

**TRIBUNAL SUPREMO
GABINETE TÉCNICO
ÁREA DE CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

CONSIDERACIONES DE URGENCIA SOBRE LA REFORMA DE LA LEY JURISDICCIONAL 29/1998 (LJCA) POR EL REAL DECRETO-LEY 8/2021, DE 4 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES EN EL ORDEN SANITARIO, SOCIAL Y JURISDICCIONAL, A APLICAR TRAS LA FINALIZACIÓN DE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA DECLARADO POR EL REAL DECRETO 926/2020, DE 25 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA CONTENER LA PROPAGACIÓN DE INFECCIONES CAUSADAS POR EL SARS-COV-2.

El Real Decreto Ley 8/2021 de 4 de mayo, publicado en el BOE del día siguiente, 5 de mayo (y con fecha de entrada en vigor de 9 de mayo siguiente), regula en su capítulo VI unas “medidas extraordinarias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo”, que modifican diversos artículos de la LJCA.

Dice este Capítulo VI lo siguiente:

CAPÍTULO VI

Medidas extraordinarias en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Artículo 15. Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, queda modificada como sigue:

Uno. Se añade un nuevo apartado 1 bis al artículo 87 con el siguiente contenido:

«1 bis. Serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, los autos dictados en aplicación del artículo 10.8 y del artículo 11.1.i) de esta ley.»

Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 87, que queda redactado de la siguiente manera:

«2. Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en el apartado 1, es requisito necesario interponer previamente el recurso de reposición. Sin embargo, no será requisito necesario interponer previamente recurso de reposición en los recursos de casación contra los autos a que se refiere el apartado 1 bis.»

Tres. Se añade un nuevo artículo 87 ter, con el siguiente contenido:

«Artículo 87 ter.

1. El recurso de casación contra autos dictados en aplicación del artículo 10.8 y del artículo 11.1.i) de esta ley, se iniciará mediante escrito presentado ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el que las partes comparecerán e interpondrán directamente el recurso de casación.

2. La parte recurrente, el mismo día en que interponga el recurso, habrá de presentar escrito ante la Sala de instancia poniendo en su conocimiento el hecho de la interposición, debiendo dicha Sala, en el día siguiente hábil a esa comunicación, remitir

el testimonio de las actuaciones seguidas en el procedimiento en que se dictó el auto recurrido a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo.

3. El escrito de comparecencia e interposición habrá de presentarse en el plazo de tres días hábiles contados desde la fecha de notificación del auto impugnado y, con acompañamiento de testimonio de dicho auto, expondrá los requisitos de procedimiento, señalando la cuestión de interés casacional sobre la que se interesa se fije doctrina y las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto recurrido.

4. Si el objeto de la autorización o ratificación hubiera sido una medida adoptada por una autoridad sanitaria de ámbito distinto al estatal en cumplimiento de actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad, en su caso previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, también ostentará legitimación activa en el presente recurso la Administración General del Estado.

5. Cuando las circunstancias del caso lo hagan necesario y, en todo caso, cuando la demora en la resolución pueda causar perjuicios irreversibles, las partes podrán solicitar en el escrito de interposición que se habiliten los días inhábiles para la tramitación y resolución del recurso de casación. Contra la decisión que deniegue la habilitación solicitada no cabrá recurso.

6. Presentado el escrito será turnado de inmediato a la Sección competente para la tramitación y decisión, que lo tramitará preferentemente, dando traslado al Ministerio Fiscal y a las partes para que comparezcan y formulen alegaciones por plazo común de tres días.

7. Transcurrido el plazo de alegaciones, y sin que resulte de aplicación lo previsto en el artículo 128.1 de la presente ley sobre la declaración de caducidad, la Sección competente para la tramitación y decisión fijará doctrina y resolverá sobre las cuestiones y pretensiones planteadas, en el plazo de los cinco días siguientes.

8. Se aplicarán a todos los escritos los requisitos de extensión máxima y normas de estilo establecidas por la Sala en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 87 bis.3 de la presente ley.»

Cuatro. Se modifica el artículo 122, que queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 122 quater. Autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen limitación o restricción de derechos fundamentales.

En la tramitación de las autorizaciones o ratificaciones a que se refieren los artículos 8.6, segundo párrafo, 10.8 y 11.1.i) de la presente ley será parte el Ministerio fiscal. Esta tramitación tendrá siempre carácter preferente y deberá resolverse por auto en un plazo máximo de tres días naturales.»

La reforma así introducida va a tener un impacto muy significativo sobre la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Por tal razón, se expondrán a continuación unas consideraciones técnicas acerca de las consecuencias que para el trabajo diario de la Sala comportará su inmediata entrada en vigor, y se apuntarán diferentes dudas que surgen tras su lectura.

No se va a examinar en esta *nota de urgencia* el problema de la posible insuficiencia o inadecuación del rango de la norma empleada (Decreto-ley) para regular una cuestión como esta, que incide en derechos fundamentales. Tampoco el problema de la constitucionalidad de la posición institucional en que se viene a situar a los Tribunales de Justicia, como una suerte de copartícipes ejecutivos en el proceso de adopción de medidas administrativas, al modo de las

competencias administrativas compartidas. Ambas cuestiones requieren de un estudio profundo que ahora no puede abordarse. Las consideraciones que a continuación se exponen son de carácter puramente procesal, para poner de manifiesto algunas dudas de naturaleza procesal que suscita, ya en una primera impresión, la lectura de la modificación de la LJCA que se acaba de operar.

Por lo demás, se trata, como se ha indicado, de unas consideraciones de urgencia, que pudieran ser ulteriormente completadas o rectificadas, en función de una lectura y reflexión más sosegada sobre el nuevo texto legal.

I.- AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA SALA TERCERA

Establece en primer lugar la nueva regulación que serán susceptibles de casación “en todo caso”, esto es, *siempre*, los recursos de casación contra los autos dictados en aplicación del artículo 10.8 y el artículo 11.1.i) de la propia LJCA. A estos efectos, se da nueva redacción al art. 87 LJCA, que enuncia las resoluciones judiciales con forma de auto contra las que cabe casación.

Estos artículos 10.8 y 11.1.i) establecen –recordemos- lo siguiente:

“Artículo 10. Competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

[...] 8. Conocerán de la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que las autoridades sanitarias de ámbito distinto al estatal consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente

Artículo 11.

1. La Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia [...] De la autorización o ratificación judicial de las medidas adoptadas con arreglo a la legislación sanitaria que la autoridad sanitaria estatal considere urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen la limitación o restricción de derechos fundamentales, cuando sus destinatarios no estén identificados individualmente”

Tal modificación se presenta, de forma implícita pero evidente, como una reacción legislativa contra la interpretación jurisprudencial del marco legal anterior, plasmada en un reciente auto de la Sección Primera de esta Sala de 24 de marzo de 2021 (recurso de queja 570/2020) que había explicado de forma ampliamente argumentada que contra esa clase de autos no cabía recurso de casación.

A partir de ahora todos los autos dictados en aplicación de la regla competencial de estos artículos 10.8 y 11.1.i) serán susceptibles de casación ante el Tribunal Supremo.

II.- ESTABLECIMIENTO DE UNA REGULACIÓN CASACIONAL SINGULAR Y DIFERENCIADA DEL RESTO DE RECURSOS DE CASACIÓN.

II.1. INNECESARIEDAD (QUE NO EXCLUSIÓN) DEL RECURSO DE REPOSICIÓN EN LA INSTANCIA, COMO PASO PREVIO A LA CASACIÓN.

Una regla tradicional del recurso de casación contra autos es que para poder recurrir en casación un auto resulta imprescindible haber promovido antes, en la instancia, el recurso de reposición (súplica) contra el auto que se discute. Tal regla trae causa de la antigua LJCA de 1956, se mantuvo en la redacción original de la LJCA 29/1998, y se conserva tras la reforma de esta ley por la L.O. 7/2015.

Con carácter general, esta exigencia del art. 87.2 comporta que la falta de interposición del recurso de reposición en la instancia determina la inadmisión del recurso de casación. Interesa resaltar que tal exigencia venía siendo requerida incluso cuando el procedimiento se hubiera seguido por el cauce especial de protección de derechos fundamentales (así, v.gr., ATS de 4 de septiembre de 2006, RC 7327/2003).

A partir de ahora, en los recursos de casación promovidos contra resoluciones dictadas en virtud de la atribución competencial de los precitados arts. 10.8 y 11.1.i), el recurso de reposición no es “requisito necesario”.

Ha de repararse en que la Ley no dice (y podría haberlo dicho) que “no procederá el recurso de reposición”, sino que “no será requisito necesario”; por lo que, si la Administración autora del acto o el Ministerio Fiscal desean interponer el recurso de reposición ante la Sala de instancia, podrán hacerlo, pues, al fin y al cabo, siquiera sea de forma potestativa, será un recurso procedente.

Ello plantea el problema de si la notificación del auto del TSJ o de la AN debería informar o no de la posibilidad de interponer recurso (potestativo) de reposición. Y en cualquier caso, si se recurriera en reposición el inicial auto de la Sala, no podría promoverse la casación hasta que la reposición se resolviera.

El problema es que la LJCA, tan preocupada por establecer unos plazos procesales perentorios para este peculiar cauce procedimental, no fija un plazo específico ni para interponer ni para resolver ese posible recurso de reposición, que, se insiste, la LJCA, no excluye.

Por lo que respecta a la interposición, el plazo normal para un recurso de reposición es de cinco días (art. 79), y no habiendo regla que lo exceptúe, parece que también habría que aplicarlo en este caso.

En cuanto al plazo para resolver, la regla general del art. 79 es que se resuelve en tres días; plazo, este, que coincide con el específicamente establecido en el art. 122 *quater* para la decisión sobre la ratificación/autorización de la medida sanitaria concernida. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que, si se recurre en reposición por una parte legitimada, habrá que dar traslado para alegaciones (a falta de previsión específica, por el plazo general de 5 días, art. 79 cit.) a la otra parte personada (por ejemplo, si recurre el Fiscal, habrá que dar traslado a la Administración autora del acto sujeto a autorización/ratificación); de manera que ese posible plazo para resolver la reposición de tres días se computaría desde que se evacúa el trámite de alegaciones de la otra parte interesada, o desde que transcurre el plazo conferido a tal efecto.

Ahora bien, hemos hablado de la posibilidad de interponer recurso de reposición por las partes personadas, que en principio son únicamente la Administración autora del acto y el Ministerio Fiscal; lo cual plantea el problema de la posible interposición del recurso de reposición por el Abogado del Estado, a quien la reforma legal atribuye la posibilidad de recurrir en casación, aunque el acto no provenga de la Administración estatal. Nos limitamos ahora a dejar apuntado este problema, sobre el que nos extenderemos *infra*.

II.2. SUPRESIÓN DE LA FASE DE PREPARACIÓN ANTE EL TRIBUNAL DE INSTANCIA, E INTERPOSICIÓN DIRECTA DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL SUPREMO

La reforma legal suprime directamente la fase de preparación ante el Tribunal de instancia, de manera que la parte ha de interponer directamente el recurso ante el Tribunal Supremo sin prepararlo antes como requiere con carácter general el artículo 89 LJCA.

Esta previsión legal plantea numerosos interrogantes y problemas prácticos, que se explican a continuación.

1º) Sobre el plazo para interponer.

La regulación legal está muy preocupada por la celeridad de los plazos y por la pronta resolución del recurso, y por eso establece en el apartado 3º del art. 87 ter que el recurrente debe personarse e interponer el recurso (sin fase previa de preparación) en tan sólo tres días “hábiles” desde la notificación del auto impugnado.

La Ley dice que al escrito de interposición ha de acompañarse testimonio del auto impugnado, lo que plantea el problema de que, habiéndose pedido dicho testimonio, no se libre por el tribunal de instancia efectivamente dentro del aludido plazo. Ante tal escenario, parece que lo más razonable es dar por suficiente la acreditación por la parte recurrente de que dicho testimonio ha sido solicitado, y requerirle para aportarlo tan pronto como se le haya proporcionado

2º) Sobre los requisitos procesales del escrito de interposición.

Dice el nuevo art. 87 ter, en su apartado 3º, que ese escrito de interposición (presentado, recuérdese, sin preparación previa) habrá de exponer “los requisitos de procedimiento”, pero no explica cuáles son esos requisitos (tan sólo dice que esta interposición habrá de señalar la cuestión de interés casacional sobre la que se pretende fijar doctrina y las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto impugnado).

Puestos en la tesitura de determinar tales requisitos, no parece adecuado acudir únicamente a la regulación general de la interposición de la casación sentada en el art. 92, pues este precepto sólo se explica partiendo de la base de que ha habido una preparación previa, y no está pensado para una interposición que se presenta directamente sin haberse desarrollado antes la fase de preparación y admisión.

Hallándonos al fin y al cabo ante un recurso de casación, al que resultan proyectables las exigencias técnicas propias de este recurso extraordinario, parece que la solución hermenéutica más adecuada es exigir a ese escrito de interposición que concentre en unidad de acto lo requerido para la preparación y la interposición, haciendo constar lo que el artículo 89.2 requiere de forma general para el escrito de preparación, y desarrollando además, con la debida profundidad, las infracciones jurídicas que se imputan al auto que se recurre.

3º) Sobre las formalidades extrínsecas del escrito de interposición.

Esto que se acaba de apuntar, a su vez, plantea el problema de la aplicabilidad de las exigencias formales extrínsecas del escrito de interposición de la casación que, como es bien sabido, rigen con carácter general para los escritos de tal clase.

Tales requisitos extrínsecos de elaboración, presentación formal y límites adquieren lógica procesal sobre la base de que el recurso ha sido antes preparado (trámite en el que esos límites son recomendables pero no obligatorios) y ha existido un auto de admisión que ha precisado la cuestión de interés casacional; pero ocurre que el trámite de preparación falta por completo en los recursos que ahora nos ocupan. Pudiera tal vez sostenerse, por tanto, que en estos peculiares recursos de casación no deberían exigirse dichos requisitos, al menos en cuanto respecta a los límites cuantitativos de extensión.

Sin embargo, la ley en este punto es tajante. Tales requisitos extrínsecos se exigen con el mismo rigor que para la casación común (apartado 8º del art. 87 ter)

4º) Sobre la atribución al sr. abogado del Estado de legitimación para formalizar el recurso de casación.

El apartado 4º del art. 87 ter introduce una llamativa novedad procesal, consistente en atribuir al abogado del Estado legitimación para formalizar la casación “si el objeto de la autorización o ratificación hubiera sido una medida adoptada por una autoridad sanitaria de ámbito distinto al estatal en cumplimiento de actuaciones coordinadas en salud pública declaradas por el Ministerio de Sanidad”

Ante todo, surge la duda sobre si esta entrada en el procedimiento del abogado del Estado lo es –como parece- sólo para la fase de casación, o si debe entenderse que en esos supuestos habría que darle, asimismo, previamente, la condición de parte en la instancia.

A falta de una previsión específica en este último sentido, parece que tal posibilidad de intervención del abogado del Estado, ya en el procedimiento de instancia ha de descartarse, pues la regulación del singular procedimiento de autorización/ratificación del art. 122 quater (que no se ha modificado en este punto por el Decreto-Ley) no contempla más intervención que la de la Administración autora del acto y el Fiscal, y así lo ha resaltado el Tribunal Supremo en el precitado auto de 24 de marzo de 2021, en el que se explica que nos hallamos ante “un procedimiento que no reviste naturaleza contradictoria, dado que en el no debaten partes procesales enfrentadas, sino que opera como un procedimiento de

cognición limitada, preferente y sumario, incardinado en el ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, que tiene por objeto la autorización o ratificación judicial de medidas limitativas de derechos fundamentales, adoptadas por razones de salud pública. No tratándose, pues, de un procedimiento contradictorio, en él sólo intervienen la Administración pública que acuerda tales medidas y las eleva al Tribunal para su autorización o ratificación, y el Ministerio Fiscal, en la función de garante de la legalidad que institucionalmente le corresponde”.

No deja de ser, en todo caso, llamativo, que se permita recurrir en casación al abogado del Estado en relación con un procedimiento de instancia en el que se había excluido su intervención.

En todo caso, desde el momento que se le permite recurrir, parece claro que el Tribunal de instancia tendrá que notificar al abogado del Estado el auto dictado, aunque no haya sido parte en el procedimiento de su razón (si no se hiciera así, ¿cómo computar el plazo de interposición en tres días “desde la fecha de notificación del auto impugnado” al que se refiere el apartado 3º de este artículo?).

Ahora bien, dicho esto, retomamos el problema de la posible interposición de recurso de reposición (previo a la casación) contra el auto dictado por el Tribunal de instancia. Aunque acabamos de decir que el abogado del Estado no debe tener la condición de parte en la instancia en esos supuestos, sin embargo, desde el momento que, al fin y al cabo, se le permite recurrir en casación el auto que se dicte, parece lógico entender que una vez dictado el auto por la Sala, el abogado del Estado se encuentra legitimado para –si lo estima conveniente– recurrir en reposición previamente a la formulación de la casación. Con todo, esto último, una vez más, no lo regula expresamente la LJCA, por lo que habrá que clarificarlo jurisprudencialmente.

Una segunda cuestión problemática plantea esta intervención sobrevenida del abogado del Estado en el procedimiento, en relación con una regla general de común aplicación en casación, exigida por la jurisprudencia constante, cual es la imposibilidad de introducir en casación “cuestiones nuevas”.

Pudiera decirse tal vez (dicho sea en términos dialécticos), en pro de la pertinencia o posibilidad de introducirlas, que si el abogado del Estado no ha podido intervenir en la instancia (porque la LJCA no contempla su intervención) pero, en cambio, sí se le permite incorporarse a la Litis de forma sobrevenida en el grado de casación, ha de permitirse formular consideraciones jurídicas novedosas (no suscitadas en la instancia) para sostener su posición procesal (pudiera razonarse, en este sentido, que si la intervención sobrevenida en casación del abogado del Estado lo fuera únicamente para abundar en las tesis ya sostenidas por la Administración autora del acto o el Ministerio Fiscal, no tendría mucho sentido esta tan singular atribución de legitimación, que si se ha incorporado a la LJCA, ha de ser para dotarle de sentido y utilidad).

Ahora bien, como reparo a lo que acaba de apuntarse, ocurre que la hipotética atribución de tal facultad parece muy difícil de compatibilizar con la lógica jurídica de la casación establecida en la L.O. 7/2015, pues, si se le permite al abogado del Estado la formulación de esas cuestiones nuevas, ¿cómo justificar entonces

el inesquívale “juicio de relevancia” al que se refiere el artículo 89.2.d] LJCA, que por definición se proyecta sobre la “ratio decidendi” de la sentencia?

Parece, pues, que también en este procedimiento casacional debe rechazarse en todo caso la posibilidad de suscitar cuestiones nuevas, al igual que en la casación general.

Otro problema que habrá que resolver jurisprudencialmente es el siguiente: si en atención precisamente a ese carácter sobrevenido de la actuación casacional del abogado del Estado, se le podrá permitir o no, aunque sea de forma limitada y excepcional, el cuestionamiento de la apreciación fáctica realizada por el Tribunal de instancia.

La regla general y muy conocida de común aplicación en la actual casación es que tal cosa no es posible; pero a la vista de la singularidad de esta actuación procesal sobrevenida, pudiera pensarse si cabría permitirle la problematización excepcional de la apreciación fáctica hecha por el tribunal *a quo*, como se hacía en la antigua casación, cuando tal apreciación se considere manifiestamente arbitraria, ilógica o irracional.

Realmente, parece difícil admitir tal posibilidad; dada la muy difícil fundamentación de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia –art. 89.2.f- cuando lo que se pretende en la casación es, realmente, tan sólo discutir la valoración casuística de las circunstancias fácticas del caso (y en estos recursos sigue vigente la exigencia del interés casacional objetivo como presupuesto de procedibilidad).

Y un tercer problema es si el abogado del Estado pudiera personarse en la casación no como recurrente, sino como recurrido.

El art. 87 ter 4 sólo se refiere a la actuación como recurrente, pero si se le permite tal posibilidad de recurrir, porque se entiende que el abogado del Estado debe poder discutir el auto que considera contrario a Derecho, parece que lógicamente deberá permitírsele comparecer como recurrido en casación si entiende lo contrario, esto es, si considera que el auto es conforme a Derecho, y por ende tiene interés en oponerse a un eventual recurso sostenido desde la perspectiva procesal contraria por la Administración autora del acto o por el Fiscal.

En tal sentido tal vez pudiera interpretarse el apartado 6º del precepto, que habla de dar traslado del recurso de casación al Fiscal y además “a las partes” (se entiende, a las contrapartes recurridas, frente al recurrente en casación) (volveremos sobre este punto *infra*).

5º) Sobre la comunicación de la interposición del recurso de casación al Tribunal de instancia.

Como antes se apuntó, la Ley elimina la fase de preparación, y ha articulado un simple trámite de comunicación (por parte del recurrente) al Tribunal de instancia de la interposición del recurso de casación, para que este se dé por enterado de su existencia y en el día hábil siguiente remita las actuaciones.

La LJCA no lo dice pero parece que está pensando en una remisión por medios telemáticos, que pudieran ser complicados de articular si las actuaciones y el expediente de su razón adquieren volumen considerable (si el envío fuera por mensajería postal ordinaria, los plazos perentorios establecidos se dilatarían de forma incompatible con la celeridad que se pretende).

En todo caso, la Secretaría del Tribunal Supremo queda al margen de esta comunicación al Tribunal de instancia y subsiguiente remisión del expediente. Así las cosas, a fin de controlar que esa comunicación se ha hecho, parece imprescindible (por mucho que la Ley no lo diga) que al recibir la Secretaría del Tribunal Supremo el escrito de interposición, verifique que la comunicación se ha realizado.

La única forma de que eso pueda hacerse de manera funcional es exigir al recurrente que junto con la interposición que presenta ante el Tribunal Supremo aporte copia de la comunicación dirigida al Tribunal de instancia (o en su caso requerirle de subsanación inmediata del defecto en el término de una audiencia, bajo apercibimiento de archivo)

II. 3. PROBLEMAS PROCESALES EN LA TRAMITACIÓN (ulterior a la interposición) DE ESTA NUEVA MODALIDAD CASACIONAL

1º) Sobre el reparto a la Sección competente para el enjuiciamiento del caso.

El apartado 6º ordena que se turne de inmediato el recurso a la sección competente para su enjuiciamiento. En la casación común, tal labor se lleva a cabo por la Sección Primera, que al dictar el auto de admisión especifica a qué Sección de enjuiciamiento ha de remitirse el recurso; pero en este peculiar cauce procedimental no existe intervención alguna de la Sección primera. Por añadidura, las vigentes reglas de reparto no han contemplado esta nueva modalidad casacional; y el tema presenta aristas problemáticas, pues las medidas sanitarias concernidas pueden proceder de distintas Consejerías de las diferentes comunidades autónomas, que por tener distinta denominación pueden dar lugar a que el asunto se derive a distintas Secciones de la Sala (las normas de reparto, a falta de atribución específica por materia –que aquí no existe–, contemplan la atribución competencial a las Secciones en virtud del órgano autor del acto, que puede variar según cada Comunidad autónoma).

Si se desea mantener una uniformidad en el estudio de estos asuntos, parece que habría que determinar una concreta Sección como la competente para su examen, con la paralela modificación de las reglas de reparto. Tal vez habrá que plantear la constitución de una nueva Sección específicamente dedicada al estudio de estos recursos.

2º) Sobre la comparecencia y la actuación procesal de las partes distintas del recurrente.

Se refiere a esta cuestión el apartado 6º del precepto, que habla de la comparecencia y alegaciones de estas partes en tres días. No especifica

expresamente la LJCA si esos tres días son hábiles o naturales, pero habrá que entender que se trata de días hábiles, del mismo modo establecido para la parte recurrente.

La terminología de la Ley es, en este punto, un tanto confusa, ambigua y equívoca. Habla en el apartado 6º de las “partes” a las que se ha de dar traslado de la interposición, pero no las califica de “partes *recurridas*”. Con similar indefinición, dice que se dará traslado a estas partes del escrito de interposición para que “formulen alegaciones” sobre él, no para que “*formulen oposición*”. ¿Quiere decir esto que esas *partes* pueden comparecer en posición procesal distinta de la de *recurridas*, al modo de una suerte de coadyuvantes del recurrente, y que por tanto pueden formular alegaciones en apoyo de la tesis del recurrente? A pesar de la ambigüedad de la Ley, parece obligado entender que no, pues en la filosofía de la casación nunca se ha contemplado la posibilidad de una especie de intervención adhesiva al recurso de casación, y la única posibilidad de comparecer una parte distinta del recurrente es precisamente como *recurrido*, es decir, enfrentado a la tesis del recurrente.

Dicho esto, surge el siguiente problema: ¿quién comunica a los eventuales *recurridos* la interposición del recurso, a efectos de su personación ante el Tribunal Supremo? ¿El Tribunal de instancia, o el propio Tribunal Supremo? Lo responde el apartado 6º, que dice que será la secretaría del Tribunal Supremo la que habrá de emplazar al Fiscal y a *las partes* (en plural) para que “comparezcan y formulen alegaciones”.

A tal efecto, para que la Secretaría pueda llevar a cabo el emplazamiento de esos eventuales *recurridos*, se hace necesario disponer de datos de localización y notificación de los mismos, por lo que el emplazamiento sólo podría hacerse una vez recibidas las actuaciones de instancia (en que tales datos han de figurar); salvo que se requiera (y la Ley no lo contempla) al recurrente para aportar en su interposición los datos de localización y emplazamiento de posibles *recurridos*.

Ahora bien, ¿quiénes son esos *recurridos*? En la instancia sólo han podido litigar la Administración autora del acto y el Fiscal. Así las cosas:

- si recurre en casación la Administración autora del acto, sólo podrá comparecer en casación el Fiscal en la posición institucional que le es propia, por lo que en principio no se acierta a saber qué otros *recurridos* pudiera haber;

Y, en similares términos, si es el Fiscal el que recurre, únicamente cabe pensar en la actuación como *recurrida* de la propia Administración autora del acto.

Desde esta perspectiva, la única posibilidad que se adivina para dar sentido a esta previsión legal, cuando habla de las *partes recurridas* (en plural), es entender que está contemplando la posibilidad de que el abogado del Estado pueda comparecer como *recurrido* en los mismos supuestos en que se le habilita para interponer el recurso, tal como antes se apuntó.

3º) ¿Cabe inadmitir el recurso por falta de formalidades, o por falta de interés casacional, antes de darle ulterior tramitación y resolverlo?

En la casación general, existe, como es bien sabido, un trámite de admisión que tiene por objeto verificar si, a la vista del escrito de preparación, el recurso cumple las formalidades que le son exigibles, y, en su caso, si tiene o no interés casacional. Si el recurso está correctamente articulado y además se aprecia un interés casacional, el recurso se admite.

En cambio, en el procedimiento que nos ocupa no se dice nada en tal sentido, al revés, pudiera decirse que se excluye tal posibilidad, pues lo único que el apartado 6º dice es que una vez presentada la interposición, se dará traslado del mismo a las partes y al Fiscal para que se personen y aleguen sobre él en tres días.

Realmente, no tiene mucho sentido que se deba dar necesariamente traslado (para alegaciones) a las partes y al Fiscal de un escrito de interposición, cuando se aprecia a tenor de su examen que no ha cumplido las formalidades mínimas para su tramitación; por ejemplo, porque ni siquiera ha llegado a determinar la cuestión de interés casacional sobre la que se interesa que se fije doctrina (como requiere el apartado 3º del precepto).

Por eso, pudiera plantearse una aplicación analógica de las reglas del procedimiento casacional común, y permitir a la Sección de enjuiciamiento inadmitir, sin necesidad de traslado a las demás partes, los recursos de casación que de forma evidente incurran en causa de inadmisión por no haberse observado las formalidades procesales imprescindibles; o que de forma no menos evidente carezcan de interés casacional objetivo.

4º) Sobre la resolución del recurso, su forma y su contenido.

El apartado 7º del art. 87 ter dice que una vez culminada la acelerada tramitación del recurso, la Sección de enjuiciamiento resolverá.

¿Qué forma ha de tener la resolución? La Ley no dice si por auto o por sentencia. Siendo un recurso de casación parece obligado entender que ha de ser por sentencia (con el *quorum* que le es propio), pero sin necesidad de realizar el (en otras circunstancias ineludible) paso previo de dictar una diligencia de señalamiento del recurso para votación y fallo. Al contrario, habría que dictar sentencia directamente una vez concluida la acelerada tramitación procesal del recurso.

Por lo demás, dice el apartado 7º que la resolución “fijará doctrina”, pero ha de tenerse en cuenta que eso puede no ocurrir, pues, al contrario, bien puede suceder que la Sala llegue a la conclusión de que el recurso de casación concretamente examinado está incurrido en causa de inadmisión.

En efecto, *si se rechaza la posibilidad que se acaba de apuntar en el epígrafe anterior*, de inadmitir directamente los recursos cuando se estimen incurridos en causa de inadmisión, es claro que la apreciación de esas causas de inadmisión sólo podrá realizarse en sentencia, y en tal hipótesis, por definición, si así se

aprecia por la Sala sentenciadora, no habrá lugar a pronunciamiento alguno sobre el interés casacional suscitado en el recurso ni sobre el tema litigioso de fondo.

Así (esto es, siempre situados en la perspectiva de que no se admita la posibilidad legal, apuntada en el epígrafe anterior, de acordar una inadmisión del recurso a la vista del escrito de interposición), puede ocurrir que la Sala sentenciadora aprecie que la cuestión de interés casacional fijada en el escrito de interposición carece objetivamente de tal interés. Por ejemplo, porque se pretenda revisar una cuestión puramente casuística, o porque se quiera revisar la valoración de la prueba, o porque el tema suscitado esté más que resuelto por la jurisprudencia. En tal escenario, siempre teniendo en cuenta que no ha podido existir un trámite de admisión que filtrase el recurso (y situados en la perspectiva de que no se contempla la posibilidad de previa inadmisión del recurso de casación), resulta forzoso concluir que la sentencia puede decir que el recurso carece de interés casacional y que por tanto es inadmisibile.

Es verdad que en la casación general no parece este -que se acaba de apuntar- un pronunciamiento propio de la sentencia; pero, se insiste, si es así, es porque antes se ha verificado un trámite de admisión en el que se ha examinado la legalidad formal del escrito de preparación y el interés casacional objetivo del recurso. Si no existe tal trámite, y la sentencia se presenta como la única ocasión en que se puede realizar una valoración de tal índole, no parece que pueda negarse a la Sala sentenciadora la posibilidad de formular ese juicio de inadmisión.

Por lo demás, se establece un plazo para resolver de tan sólo cinco días, Si, como es de temer, se multiplica la litigiosidad en esta materia, resultará muy problemático resolver los recursos en tan breve plazo, habida cuenta que al tribunal Supremo accederán, probablemente en fechas coincidentes, recursos procedentes de cualesquiera tribunales inferiores de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

En esta tesitura, la Sección encargada de tramitar y resolver estos recursos necesitará con alta probabilidad de la asistencia del Gabinete Técnico, para poder cumplir los plazos procesales así fijados. Se hace, por tanto, urgente insistir en la dotación de medios personales y materiales para el personal del Gabinete, ya saturado de trabajo con la dedicación que se pide al recurso de casación común y general.

-O-O-O-O-O-

Todas las consideraciones que se han expuesto lo son, como se ha indicado, con carácter de nota de urgencia, y quedan supeditadas a su posible reconsideración, una vez estudiado el tema con mayor detenimiento.