antecedentes penales y la autorización de residencia temporal por arraigo familiar.

Francisco Pleite Guadamillas
Magistrado.

01

L LA IMPOSIBILIDAD DE INNOVAR LAS CUESTIONES CONTENIDAS EN LA DEMANDA A LA HORA DE FORMULAR EL ESCRITO DE CONCLUSIONES.

(A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2018, rec. 2841/2017, Ponente: Excmo. Sr. D. César Tolosa Tribiño).

José Javier Oliván del Cacho

Magistrado

RESUMEN: *La nueva regulación del recurso de casación en la Jurisdicción contencioso-administrativa –y la consiguiente labor de la Sala III del Tribunal Supremo en este terreno- están proporcionando doctrina jurisprudencial –ese era el objetivo de la reforma del recurso de casación- respecto a muy diversa legislación sectorial, lo que debe ser saludado favorablemente, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (art. 9. 3 de nuestro texto constitucional). Sin embargo, la “materia casacional” (si se nos permite la expresión) no se reduce exclusivamente a lo que podríamos llamar como legislación sustantiva, sino que también afecta a la legislación estrictamente procesal y, en concreto, a la interpretación de algunas previsiones de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo que sigue, Ley Jurisdiccional).*

VOCES: recurso casación, materia casacional, jurisprudencia, Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

I.- Planteamiento.

La nueva regulación del recurso de casación en la Jurisdicción contencioso-administrativa –y la consiguiente labor de la Sala III del Tribunal Supremo en este terreno- están proporcionando doctrina jurisprudencial –ese era el objetivo de la reforma del recurso de casación- respecto a muy diversa legislación sectorial, lo que debe ser saludado favorablemente, de acuerdo con el principio de seguridad jurídica (art. 9. 3 de nuestro texto constitucional). Sin embargo, la “materia casacional” (si se nos permite la expresión) no se reduce exclusivamente a lo que podríamos llamar como legislación sustantiva, sino que también afecta a la legislación estrictamente procesal y, en concreto, a la interpretación de algunas previsiones de la Ley

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en lo que sigue, Ley Jurisdiccional).

En efecto, la Sentencia que ahora se comenta, de fecha 27 de septiembre de 2018, presenta una importancia esencialmente procesal, ya que ha tenido que determinar el sentido del art. 65 de la Ley Jurisdiccional, cuando, en su apartado primero, prohíbe, tanto en los escritos de conclusiones como en la vista, el planteamiento de cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación¹.

Con el objetivo de exponer la posición del Alto Tribunal, se comentará a continuación el *iter* procesal que dio lugar a la Sentencia del Tribunal Supremo, para después abordar su contenido doctrinal y, por ende, las enseñanzas que se pueden derivar de este pronunciamiento.

II.- La Sentencia de instancia y el recurso de casación.

La Sentencia objeto de comentario trae causa del recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de fecha 17 de octubre de 2016.

En la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto frente al acuerdo de aprobación de la adaptación del Plan General de Ordenación de Las Palmas de Gran Canaria. El fundamento de la impugnación desarrollado en la Demanda se basó en la concurrencia de desviación de poder. Sin embargo, en el escrito de conclusiones, se innovaron los motivos de impugnación en relación con la ausencia de la debida motivación y justificación del acuerdo impugnado.

¹ No puede minusvalorarse la importancia del escrito de conclusiones en el proceso contencioso-administrativo, puesto que, como dice el profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (*La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, IUSTEL, Madrid, 2010, p. 657), la complejidad de muchas controversias jurídico-administrativas hace recomendable este trámite.

En este sentido, en la Sentencia de instancia, transcrita por el mismo Tribunal Supremo, puede leerse lo que sigue:

“Dado que la demanda del presente procedimiento basa la nulidad del Plan General de 2012 en la existencia de desviación de poder determinante de la nulidad de tal vicio del Plan General de 2.000, desde la perspectiva o consideración de la parte actora de que dicha desviación de poder, determinante de la nulidad del P.G. de 2.000, se extendió al P.G. impugnado de 2012, procede concluir desestimando el recurso en los términos en que viene planteado, ya que no concurrió la desviación de poder referida en el P.G. de 2.000, por lo antes argumentado, y así lo declaró la mencionada S.T.S. de 2.014.

Después de la notificación a la aquí recurrente de la citada S.T.S. de 14 de marzo de 2014, en el recurso de casación 2583/2012 (P.O. 2688/03) antes analizada, en el presente procedimiento P.O. 48/2013, la parte actora presentó escrito de conclusiones, en el que introdujo una pretensión de nulidad fundada en otro motivo de nulidad distinto y que no había sido deducido en la demanda, consistente el nuevo motivo de nulidad en la nulidad por falta de motivación y justificación, después de que la citada S.T.S. de 2014 hubiese declarado la no concurrencia o no existencia de desviación de poder en el P.G. de 2000, cuya existencia integra el motivo de nulidad esgrimido en la demanda, y la pretensión deducida en la misma.

(...)

Pues bien, en el caso de autos, la introducción en el escrito de conclusiones de la parte actora, de un nuevo motivo de nulidad, a saber, por falta de motivación, no tiene el mencionado carácter sobrevenido pues la actora pudo haberlo incluido en la demanda, por lo que no cabe introducirlo en su escrito de conclusiones, debiendo ser inadmitido en este momento procesal, en aplicación del art. 65 L.J.C.A y de la doctrina jurisprudencial en la materia, que tiene declarado que en el escrito de conclusiones no cabe alegar motivos de nulidad no deducidos en la

demanda, ni formular nuevas pretensiones, a la luz de los principios de contradicción y de proscripción de la indefensión (...)”.

Nótese, por tanto, que la Sala de Las Palmas de Gran Canaria rechaza entrar a valorar un motivo presente en las conclusiones (la falta de motivación), pero no recogido en la Demanda, que se había basado en la concurrencia de una situación de desviación de poder. Con ello, el Tribunal Superior de Justicia acoge las consideraciones de los escritos de conclusiones de la Administración demandada y de la entidad codemandada que habían criticado el planteamiento de la actora, al apartarse de lo consignado en la Demanda.

Frente a la Sentencia de la Sala territorial, la parte recurrente y vencida en la instancia presentó un recurso de casación en el que se denunciaba la infracción del art. 65 de la Ley Jurisdiccional, para lo cual, en primer lugar, se negaba que se hubiera introducido una nueva “pretensión de nulidad”. De modo subsidiario, se añadía que tampoco sería cierto que el escrito de conclusiones estuviera fundado en otro motivo de nulidad distinto que no hubiera sido alegado en la Demanda, “pues la falta de motivación del PGOU de 2012 no es más que un argumento jurídico adicional en refuerzo de único motivo de impugnación de nuestra demanda, consistente en la nulidad de pleno derecho de dicho instrumento de planeamiento por la arbitrariedad de sus determinaciones”.

El planteamiento del recurso de casación llevó a la Sala de admisiones del Tribunal Supremo, en virtud de Auto de 28 de abril de 2017, a su admisión; resolución del Alto Tribunal que vino a concretar el interés casacional del siguiente modo:

“2.- Precisar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si, introducir una nueva causa de nulidad en el escrito de conclusiones, distinta de la alegada en la demanda como soporte fundamentador de la pretensión de nulidad, es un argumento jurídico nuevo, como plantea la recurrente, o, por el contrario y como sostiene la sentencia, es un nuevo

motivo, y, aun cuando se entendiera que se trata de un nuevo motivo, si puede ser rechazado por la sentencia (sin necesidad de hacer uso de la facultad otorgada por el art. 33. 2 LJCA), una vez que la demandada y codemandadas contestaron –en sus respectivos escritos de conclusiones– a ese nuevo ‘argumento jurídico’ o ‘motivo’ de pretensión de nulidad”.

En consecuencia, para el Alto Tribunal, la cuestión a determinar pasaba por resolver si el hecho de incorporar, en el escrito de conclusiones, una nueva casusa de nulidad representa un simple argumento nuevo o si, como asume la Sentencia recurrida, es un nuevo motivo de impugnación, lo que, en su caso, estaría vedado. Complementariamente, el Tribunal Supremo entiende que, también, debe verificar, si en caso de estar ante un motivo nuevo, sería procedente su valoración y enjuiciamiento, cuando los demandados han replicado, en cuanto al fondo, a ese motivo novedoso.

III.- La decisión del Tribunal Supremo.

En la fundamentación estrictamente jurídica de la Sentencia comentada, se parte de varios pronunciamientos judiciales del mismo Alto Tribunal, en los que, en línea con lo previsto en el art. 65 de la Ley Jurisdiccional, se veta la introducción de “cuestiones nuevas” en los escritos de conclusiones. Entre otros precedentes, se cita la Sentencia de 29 de noviembre de 2011, en la que se manifiesta que “es en los escritos de demanda y contestación donde deben consignarse con la debida separación los hechos, los fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan o no sido planteados ante la Administración (artículo 56 de la Ley de esta Jurisdicción), sin que en el escrito de conclusiones puedan plantearse cuestiones que no hayan sido suscitadas en los escritos de demanda y contestación (artículo 65. 1 de la Ley de esta Jurisdicción)”.

Expuesta la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta controversia en términos generales, en la decisión judicial anotada se descende ya al problema objeto de discusión, al señalar que procede resolver si la alegación de falta de motivación en el escrito de conclusiones constituye una cuestión nueva o simplemente un nuevo argumento. Y a este respecto se ofrece una respuesta negativa, ya que se trataría de dos vicios diferentes, al no poder confundirse la “desviación de poder” con la “falta de motivación”. Así, se explica que:

“La desviación de poder es ‘el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico’ (art. 70. 2 de la Ley de la Jurisdicción). La motivación es la exteriorización de las razones que justifican las determinaciones del planeamiento, es decir, ‘la exteriorización de las razones que justifican el modelo territorial elegido y, por consecuencia, las determinaciones del planeamiento’.”

Y, más adelante, se añade:

“En conclusión, no es lo mismo plantearse si el PGOU 2012 contenía en su Memoria y en el reto de la documentación razones que justificaran la ordenación del Canódromo, que plantearse si la nueva ordenación, aún motivada y justificada, se había introducido para alcanzar un fin distinto del establecido por el ordenamiento jurídico”.

A continuación, la Sala III aborda el fundamento de la prohibición del art. 65 de la Ley Jurisdiccional, que se vincularía con la preservación de los principios de contradicción y de prueba, que se verían negativamente afectados si se posibilitara la introducción de cuestiones nuevas².

Y es, precisamente, este fundamento de mantenimiento de los principios de contradicción lo que permite resolver la cuestión

² En este sentido, se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2003 (recurso de casación 1.700/2001) cuando prescribe que: “La ratio legis no es otra que preservar los principios fundamentales de contradicción (auditor ex altera pars) y de prueba (da mihi Factum, dabo tibi ius), los que se conculcarían de permitir al demandante introducir en su escrito de conclusiones cuestiones nuevas, que deberían haber sido objeto del debate procesal y consiguientemente de prueba”.

complementaria fijada en el Auto de admisión del recurso de casación, es decir, si el hecho de que los demandados hayan argumentado en relación con la cuestión nueva en sus escritos de conclusiones obliga a que el Tribunal entre a valorar este asunto innovado por la actora. En este sentido, la respuesta es nuevamente negativa; máxime, cuando la Administración y la codemandada entraron a evaluar la nueva cuestión con carácter supletorio de su inadmisión por violación del art. 65 de la Ley procesal administrativa.

Finalmente, tampoco la invocación al art. 33.2 de la Ley Jurisdiccional lleva a buen puerto al recurso de casación, puesto que dicho precepto lo que, en verdad, establece es la prohibición de que el Tribunal se extralimite del debate procesal, salvo que el órgano judicial proponga una tesis novedosa de acuerdo con los trámites de audiencia que se consignan en dicho precepto.

IV.- Final.

En opinión de quien suscribe estas líneas, la Sentencia que aquí se presenta contribuye, sin duda alguna, a identificar el sentido del art. 65 de la Ley Jurisdiccional, de lo que debemos facilitarnos; máxime, cuando se ha abordado un trámite que, en el esquema del procedimiento contencioso-administrativo llamado ordinario, no ha tenido, en mi opinión, una regulación feliz, ni a la hora de establecer cuándo procede ni en lo que se refiere a la falta de competencia del Juez o Tribunal para que se acuerde su práctica. En todo caso, es de esperar que la Sentencia del Alto Tribunal contribuya a la obtención de un mayor rigor en la formulación de estos escritos finales del proceso contencioso-administrativo y a que no se altere la cuestión debatida de modo improcedente.

ANTECEDENTES PENALES Y LA AUTORIZACIÓN DE RESIDENCIA TEMPORAL POR ARRAIGO FAMILIAR.

Francisco Pleite Guadamillas
Magistrado y doctor en derecho.

RESUMEN: El autor reflexiona sobre la ausencia de una norma que permita la suspensión del procedimiento en aquellos casos en los que se tiene constancia de que el Tribunal Supremo está conociendo de una cuestión jurídica idéntica a la que se plantea ante un Juzgado de Instancia contra cuya resolución no cabe recurso ordinario.

VOCES: jurisprudencia, interés casacional, recurso contencioso, primera instancia, suspensión del procedimiento, seguridad jurídica.

ARTÍCULO

Se trata de una cuestión que se suscita frecuentemente en los recursos contencioso administrativos relativo a las denegaciones en las autorizaciones de residencia motivada por la existencia de antecedentes penales. Sobre la misma existen numerosas sentencias, algunas, con criterios diferentes. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social dispone en su artículo 31 que:

“5. Para autorizar la residencia temporal de un extranjero será preciso que carezca de antecedentes penales en España o en los países anteriores de residencia, por delitos existentes en el ordenamiento español, y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido”

En concreto se plantea la denegación de la autorización motivada por la existencia de antecedentes penales en los supuestos de solicitud de residencia temporal por circunstancias excepcionales “por arraigo familiar” previsto en el artículo 124.3 del Real Decreto 557/2011.

Este precepto en su apartado a) señala que se podrá conceder la autorización de residencia temporal por arraigo familiar "cuando se

trate de padre o madre de un menor de nacionalidad española siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paternofiliales respecto al mismo". Como se puede observar, el art. 124.3 (concesión por arraigo familiar) no establece como requisito para su concesión la carencia de antecedentes penales a diferencia del art. 124.2 (concesión por arraigo social) que expresamente así lo disponen, y menos aún de antecedentes policiales. Es por ello que atendiendo al tenor literal del precepto no sirve para denegar la autorización de residencia temporal por arraigo familiar, puesto que el reglamento no lo exige. Ahora bien, la Administración deniega en sus resoluciones las autorizaciones cuando existen antecedentes penales en aplicación del artículo anteriormente citado 31.5 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero que expresamente hace extensible la existencia de antecedentes penales para residentes temporales.

Sin embargo, ante este argumento hay que observar que con carácter previo en el apartado tercero del mismo artículo 31 se dispone:

“3. La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado.”

En efecto, si examinamos con detenimiento el art.31 de la Ley de Extranjería nos encontramos con el apartado 3 que se refiere precisamente a la autorización excepcional por arraigo el cual se remite en bloque a lo "que se determine reglamentariamente".

El Real Decreto 557/2011, que aprobó el Reglamento de Extranjería, en su art.124 se ocupa de la Autorización de Residencia Temporal por arraigo, distinguiendo el arraigo laboral, el arraigo social y el arraigo familiar en cada uno de sus tres apartados. Pues bien, es significativo que solo cuando se trata del "arraigo social" expresamente

el reglamento precisa que " Además, deberá cumplir, de forma acumulativa, los siguientes requisitos:

a) Carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años.". En cambio, ni para el arraigo laboral (apartado 1) ni para el arraigo familiar (apartado 3) introduce exigencia similar, lo que abona la interpretación de que se ha querido reducir tal exigencia para el supuesto de la autorización por arraigo social pero no para el caso del "arraigo familiar".

El Reglamento introduce la exigencia de antecedentes penales para cada tipo de autorización, con exclusión del arraigo familiar. De este modo, por ejemplo en el visado de residencia y trabajo, art.70 b; autorización de residencia y trabajo para investigación, art.76.1 b; autorización de residencia y trabajo para profesionales cualificados, art.87 b; autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, art.105 b; autorización de residencia y trabajo por prestación transnacional de servicios, art.111.1; autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de colaboración con autoridades públicas, art.128.2; autorización de residencia de larga duración, art.149.2 y 153.2; visados de residencia y trabajo de temporada, art.174.1; autorización para trabajadores transfronterizos, art.183.2, etc.

Por lo tanto, nos encontramos con que el Reglamento para cada uno de los tipos de autorizaciones exige expresamente la ausencia de antecedentes penales, mientras que para el caso de la autorización excepcional por arraigo se omite de forma evidente tal exigencia, incluso a diferencia del Reglamento de Extranjería anterior (R.D.2393/2004) al establecer los requisitos de la autorización excepcional por arraigo introducía la exigencia relativa a " siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen"(art.45.2)

En consecuencia, se puede interpretar, según lo anterior expuesto, que existe una regulación especial de la autorización por

arraigo familiar en el art.31.3 de la Ley que se remite al Reglamento, cuya regulación no requiere la ausencia de antecedentes penales para acceder a la autorización.

AJFV