

LA PREPARACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN: UN CONTROL ESCURRIDIZO

THE PREPARATION OF THE APPEAL IN CASSATION:
AN ELUSIVE CONTROL

Clara Penín Alegre

Magistrada. Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Justicia de Cantabria

RESUMEN

El artículo analiza la fase de preparación del nuevo recurso de casación y las atribuciones que se confieren a los Jueces y Tribunales que han dictado la sentencia recurrida en la nueva Ley 7/2015. En especial, aborda cuestiones prácticas, como el régimen transitorio, la intensidad del control por el órgano recurrido del escrito de preparación al recurso y la opinión fundada que le es posible emitir si considera que puede concurrir interés objetivo casacional. El artículo contiene una referencia a diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que han señalado la rigidez en la admisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo.

Palabras clave: Casación, fase de preparación, opinión fundada, transitoriedad, interés casacional.

ABSTRACT

The article analyses the phase of preparing the new appeal in cassation and the competences of judges and courts that have handed down the judgment, under the new Law 7/2015. In particular, it addresses practical issues, such as the transitional arrangements, the intensity of control by the appealed

Clara Penín Alegre

court to the written of preparation for the cassation and the reasoned opinion that it is possible to issue if it believes can include a target interest of cassation. The article contains a reference to various pronouncements of the European Court of Human Rights that have ruled on the rigidity in the admission of the appeal by the Supreme Court.

Keywords: *Cassation, preparation phase, founded opinion, transience, interest of cassation.*

SUMARIO

1. ¿TIENE SENTIDO QUE EL ÓRGANO A QUO INTERFIERA EN LA NUEVA CASACIÓN?
2. VIERNES NEGRO PARA LA OFICINA JUDICIAL.
3. MÁS PARA LEER, MÁS QUE MOTIVAR.
4. LAS PRISAS Y LA SUBSANABILIDAD.
5. ¿ES EXIGIBLE EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTÁNDAR DE GARANTÍAS DEL TEDH?
6. GARANTISMO NO EQUIVALE A ANTIFORMALISMO.
7. NUESTRA HUELLA COMO COOKIES INFORMÁTICAS: LA OPINIÓN FUNDADA.
8. ¡YA ME ESTÁIS TARDANDO!
9. REDISEÑANDO HÁBITOS...
10. BIBLIOGRAFÍA.

Abreviaturas

BOE	Boletín Oficial del Estado.
CEDH	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
LAJ	Letrados de la Administración de Justicia.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil.
LJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio.
STEDH	Sentencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	Tribunal Supremo.
TSJ	Tribunales Superiores de Justicia.
TUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

1. ¿TIENE SENTIDO QUE EL ÓRGANO A *QUO* INTERFIERA EN LA NUEVA CASACIÓN?

Paradójicamente, lo primero que hace un Tribunal de Instancia ante una reforma de casación es mirar cuál es el papel que se le encomienda¹. La nueva regulación me dejó perpleja cuando la leí, cercana su entrada en vigor. De hecho, entendí que la versión que manejaba era imperfecta y sin duda había omitido por error parte de los preceptos. Tras una búsqueda exhaustiva en el BOE, tuve que aceptar que nuestro legislador no estuvo precisamente fino en su regulación. No es objeto de este artículo otras atribuciones conferidas a estos órganos, al centrarme en la fase inicial del recurso ideado para crear Jurisprudencia, con mayúsculas². Pero no puedo dejar de llamar la atención sobre el hecho de que, con su sola mención y la previsión de una Sala de imposible constitución en la mitad del territorio nacional, se nos haya abandonado a los TTSSJ a nuestra propia suerte con la casación autonómica, que ya está generando un pequeño caos a la vista de las distintas soluciones adoptadas para colmar esta laguna, aunque océano describiría más el clamoroso olvido del legislador. ¿Tendrá esta disparidad judicial, desde la misma configuración heterogénea de las Salas, hueco en alguna impugnación, máxime considerando su envergadura orgánica? ¿Y las distintas resoluciones judiciales apreciando un muy distinto margen casacional? Las disensiones internas ya se van palpando, aunque la respuesta final aún está por escribir.

Dejando a un lado lo que por el momento solo nos ha producido dolor de cabeza, y centrándonos en la fase de preparación del nuevo recurso de casación del que va a conocer el TS, la pregunta con la que abordo el artículo intenta reflejar mi escepticismo inicial, pues ¿cómo escribir sobre una fase invisible a los ojos de los articulistas?³ Es más: la lectura de las distintas monografías, a la par de irme convenciendo de las bondades del nuevo recurso (confieso que si estuviera en el TS sería una firme entusiasta del modelo venidero) me fue sumiendo

¹ Pese a que la ley se refiere reiteradamente al Tribunal de Instancia, entiendo que la fase de preparación se deja en manos del órgano que ha dictado la resolución objeto de recurso, por lo que el término empleado es impropio al incluir a órganos unipersonales.

² Para distinguir con rigor entre jurisprudencia y doctrina jurisprudencial remito al artículo de Fernández Farreres citado en la bibliografía.

³ Además de bucear por internet, solicité en su día al Centro de Documentación Judicial material doctrinal sobre esta materia, descubriendo que esta primera fase pasaba absolutamente desapercibida.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

en una tremenda confusión, porque mi posición era la de que nuestro papel, a salvo de cargarnos de trabajo (el resumen es que el órgano *a quo* tiene que dictar auto «sí o sí» en una apertura de resoluciones casacionables sin precedentes), era el de convertirnos en meros tramitadores para sus Excelencias⁴. Pero son estas, solo estas y nada más que estas, las llamadas, en virtud de su exclusiva consideración de lo que entraña «interés casacional», a seleccionar los recursos que finalmente van a resolver. Entonces, ¿por qué el legislador nos duplica nuestra ya compleja tarea aparentemente en balde? La confusión me llevó a mendigar información a los grupos de trabajo constituidos en su día en el CGPJ y el TS⁵. Comprendí entonces qué era lo que realmente se nos iba a pedir.

Nunca me ha importado ser «magistrada florero»⁶ ni tener que ser «higiénica»⁷. Lo curioso es que también me he tenido que convertir en «mendiga»⁸ para averiguar que ahora quieren convertirme en «magistrada depuradora»⁹. La tarea que al órgano *a quo* se le encomienda es servir como dique de contención ante la marea de recursos que se aventuran: de ahí la pervivencia de esta fase, incómoda y prescindible para muchos profesionales. Para que el TS pueda ejercer su función nomofiláctica (de *nomophylax*, vigilante de las leyes) tiene que haber una fuerte barrera de gladiadores que contenga desde la trincheras esa marea negra que amenaza con inundar la Sala Tercera del Tribunal¹⁰. Por eso, lejos de desaparecer esta engorrosa fase, se intensifican las funciones del órgano *a quo* para convertirlo en el primer filtro del recurso, volviendo a entregar las riendas a los jueces y magistrados en detrimento de la reciente atribución conferida a los LAJ.

Lo que no está escrito en la ley, ni creo se perciba desde el exterior, es la presión que desde estas comisiones de estudio se nos está haciendo llegar y que sentimos como aliento del TS en la nuca tras la entrada en vigor de la ley, el pasado

⁴ Tratamiento que la LOPJ atribuye a los Magistrados del Tribunal Supremo en su artículo 324. Chaves los denomina cariñosamente «*aristócrata procesal*» precisamente en relación a la nueva casación, en «Tiempos nuevos...».

⁵ He de realizar una especial mención a los Magistrados del TS Eduardo Calvo, César Tolosa y Joaquín Huelin, al Director del Gabinete Técnico del CGPJ Gervasio Martín y al homólogo del TS Dmitry Berberoff, por la información que rápidamente me hicieron llegar cuando me puse manos a la obra. Por los entresijos del actual recurso y los problemas con los que inicialmente nos enfrentamos en los órganos de instancia, también quiero llegar mi agradecimiento al gestor de la Sala, Inocencio González.

⁶ En cuanto miembro de un tribunal colegiado que no presido, permaneciendo en silencio en las vistas orales.

⁷ Porque como magistrada se me exige no estar contaminada en la causa.

⁸ No por la reducción del sueldo, aunque casi, sino por la ausencia de información sobre lo que se estaba cocinando sobre nuestro interesado protagonismo casacional.

⁹ La exposición de motivos de la Ley 10/1992, de 30 de mayo, hablaba de «*depuración que libera al Tribunal (Supremo)*», al introducir la casación en esta jurisdicción refiriéndose a la tramitación durante esta fase.

¹⁰ La profecía de SANTAMARÍA PASTOR es compartida por los profesionales del derecho y mirada con estupor por las oficinas judiciales.

Clara Penín Alegre

22 de julio¹¹, viernes negro para las oficinas judiciales. Y nos ha llegado exhaustos, ante el alud de reformas del anterior Gobierno, sin la necesaria lectura sosegada, sin reconocimiento social alguno por cuanto en principio no somos quienes decidimos sobre el interés casacional, lo que hace además que nuestra tarea sea contemplada con recelo, y asumiendo otra función más no remunerada: la de colaborador con una función ajena. Pese a las quejas, el nuevo recurso puede proporcionar un Norte a la Justicia¹². Y pretende hacerlo en tiempos más que razonables. Solo por la posibilidad de que ese Norte se abra camino, valdría la pena involucrarse en el esfuerzo.

2. VIERNES NEGRO PARA LA OFICINA JUDICIAL

Como es costumbre, quien primero se enfrenta a toda reforma es la oficina judicial y, pese a ser un recurso del que va a conocer el TS, es el órgano que dicta la sentencia o auto recurrido el que ha afrontado las primeras dudas. La inicial, si el 22 de julio operaba respecto a sentencias ya dictadas, aún en plazo para interponer recurso de casación. La reforma 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal modificó este mismo recurso elevando el umbral de acceso a la casación. Una primera aproximación nos llevaría a considerar que será la fecha de la sentencia, dictada a partir del 22 de julio, la que marque la aplicación de la Ley, como ha venido a considerar el TS¹³. Y para autos susceptibles de casación, basta con que se dicten igualmente con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva casación aunque referidos a sentencias anteriores¹⁴. Aun cuando este haya sido el criterio en esta última reforma, la STS, Sala 3.ª, Secc. 2.ª, de 13-11-2014, rec. 3772/2012, alude a la aplicación de las disposiciones transitorias 1.ª y 3.ª de la LJCA. Lo que hace que haya que recordar su contenido, dada la ausencia de transitorias propias en la reforma, y dado el parecer mayoritario por lo que hasta el momento he leído y oído¹⁵.

¹¹ Disposición final 10.ª de la Ley 7/2015, de 21 de julio.

¹² Nótese que el único resquicio de jurisprudencia vinculante desaparece al derogar el artículo 100.7 de la LJCA, sobre recurso de casación en interés de la ley.

¹³ Mediante ATS, Sala 3.ª, Secc. 1.ª, de 12-4-2012, rec. 147/2011, se estima la queja frente a la inadmisión de recurso conforme a la nueva cuantía por ser la sentencia de la Sala de Cantabria anterior a la reforma, de 17 de octubre, aun cuando el escrito de preparación se presentó el 9 de noviembre. El TS considera que el nuevo umbral de recurso operará respecto de sentencias recaídas una vez se produjo entrada en vigor la reforma (el 31 de octubre).

¹⁴ STS, Sala 3.ª, Secc. 6.ª, de 10-11-2015, rec. 623/2014.

¹⁵ De hecho, se aplicó su día, como evidencia el auto resolutorio de queja, ATS, Sala 3.ª, Secc. 1.ª, de 29-5-2000, rec. 2465/1999.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

La disposición transitoria tercera dispone:

«1. El régimen de los distintos recursos de casación regulados en esta Ley será de plena aplicación a las resoluciones de las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia que se dicten con posterioridad a su entrada en vigor y a las de fecha anterior cuando al producirse aquélla no hubieren transcurrido los plazos establecidos en la normativa precedente para preparar o interponer el recurso de casación que procediera. En este último caso, el plazo para preparar o interponer el recurso de casación que corresponda con arreglo a esta Ley se contará desde la fecha de su entrada en vigor. // 2. Los recursos de casación preparados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la legislación anterior».

Los órganos de instancia estamos lidiando con esta transitoria hasta que el TS se pronuncie, con la complejidad actual que entraña el que la sentencia cuente con la totalidad de las firmas en los órganos colegiados y con la notificación escalonada que contempla la LEC. Si no se tiene cuidado, puede ofrecerse una suerte de opción entre uno u otro recurso, dependiendo de que se agote o no el plazo anterior de 10 días para preparar el recurso.

Algunos informes de Presidentes de TTSSJ hicieron referencia a la necesidad, por las consecuencias jurisdiccionales que entraña la reforma, de que los Juzgados y Tribunales se hagan con la agenda judicial. Esa fue mi propuesta en la Sala, aprovechando el cierre de trimestre a 30 de junio: realizar un esfuerzo de redactar todas las sentencias hasta la fecha deliberadas o cuyos autos hubieran quedado conclusos para resolución. Si las firmas se recababan con prontitud y las oficinas judiciales eran diligentes en la notificación, incluso para los profesionales que gozan de tres días para abrir el buzón electrónico, entendiéndose abierto al 4.º (entre ellos la Abogacía del Estado ex artículo 162.2 LEC), no podrían pretender acceder al nuevo recurso¹⁶. El problema, aun cuando no generalizado, ha podido plantearse en supuestos en que se han personado la Administración del Estado y la autonómica (impuestos transferidos, justiprecios...) o cuando en los Juzgados se actúa sin Procurador. Los profesionales amparados por el precepto referido gozan de tres días más para notificarse frente al Colegio de Procuradores y Servicios Jurídicos autonómicos. Bastaba con que, cerrado el trimestre y notificadas las resoluciones, se comenzase a celebrar o deliberar el día 8 de julio¹⁷.

¹⁶ La alternativa de convocatoria conjunta para notificación en la Sala ha planteado problemas en el pasado con los antiguos Secretarios, y de ahí que no la plantease.

¹⁷ Siempre podía acudirse artículo 67.2 de la LJCA, que permite el incumplimiento de los 10 días para resolver, cuando aprecie el tribunal que no pueda dictarse la sentencia dentro de aquel plazo, razonándolo debidamente y señalando fecha posterior concreta.

Clara Penín Alegre

Caso de que esta opción no haya sido viable, el primer problema con el que ya se han enfrentando los LAJ es el pie de recurso de las notificaciones y cuándo deben declarar la firmeza de las sentencias si no se hubieran interpuesto impugnación alguna. Los plazos del viejo y nuevo recurso difieren (10-30 días), y para ello debían fijar el *dies a quo* para su cómputo¹⁸. De hecho, ni siquiera se menciona el artículo 89.3¹⁹ de la LJCA. La firmeza de la resolución dictada en la instancia o en apelación la declaran los LAJ, que son los llamados a controlar el primer requisito formal relativo al plazo. Contra el decreto que así lo declare cabe recurso de revisión²⁰. Y al hilo de las notificaciones y los plazos, no resulta ocioso recordar que, conforme al artículo 128.1 de la LJCA, el plazo para la preparación de recursos no es rehabilitable. Por tanto, son los LAJ los primeros en pronunciarse. La notificación es una función ajena a la jurisdiccional²¹, como se ha venido insistiendo hasta el momento. Pero una deseable coordinación en los Tribunales con la oficina ha permitido diluir la mayoría de problemas, en un escenario en que era y es previsible que crezcan por doquier. Ello sin descontar estrategias procesales para intentar dilatar el plazo de presentación dada la tentación que supone el nuevo recurso abierto prácticamente a todas las sentencias del tribunal de instancia (no así las de los juzgados, que mantienen aquí una no desdeñable restricción). Tampoco hubiera sido admisible un retraso deliberado en las notificaciones, pues supondría un fraude procesal²².

No obstante, el mismo día de la entrada en vigor de la reforma, la Sección de Admisión del TS dictó unos sorprendentes criterios al respecto conforme a los cuales la nueva regulación casacional solo se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan como fecha de 22 de julio de 2016 en adelante, y no a los pronunciados con anterioridad al 22 de julio de 2016, que se registrarán, a efectos del recurso de casación, por la legislación anterior, cualquiera que sea la fecha en que se hubieran notificado. Además, anticipa que cuando, al amparo de lo dispuesto en el artículo 267 de la LOPJ, se solicite la aclaración o integración de una sentencia o de un auto, la fecha a tomar en consideración para determinar el sometimiento de la resolución al régimen casacional será la de la resolución aclarada o integrada, sin perjuicio de que el plazo para preparar el recurso de casación se compute desde la fecha de notificación del auto de aclaración o integración. Se puso fin así a los quebraderos

¹⁸ Estos problemas me los comentó la Letrado de la Administración de Justicia de la Sala, María Fe Valverde y, realmente, se están pronunciando antes que jueces y magistrados.

¹⁹ «Si el escrito de preparación no se presentara en el plazo de treinta días, la sentencia o auto quedará firme, declarándolo así el Letrado de la Administración de Justicia mediante decreto. Contra esta decisión solo cabrá el recurso directo de revisión regulado en el artículo 102 bis de esta Ley».

²⁰ Aun cuando no lo dijera y por mor de la STC 58/2016, de 17-3, que elimina el artículo 102.bis.2 de la LJCA, cabría en todo caso.

²¹ ATC 167/2001, de 20-6-2001.

²² Ver STC 161/2002, de 16-9.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

de cabeza que la transitoriedad ocasionó hasta dicho día, sin perjuicio de que esta pueda ser revisada.

La etapa estival que siguió sin solución de continuidad a la entrada en vigor ha complicado, en función de las vacaciones, permisos y ausencias, la firma y notificación en plazo. Pero esa época incluyó también el mes de agosto, lo que ha otorgado un respiro en medio del calor veraniego. Mes inhábil, salvo para los procedimientos seguidos en materia de protección de derechos fundamentales, conforme al artículo 128.2 de la LJCA, incluyendo los escritos de preparación del recurso de casación. Salvo para los que han empleado el mes de vacaciones en redactar su recurso, no será sino en octubre que estarán asomando los primeros escritos de preparación. Parece que el que sí será caliente será el otoño.

3. MÁS PARA LEER, MÁS QUE MOTIVAR

La tarea del órgano sentenciador en la instancia se diseña para cooperar con el TS filtrando los recursos con posible interés casacional, manteniendo la función clásica de descartar aquellos que no cumplen con las formalidades exigidas. Uno de los principales promotores de este recurso, Joaquín Huelin, insiste en el necesario cambio de actitud que ha de producirse. Además de la responsabilidad sobre el hecho de que el sistema judicial funcione, y de los beneficios que puede reportarnos a todos los juristas contar con ese faro jurisprudencial al que alude el Magistrado del TS citado, añado la inversión en imagen sobre la Justicia, actualmente deplorable y por los suelos, incluso ahorro en gafas, dadas las horas invertidas frente al ordenador intentando búsquedas imposibles para introducir referencias jurisprudenciales a las que asirnos. En cualquier caso, y sea cual sea nuestra actitud frente a la reforma, lo que es un hecho es que nos incrementa exponencialmente la lectura judicial, si bien hasta el límite del número de ponencias asignadas, pues no puede recurrirse más que lo resuelto.

La primera novedad de esta fase de preparación es que se extiende a los Juzgados de lo Contencioso²³, que se estrenarán en este cometido. Pero la de mayor calado es el incremento exponencial en el grado de atención que se requiere del órgano de instancia, tanto por la apertura de resoluciones susceptibles de cuestionamiento como por la necesidad de que toda respuesta revista forma de auto. Se retoma, pues, la exigencia de colaboración estrictamente judicial que se había diluido con la de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, atribuyendo numerosas competencias a los LAJ²⁴,

²³ Y por tales entiendo comprendidos también los Juzgados Centrales de lo Contencioso, aun cuando no mencionados expresamente, precisamente porque los términos que utiliza no se ajustan precisamente al contenido de su regulación.

²⁴ Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

Clara Penín Alegre

de forma que solo cuando el recurso podía entenderse no preparado requería resolución del Tribunal (habitualmente para determinar si la cuantía superaba la barrera del umbral conforme a los estrictos criterios del TS).

Este periodo transitorio de relajamiento en el control judicial desaparece, pues el artículo 89, 4 y 5, de la LJCA nos obliga a dictar auto motivado, tanto si se tiene por preparado el recurso como si no. Lógicamente, para resolver es preciso que todo escrito de preparación que entre por el Juzgado o Sala, a salvo los que se presenten fuera de plazo filtrados por los LAJ, sea objeto de lectura. De esta forma se verifica si efectivamente se dan las exigencias previstas en el artículo 89.2 de la LJCA. Y como para toda resolución en los órganos colegiados, es precisa la deliberación. No obstante la imprescindible motivación en cualquier caso para explicar las razones que llevan a una u otra decisión, la redacción de esta exigencia no resulta idéntica en uno y otro párrafo. Si se tiene por preparado el recurso (se entienden cumplidas las exigencias legales) se requiere «*motivación suficiente sobre su concurrencia*». Al no truncar su tramitación, y como viene siendo habitual en el ámbito procesal, esta resolución carece de recurso como tal. Pero el recurrente no puede respirar tranquilo, pues deberá pasar el verdadero filtro de admisión que ejercerá el TS. Por el contrario, el precepto alude a «*auto motivado*» sin más cuando lo considera no preparado. Aquí sí se abre la vía de recurso (queja). Me inclino a pensar que mientras que en el primer supuesto se precisa una constatación sucinta de que se cumplen los requisitos del artículo 89.2 de la LJCA, por lo que bastaría aludir a esta verificación, la motivación en el supuesto contrario, no limitada por calificativo alguno, se torna más exigente en cuanto se niega el acceso al recurso. El «documento de trabajo» que vienen utilizando el CGPJ y el TS insta a los tribunales de instancia (nadie cuenta con los juzgados, precisamente los más inexpertos en la cuestión) a ejercer un control material, de contenidos, y no meramente formal. Sin embargo, este llamamiento casa mal con la soberanía con que el TS va a decidir si concurre el «*interés casacional objetivo*», abandonando el sistema reglado actual, y dotando a la sala de admisión de un margen lo suficientemente amplio como para no precisar una rigidez extrema por el órgano de instancia. Si bien puede ser un sistema más eficaz para el TS, la posibilidad de que se afee la inadmisión vía resolución de recurso de queja va a pesar en nuestras mentes a la hora de denegar la posibilidad de que el TS valore si admite o no un recurso.

4. LAS PRISAS Y LA SUBSANABILIDAD

El espíritu y finalidad del nuevo recurso difiere extraordinariamente del fenecido. Solo por esta razón hay que tratar de no exportar fórmulas instauradas que quizás no ruedan bien con el nuevo sistema. O que, cuando menos, sean innecesarias.

Por ser una de las referencias más gráficas que he leído en la árida literatura contenciosa, me vinieron desde el principio a la cabeza las palabras que una autora recogía de Antonio Pérez-Tenessa Hernández sobre los cambios legislativos: «*Los juristas son como niños, y hay que contarles el cuento siempre de la misma manera. Si cambias algo te dicen: no, eso no es así, la bruja no entra por la ventana sino por la chimenea*»²⁵.

Más que mis hijos (a los que no era posible versionar los cuentos que yo misma me inventaba para desdicha de mis familiares), los juristas nos resistimos a abrir la mente y reflexionar en profundidad sobre los cambios legislativos que arrastran consigo nuevos escenarios, principios o finalidades. En este caso, tanto la doctrina como el TEDH han criticado la postura del TS, hasta ahora justificada por la masificación de este recurso extraordinario. Hay que, por lo menos, plantearse si está justificado que se mantenga este nivel de exigencia exacerbada cuando se ofrece como contrapartida un alto margen para rechazar prácticamente de forma inmotivada un número elevado de recursos.

Anteriormente, el plazo de 10 días para presentar el recurso de preparación de recurso podría considerarse reducido y podía explicar errores que pretendían su subsanación. No es la misma la posición del profesional que recurre, dado que ahora cuenta con 30 días, en línea con las mayores exigencias que se precisan del escrito inicial de preparación. Con estas pautas (ampliación del plazo, cuasi desaparición del sistema reglado) hay que plantearse si estos escritos resultan subsanables y en qué extremos. En este punto voy a referirme inevitablemente al documento de trabajo del CGPL-TS, en tanto que puede dar pistas sobre el criterio de este último Tribunal al respecto. En principio, todo apunta a que mantendrá una línea continuista (el documento se apoya en pronunciamientos dados con el sistema anterior) negando esta posibilidad por tratarse de requisitos tasados cuya ausencia supondría la existencia de vicios sustanciales²⁶.

²⁵ COLLADO MARTÍNEZ, R.M., «La bruja por la chimenea y la incautación de la fianza en el caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable al contratista», en la web madrid.org.

²⁶ Pleno de la Sala 3.^a del TS en el Auto de 15-10-2105 (rec. 1823/15). La rotundidad del criterio avanzado por el TS ha de entenderse siempre en sus estrictos términos referido a los requisitos sustanciales. Cuestiones como la falta de representación (ej., cuando el recurso se prepare ante el juzgado) firma de letrado (STC 21/1990, de 15 de febrero), constitución de depósito para recurrir, etc., son contempladas en acuerdo no jurisdiccional de la Sala 1.^a del TS de 30-12-11 considerándolos vicios subsanables, lo que ha sido admitido también por la Sala 3.^a, permitiendo su corrección vía artículo 138 de la LJCA.

Clara Penín Alegre

Desaparece el trámite de audiencia previa en esta fase²⁷, lo que puede llevar a pensar que ya no es posible.

No obstante, el propio documento no resulta tan rígido y admite la posibilidad de subsanación en extremos como los novedosos y polémicos requisitos exigidos por el acuerdo de la Sala de Gobierno que contempla el artículo 87.3 bis de la LJCA (extensión máxima, otras condiciones extrínsecas...), máxime cuando el documento aprobado hasta el momento recomienda su exigencia ya en este trámite y no solo en el escrito de interposición²⁸. Extremos como la exigencia de apartados separados encabezados con un epígrafe expresivo o la misma certificación del número de caracteres ameritan esta posibilidad. No obstante, la subsanabilidad ha de entenderse de cuestiones de forma, no de fondo. Siempre hay que comprobar la coincidencia sustancial del contenido a fin de evitar que se pretenda incorporar motivos o argumentos que no se hicieron valer de forma tempestiva. Sí considero cuestionable el mantenimiento de exigencias, como las que he leído en algún documento, que desaparecen con el nuevo sistema y que resultan incompatibles con el espíritu de apertura tecnológica que rodea a la reforma. Concretamente, las certificaciones de las sentencias de contraste exigidas en el recurso de casación para unificación de doctrina²⁹. Este motivo se considera ahora en el artículo 88.2 de la LJCA como de posible interés casacional, abandonando su rigidez. Si el instrumento de diálogo con la comunidad jurídica pasa a ser una página web, no se entienden exigencias caducas y no equivalentes con los requisitos informáticos que de contrario se reclaman al profesional.

²⁷ Se suprime la previsión del actual artículo 97.4 de la LJCA, utilizado en muchas salas para permitir la subsanación. Esta flexibilidad ha sido corregida por el TS en numerosas ocasiones, por ej. STS, Sala 3.ª, Secc. 4.ª, de 20-9-2012, rec. 849/2012.

²⁸ Con fecha 20 de abril de 2016, la Sala de Gobierno del TS adoptó el acuerdo sobre extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al recurso de casación ante la Sala Tercera. Con justificación en la LO 7/2015, que introduce el nuevo diseño casacional, y la Ley 18/2001, sobre el uso de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la Administración de Justicia, considerando la existencia de normas paralelas en otros tribunales internacionales y extranjeros, establece las siguientes exigencias formales para el escrito de interposición: extensión máxima de 50.000 caracteres con espacios, equivalente a 25 folios, a una sola cara, incluyendo las notas a pie de página, esquemas o gráficos que pudieran incorporarse, lo que se certificará al final. Fuente Times New Roman, 12 puntos (10 puntos en las notas de pie de página o en transcripciones literales). A4 sin rayas, interlineado 1,5, márgenes horizontales y verticales de 2,5 cm, foliado en la esquina superior derecha, en formato creciente y comenzando en el número 1. Todos los documentos que se aporten estarán suficientemente identificados y numerados. Estructura: carátula (que incluirá una serie de datos de identificación que especifica) y contenido (apartados separados y debidamente numerados, que se encabezarán con un epígrafe expresivo de aquello de lo que traten, conforme al art. 92.3 de la LJCA). Para los escritos de preparación y oposición a la admisión se establecen criterios orientadores: no deberán sobrepasar los 15 folios, coincidiendo el resto de requisitos con los del escrito de interposición.

²⁹ Ciertamente esta exigencia lo es del escrito de interposición (STS, Sala 3.ª, Secc. 2.ª, de 27-3-2015, rec. 2518/2013), si bien ahora es ante el escrito de preparación que se decide la admisión. La STC 216/1998, de 16 de noviembre, avaló la insubsanabilidad de este defecto.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

5. ¿ES EXIGIBLE EL INCUMPLIMIENTO DEL ESTÁNDAR DE GARANTÍAS DEL TEDH?

Los órganos de instancia hemos de verificar que concurren los requisitos exigidos al escrito de preparación de la casación. Reitero. Pesa el aliento del TS en la nuca para que contengamos el mayor número posible de impugnaciones y para ello, aunque no oficialmente, sí en los documentos de trabajo elaborados por un selecto grupo de intervinientes se vislumbra la recomendación de que se mantenga el estándar de exigencia exacerbada impuesto hasta el momento. Sin embargo, como órganos judiciales que somos, hemos de partir del estándar de garantías que imponen los grandes tribunales de garantías: tanto el TC como el TEDH³⁰. No hacerlo nos convertiría en cómplices de una eventual lesión de derechos fundamentales. De hecho, la reforma alcanza al recurso de revisión, recogiendo ya expresamente como un motivo expreso la existencia de una declaración del TEDH frente a una resolución firme que haya sido dictada con violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio³¹ y sus Protocolos. En el ámbito contencioso se regula en los artículos 5 bis de la LOPJ y 102.2 de la LJCA³², ejercitable en un año, si bien subsidiariamente a cualquier otro remedio procesal³³.

Respecto del primer Tribunal de garantías, cierto es que el TC tiró la toalla a partir de la Sentencia 37/1995, de 7 de febrero, como comenta García de Enterría: el recurso de casación (salvo en el ámbito penal) abandonó su espacio privilegiado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución) pasando a un segundo nivel de configuración legal no equiparable al acceso a la jurisdicción. Nos ha acostumbrado a un control externo, sobre la razonabilidad de la decisión de inadmisión, para excluir la arbitrariedad y el error

³⁰ Se menciona como indicador de su validez la decisión de 15-1-2002, *Juan Ramos Carrasco contra España*, núm. 63148/2000 del TEDH, pues nada en el Convenio impide a un Estado Parte abolir por una modificación legislativa una vía de recurso existente o sustituirla por otra, todo ello en relación al recurso de casación. En la STEDH de 20-1-15, *Arribas Antón contra España*, núm. 16563/2011, consagra el nuevo sistema de amparo constitucional español basado en la especial transcendencia constitucional, que recuerda al interés casacional ahora en liza: «*el fin pretendido por el cambio legislativo de 2007 es legítimo, para mejorar el funcionamiento del Tribunal y reforzar la protección de los derechos fundamentales, y evitar una saturación excesiva con asuntos de menor importancia*», finalidad que subyace en esta reforma.

³¹ CEDH.

³² Para el ámbito civil se regula en los artículos 510 a 512 de la LEC.

³³ Resultó paradójica la situación creada tras la STEDH de 15-12-2009, en el caso *Llavador Carretero*, que apreció la violación del art. 6.1 del Convenio en una decisión del TS de inadmisión. El TS rechazó la petición de nulidad de actuaciones mediante ATS, Sala 3.ª, Secc. 5.ª, de 13-5-13, rec. 4386/1998, por razones de ejercicio extemporáneo. Sin embargo, el Auto no dejaba de recordar que «*las sentencias del TEDH tienen carácter declarativo y no anulan ni modifican por sí mismas los actos (en este caso sentencias) declarados contrarios al Convenio, esto es, son resoluciones sin efecto directo anulatorio ni ejecutoriedad a cargo de los Tribunales españoles*». La reforma viene a enmendar este déficit apuntado por el Alto Tribunal.

Clara Penín Alegre

manifiesto³⁴. Por el contrario, el TEDH sí ofrece un referente digno de mención al descender siempre a las circunstancias del caso para imponer un estándar de proporcionalidad junto al de racionalidad a la hora de sacrificar un derecho, y el TS es receptivo a esta jurisprudencia... cuando es factible y útil una interpretación alternativa³⁵. Nadie duda, pues, de que el TS es consciente de las condenas del TEDH. Han sido razones de efectividad las que le han llevado a asumir eventuales pero limitadas condenas. No hacerlo hubiera hecho quebrar aún más uno de los pilares de la Justicia, que es su pronta respuesta, dado el elevado número de recursos que inundaban el TS en los últimos años. Así, es un hecho que el TEDH se ha pronunciado sobre la excesiva rigidez en la interpretación de los requisitos de admisión de nuestro TS, fundado en la desproporción frente al resultado de impedir el acceso al recurso, si así se desprende de los hechos enjuiciados. Por poner algunos ejemplos harto conocidos, lo hizo en la STEDH, de 28-10-2003, *Stone Court Shipping Company, S.A. contra España*, núm. 55524/2000, en relación a la presentación del escrito de preparación ante el juzgado de guardia uno o varios días antes del vencimiento del plazo. En la STEDH de 9-11-2004, *Sáez Maeso contra España*, núm. 77837/2001, afea la exigencia de mención del motivo de casación frente a una inicial conducta de admisión reparando siete años después en el defecto (con modificación legislativa de por medio y sin información a la parte). En la ya mencionada STEDH de 5-12-2009, *Llavador Carretero contra España*, núm. 21937/2006, declara la violación del artículo 6.1 CEDH al inadmitir el recurso de casación por considerar que se omite una sucinta expresión de los requisitos formales cuando el tribunal disponía de todos los elementos para apreciar su concurrencia... Curiosamente, en todos ellos el TC no consideró existencia de relevancia constitucional.

³⁴ Las SSTC 252/07, de 17 de diciembre, 16/07 y 265/05, entre otras, mencionan la necesidad de una sucinta exposición que, aun cuando concisa, contenga un mínimo desarrollo. Los votos particulares se pronuncian sobre el formalismo excesivo mantenido para la admisión.

³⁵ Las STEDH de 25-4-2006, núm. 1483/2002, *Puig Panella*, y de 13-7-2010, núm. 25720/2005, *Tendam*, llevaron al TS a modificar su criterio sobre la extensión del artículo 294 LOPJ en la construcción de «inexistencia subjetiva» a fin de permitir el automatismo en materia de responsabilidad patrimonial y evitar la necesidad de prueba del error judicial del 293 de la LOPJ. El TEDH considera que el análisis de la ausencia de prueba de la participación tras un sobreesimiento libre o sentencia absolutoria penal pone en riesgo la presunción de inocencia. Las sentencias de la Sala 3.ª del TS, Secc. 6.ª, de 23-11-2010, rec. 1908/2006 y rec. 4288/2006, corrigieron este criterio volviendo al artículo 293 de la LOPJ. La reciente condena STEDH de 16-2-2016, *Vleeland Boddy y Marcelo Lanni contra España*, núm. 53465/2011 y 9634/2012, es resultado de una decisión del TS de inadmisión de 29-4-2010, anterior al cambio jurisprudencial. El TC inadmitió el recurso el 14-3-2011 pese al cambio de criterio del TS.

6. GARANTISMO NO EQUIVALE A ANTIFORMALISMO

Garantías, sí, no creación literaria, menos aún anarquía, en la presentación de escritos de preparación. Las formalidades y plazos a cumplir para formular un recurso tienen como objetivo asegurar la buena administración y el respeto, en particular, del principio de la seguridad jurídica, de forma que los interesados cuentan con que estas normas sean aplicadas, y este es un objetivo legítimo. La lectura de sus actuales exigencias cortan de raíz cualquier atisbo de antiformalismo que pudiera deducirse de mi anterior reflexión, como se desprende de los artículos 89.2, 89.4 y 87.3 bis de la LJCA. Lejos de ello, se refuerza una concreta estructura, forma y requisitos de fondo cuya ausencia se penaliza con el cierre de puertas al paraíso casacional. Que se cumplan estos requisitos es *conditio sine qua non* para la viabilidad del recurso. Y estas exigencias han sido avaladas por el mismo TEDH respecto a la casación³⁶. No existe un derecho absoluto de acceso a esta impugnación. Este se presta a limitaciones implícitamente admitidas, especialmente en lo referente a las condiciones de admisibilidad de un recurso extraordinario como es el de la casación.

Dicho lo anterior, el grado de exigencia no será el mismo en función del requisito legal apreciado. Se extremará, es lógico, en cuanto a los tradicionales requisitos formales sobre plazo, legitimación y recurribilidad (artículo 89.2.a de la LJCA), donde el control será a su vez formal al operar como carga procesal. De la doctrina del TEDH puede deducirse la viabilidad del recurso si puede deducirse su concurrencia en el escrito aun cuando, para asegurar errores, es conveniente una sucinta exposición. Y aun cuando sencillos, todos ellos son susceptibles de generar polémica.

1. Plazo: se generará sin duda en el régimen transitorio y en los festivos dispares vigentes en cada territorio, al ubicarse el TS en una Comunidad que puede ser distinta de aquella en que se dictó la sentencia.
2. Legitimación: se introduce una novedad en el artículo 89.1 de la LJCA. Están legitimados para interponer el recurso quienes *debieran* haber sido parte. Ocurrirá con los actos plúrimos (dirigidos a una pluralidad de personas) si no han sido llamados todos ellos al proceso. A nadie pasa desapercibido el grave problema generado con las sentencias que ordenan el derribo de viviendas como consecuencia de una actuación

³⁶ En la Decisión de fecha 12-9-2015, *Yamila Hassan Mohamed contra España*, núm. 71697/12, afirma que «no existe vulneración del artículo 6 cuando se inadmite un recurso de casación presentado por un medio o lugar distinto, o transcurrido el plazo señalado por la Ley».

Clara Penín Alegre

ilegal de la Administración³⁷. Suscita problemas quien, emplazado en su momento, no se personó deliberadamente en la causa, dado que, según el documento de trabajo, le habría precluido esta posibilidad. La STEDH de 25-1-2000, *Miragall Escolano y otros contra España*³⁸, presumió el conocimiento de la STS, pese a la ausencia de notificación personal, por el tiempo transcurrido y la pertenencia al colegio profesional inicialmente recurrente.

3. Recurribilidad: se aprecia disparidad de criterio en cuanto a las resoluciones que se abren al nuevo recurso, principalmente en relación con los autos de los juzgados de lo contencioso (artículos 88 y 89 de la LJCA), y podría ser que una interpretación literal (que no comparto) pretendiera excluir las resoluciones de los juzgados centrales.
4. A este primer nivel corresponderían también las exigencias formales del escrito introducidas por el acuerdo de la Sala de Gobierno del TS al amparo del artículo 87.3 bis de la LJCA, si bien en cuanto a los extremos informáticos ajenos al contenido jurídico podría admitirse un grado de subsanabilidad.

Más polémica suscita la identificación, acreditación o justificación de los requisitos b) a e) del artículo 89.2 de la LJCA. Partiendo de la ineludible exigencia de que se produzca una reflexión en torno al verbo rector *exigido*, es la intensidad que se exija al control lo que puede resultar conflictivo. No por ser novedosos, pues ya existían en la casación contenciosa. El paradigma de interpretación cambia, pues con el nuevo diseño no existen supuestos tasados de admisión-inadmisión. Además, se intensifica el grado de exigencia para el escrito de preparación, partiendo de que el primer interesado en que el recurso sea admitido es el propio recurrente. Y a la vista del amplio margen de decisión con que cuenta el TS, este escrito no solo ha de ser atractivo sino completo para poder ser seleccionado. De hecho, una estrategia procesal tendente a plantear conflictos innecesarios puede ejercer un efecto disuasorio de cara a la consideración en el caso concreto del necesario interés casacional. Como escribió José Ramón Chaves, «*una cosa es un tentempié y otra pasar hambre*»³⁹: es exigible una mínima ilustración que lleve con facilidad a la comprensión de la cuestión

³⁷ El TC se lavó inicialmente las manos analizando la legalidad del emplazamiento (ver STC 192/97, de 11 de noviembre), considerándolos intereses sobrevenidos con la adquisición de la vivienda que no obligan a dar marcha atrás en el procedimiento. Incluso en el supuesto en que estos terceros propietarios constasen en el momento de la contestación a la demanda, considera no es exigible su llamada al proceso, pues hubiera producido un «*retraso desmesurado*» en la tramitación del procedimiento.

³⁸Núm. 38366/1997, 38688/1997, 40777/1998, 40843/1998, 41015/1998, 41400/1998, 41446/1998, 41484/1998, 41487/1998 y 41509/1998 acumulados, en un tema de farmacias.

³⁹ CHAVES, en «Última esperanza...».

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

casacional que se pretende dilucide el TS. Siguiendo un discurso lógico acompañado a la norma, una exposición inteligible del interés casacional parte de:

1. La identificación precisa de las normas y jurisprudencia que se consideren infringidas, lo que exige una referencia a los concretos artículos y sentencias. Hay que olvidarse de la invocación «abstracta» a amplios sectores del ordenamiento; de invocarse principios, hay que explicar su incidencia en el caso concreto; citar las resoluciones por sus datos objetivos (nunca por la reseña a bases de datos privadas, corruptela ampliamente extendida) y contar con que las referencias que se ofrezcan van a ser comprobadas. Novedad apenas comentada es la posibilidad que se brinda al recurrente de apelar a normas o jurisprudencia que el órgano de instancia «*hubiera debido observar aun sin ser alegadas*». Previsión que, por la deficiente técnica del legislador, no se contempla en el artículo 86.3 de la LJCA. Al margen de los problemas que puede plantear respecto al principio de congruencia entre escritos iniciales y la sentencia (artículo 33 de la LJCA), puede tener un claro sentido de cara a las resoluciones vinculantes del TC y del TUE recaídas con posterioridad a que se hayan fijado los términos de la contienda, cuya doctrina no se haya aplicado en la sentencia recurrida⁴⁰.
2. Localizar, cuando se invoque infracción procesal, la subsanación fallida, identificando el momento en que se solicitó su subsanación o justificando que no existió momento procesal apto al efecto⁴¹.
3. Justificar que, de no haberse cometido la infracción imputada, el fallo hubiera sido otro (el conocido como juicio de relevancia).
4. Justificar que la norma infringida lo es de derecho estatal o de la Unión Europea. El precepto alude a las sentencias de los TTSSJ, pero es obvio que resulta extensible a los juzgados. Además, plantea una de las cuestiones más espinosas dependiendo de las sensibilidades autonómicas, y así se aprecia en los diferentes informes remitidos por los TTSSJ, dada la convivencia de normativas propias de distintos ordenamientos en un mismo ámbito y las competencias concurrentes que cada uno de ellos regula. Verificar que la norma estatal o comunitaria infringida fue determinante del fallo⁴² (haya sido aplicada o no, por sí

⁴⁰ La STUE de 23 de abril de 2015, C-38/14, *Zaizoune*, ha resultado un caso paradigmático al considerar contraria al derecho de la Unión la multa como alternativa a la expulsión para extranjeros que se hallen en situación irregular en España. Con independencia de los términos del debate, su aplicación por los tribunales y el debate sobre su doctrina ha sido inmediato.

⁴¹ No será válido invocar desconocimiento de que tenía que impugnarse una determinada decisión procesal o dejar protesta: los letrados conocen el régimen de recursos (ATC 167/2001, de 20 de junio).

⁴² Ver AATC 146/2000, de 12 de junio, y 119/1998, de 4 de junio.

Clara Penín Alegre

sola o en conjunción con otras⁴³) no requiere que estemos de acuerdo con su interpretación. Por su parte, las SSTEDH de 8-1-2009, *Golf de Extremadura S.A. contra España*, núm. 1518/2004, y de 22-7-2008, *Barronechea Atucha contra España*, núm. 34506/2002, nos recuerdan que es suficiente la cita de los preceptos no autonómicos que permitan su control por el TS. Finalmente, algunos autores denuncian un olvido del derecho local. Pero, como tal, entiendo que este derecho no tiene entidad propia sino que forma parte del derecho estatal como derecho derivado. En cualquier caso, se me antoja un control escurridizo, como la propia ponencia. Sin embargo, y de ahí la insistencia del TS para cambiar nuestra mentalidad, los órganos de instancia tenemos una visión privilegiada del asunto: lo hemos estudiado, deliberado y fácilmente podemos intuir si se está forzando alguno de estos extremos. Un simple deber de lealtad debiera involucrarnos y colaborar, en la medida que entenderíamos que la ley nos lo permite, en identificar estos supuestos (por ejemplo, en los *obiter dicta* de los autos teniendo por preparado un recurso frente a una concurrencia formal de los requisitos).

Mención aparte merece la última y más importante de las precisiones del escrito, dado el adverbio «*especialmente*» con que se exige: la fundamentación del interés casacional [artículo 89.2.f) de la LJCA]. Siguiendo a Diego Córdoba⁴⁴, para su apreciación es soberano el TS, por lo que puede considerarse una extralimitación divagar al respecto los órganos que no estamos llamados a pronunciarnos sobre si concurre o no el exigido interés. No obstante, sí resulta verificable que el escrito contenga una mínima explicación al respecto. Y lo que es más importante, que sea aplicable al caso, pues no puede construirse una cuestión casacional en el aire, al margen de los hechos debatidos. Un posible problema se puede plantear en relación a la exigencia de que se fundamente la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos en que pueda apreciarse con referencia al artículo 88, 2 y 3, de la LJCA. Este precepto acoge un sistema de *numerus apertus*, sin descartar otras circunstancias no referidas en que pueda

⁴³ Por poner dos ejemplos que han afectado a decisiones de la Sala en la que sirvo, el ATS, Sala 3.ª, Secc. 1.ª, de 27-12-07, rec. 550/07, permitió el recurso de casación pese a que la norma aplicada era la autonómica, pero dictada en desarrollo de una normativa básica estatal. Y en la STS, Sala 3.ª, Secc. 5.ª, de 23-6-15, rec. 3062/13, se casa parcialmente la sentencia relativa a un plan urbanístico, entrando a resolver el TS el aspecto ambiental y devolviendo la causa al tribunal a *quo* para que resuelva conforme al derecho autonómico aplicable al plan.

⁴⁴ Joaquín Huelin entiende, por el contrario, que los tribunales de instancia, al adquirir protagonismo, «no solo han de apreciar la concurrencia de esos requisitos reglados (plazo, legitimación, recurribilidad) y que se cumplen las exigencias formales que impone al escrito de preparación el artículo 89.2 (incluido el juicio de relevancia), sino, especialmente, constatar que concurren alguno o algunos de los supuestos que, conforme al artículo 88, apartados 2 y 3, determina que el asunto puede presentar interés casacional objetivo», según el escrito que me facilitó para mi intervención.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

concurrir el interés casacional. Por esta vía es posible invocar, por ejemplo, los supuestos considerados como vacíos de previsión o de difícil subsunción, como la omisión de una doctrina constitucional vinculante. ¿Y si apreciamos excesos manifiestos? Léase un cambio descarado de hechos probados, falta evidente de fundamentación o cuestiones intrascendentes. Me resisto a creer que vamos a permanecer neutrales.

7. NUESTRA HUELLA COMO COOKIES INFORMÁTICAS: LA OPINIÓN FUNDADA

Si es que se nos concede algún papel en esta casación, más allá del de filtrar el papel que amenaza con inundar la Sala Tercera, es precisamente el reverso a la neutralidad expuesta en el apartado anterior. Irrumpe en la normativa procesal una denominada «opinión fundada» a modo de vía privilegiada para aportar nuestro parecer. El artículo 89.5 de la LJCA regula la función del órgano de instancia cuando se cumplen los requisitos del apartado 2.º y finaliza con la siguiente previsión: «*Y si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que unirá al oficio de remisión*».

Esta nueva figura se enmarca en el intento que la Justicia está haciendo por subirse al tren de las nuevas tecnologías, a veces olvidando que se trata de una lenta y vieja maquinaria y que precisa vitaminas antes de pedirle que eche a correr. No obstante, y a diferencia del llamado papel «0»⁴⁵, en este caso sí se producen mejoras tangibles desde el primer momento, comenzando con la misma publicidad de los autos de admisión a través de la página web del TS (artículo 90.7 de la LJCA). Pensando en clave informática, dado que la opinión jurídica acompaña al oficio de remisión del recurso, la imagen más gráfica de las ventajas que reportaría una eventual admisión del recurso sustentada en la opinión del órgano de instancia sería la de quedar adherida, a modo de *cookie* invisible, al auto de admisión publicitado informáticamente. Cierto que la opinión fundada no se publica. Pero de rastrear los antecedentes de una importante cuestión con interés casacional, nos topáramos con esta información oculta del

⁴⁵ No me resisto a comentar la paradoja producida con la instauración de las presentaciones telemáticas: se ha disparado el uso diario de las impresoras para transformar en papel lo remitido, copias incluidas; ni a llamar la atención sobre el clamoroso olvido que algunos sistemas de gestión procesal sufren, como el Vereda, de la figura del juez en el proceso: no está previsto su acceso fuera del despacho, a diferencia del resto de profesionales que intervienen, lo que técnicamente no tiene un pase (si se habilita al procurador, al abogado, incluso al perito, para ver el contenido del procedimiento desde su ordenador, no existe razón para que en la misma medida pueda hacerlo el juez). La solución que se ofrece es cargar con un antediluviano ordenador cada día, previa desconexión del despacho y asunción de los riesgos de su transporte, que además tiene la virtud de colapsar toda la red domiciliaria, so pretexto de que los jueces estamos acostumbrados a llevar peso. Quizás este comentario pudiera interesar a la Inspección de Trabajo...

Clara Penín Alegre

que la opinión fundada supondría su posible germen, satisfaciendo los eventuales egos judiciales que abundan por doquier. Nuevamente se echa en falta una sistemática reforma de la LOPJ para dotarle del correspondiente régimen al resultar una expresión judicial escrita y desechando el término «informe». La ausencia de mayor especificación plantea algunos interrogantes llamados a ser perfilados a través de su uso. Su finalidad es la de ofrecer una referencia cualificada al TS. Pero, si las previsiones de avalancha impugnativa se confirman, no bastará con su emisión: habrá de vestirse con sus mejores galas si quiere ser la elegida en un baile que se augura con demasiados pretendientes.

Por el párrafo en que se prevé dentro del artículo 89, es mayoritario el parecer de que solo cabe emitir esta opinión si es favorable a la admisión del recurso. No obstante, el artículo 90.3.a) de la LJCA permite una interpretación dispar. Cuando dispone «*si el órgano que dictó la resolución recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo 89.5 opinión que, además de fundada, sea favorable...*», parece dar a entender que cabe la alternativa contraria. La única diferencia sería que solo en este supuesto se forzaría la inadmisión por auto del TS, mientras que de ser contraria a la admisión se seguiría inadmitiendo por providencia⁴⁶. Tampoco el artículo 89.5 *in fine* de la LJCA aclara si esta opinión cabe en todos los supuestos de posible interés casacional, con o sin presunción (artículo 88, 2 y 3, de la LJCA). Solo en el primer supuesto desplegará un efecto procesal tangible al reclamar un auto del TS como respuesta. Pero nada impide que refuerce la presunción legal, obligando al TS a rebatir la opinión fundada si considera que existen salvedades para no apreciar el interés en los supuestos en que así se permite en el artículo 88.3 de la LJCA.

Cuestión de mayor calado es la relativa a la exigencia de deliberación en los órganos colegiados de toda «resolución» que esta dicta. Si es la Sala la que ostenta la competencia para la preparación y para la emisión de la opinión, parece que ha de operar el acuerdo interno dentro del órgano. Lo que sí resulta más discutible ante el silencio de la ley es la cuestión del cambio de ponente para su redacción. Tampoco se contempla la notificación a las partes, pues el artículo 89.5 de la LJCA solo exige la unión al oficio de remisión de los autos al TS, por lo que aquellas pueden perfectamente desconocer su emisión al defender su posición de abrirse el trámite del artículo 90.1 de la LJCA, y los argumentos en ella expuestos. Nada impide, sin embargo, que el conocimiento provenga de fuentes indirectas, como la de acordar su emisión al dictar el auto que dé trámite al escrito de preparación. Incluso si se quiere convencer a la parte de la viabilidad del recurso, la sentencia o auto pueden dejar caer algún fundamento que ofrezca pistas suficientes para el buen lector.

⁴⁶ Autores, como Fernández Farreres, se oponen frontalmente a esa posibilidad, al igual que aquellos que se pronuncian sobre esta fase como heredera de la anterior y fácilmente suprimible.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

En cualquier caso, si el objetivo es captar la atención del TS sobre la cuestión, la redacción de la opinión ha de cuidarse de forma extrema. Como punto de partida, la ley nos pide que sea «*sucinta y fundada*». En términos generales, la persona llamada a emitirla por escrito es el ponente de la resolución impugnada. Pero todo término general contiene excepciones, y de ahí el planteamiento de que pueda redactar la opinión un magistrado con mayor facilidad de expresión escrita⁴⁷. Supongo que es rizar el rizo pues, partiendo de la saturación de los órganos contenciosos, la tendencia será la de mantener que cada palo aguante su vela... y redacte las opiniones de su ponencia. Abstracción hecha de quien resulte ser el escribano final, la idea es la de convencer al TS de las bondades de resolver la cuestión que se plantea. De ahí que esta redacción, además de esencial, deba ser singular, como lo son ya en la actualidad las cuestiones prejudiciales o de constitucionalidad. Sin embargo, en este caso existe una llamada explícita a la brevedad y a la motivación (como vulgarmente se diría, «*elegante a la par que sencilla*»). Siempre he defendido que mi corazón (si es que lo tengo) es penalista. Y de ahí el recurso a otra figura igualmente novedosa en su momento como fórmula de expresión judicial: el objeto de veredicto en el procedimiento de Jurado⁴⁸. De ahí los consejos que sugiero para su emisión:

Contar con condiciones atmosféricas adecuadas para su elaboración. Nada de amigos ni familia alrededor, de ser posible. De hecho, estas necesarias condiciones son propicias para fundamentar una licencia ex artículo 378.8 de la LOPJ.

Redactar con muchas «ces». Es decir, de forma «*concisa, cimentada, clara, coherente y congruente*». Concisa, en cuanto sucinta. Cimentada, en cuanto fundada, huyendo de escritos estereotipados y con referencia al caso en concreto. Clara, en la exposición y en el lenguaje, para permitir que el TS perciba a primera vista el posible interés casacional. Coherente, siguiendo pasos lógicos y no crípticos. Congruente, con el escrito de preparación, pues no pueden construirse cuestiones en el vacío, y con el necesario anclaje en la causa.

Un mínimo de recursos para su difusión y comprensión⁴⁹. No reclamo, dada la situación social, el despliegue de medios que en su día acompañó la regulación del jurado. Pero perviviendo los cursos de formación, creo que esta técnica innovadora exige una reflexión no exenta de la colaboración de distintos profesionales (lingüistas, psicólogos, magistrados del TS...) sobre técnicas de redacción

⁴⁷ Aconsejo la lectura de un breve artículo de Pérez Alonso sobre el «*writ of certiorari*» estadounidense, germen de la idea.

⁴⁸ En mi primer objeto de veredicto empleé una semana de sesudas reflexiones para concluir que era imprescindible simplificar y redactar en lenguaje llano los hechos de la acusación si quería que el juicio por Jurado no fracasase.

⁴⁹ Un incentivo para la emisión de opiniones fundadas, dado el evidente trabajo que puede suponer, sería su valoración por el CGPJ a efectos de módulos de una manera especial.

Clara Penín Alegre

atractivas, lo mismo que en los distintos colegios y organismos con letrados de servicios jurídicos propios de cara a la redacción del escrito de preparación e interposición.

Dirigir la fundamentación a precisar la o las cuestiones que consideramos requieren una doctrina jurisprudencial, con indicación de la norma o normas que precisan interpretación (este aspecto se recoge tanto en el auto de admisión del TS, artículo 90.4 de la LJCA, como en la sentencia, artículo 93.1 de la LJCA). Su formulación permite que fuera a modo de interrogantes, pero no es preciso decantarse abiertamente por una solución, aunque la mayoritaria en la Sala se haya ya plasmado en la resolución recurrida. También resulta aconsejable argumentar su trascendencia suficiente para intentar impedir la inadmisión vía artículo 90.3.b) de la LJCA.

Es evidente que a nadie le agrada leer una crítica de su parecer. Y esto es lo que representa el escrito de preparación del recurso, sobre el que se nos invita a opinar fundadamente en principio a su favor. De ahí que me haya planteado en qué supuestos es previsible que la Sala vaya a desplegar un esfuerzo extra en contra de su sentencia (pues al que recurre, por definición, se le ha generado un gravamen con la resolución que impugna). En los órganos colegiados el pensamiento no es uniforme y afloran en las deliberaciones pareceres encontrados sin referencia alguna, jurisprudencial ni dogmática. Uno de los territorios vírgenes es el tributario⁵⁰, cuya complejidad y repercusión para el contribuyente nos trae de cabeza. En todo, casi, es difícil pronunciarse *ex ante*. Sin embargo, las circunstancias resultarán más propicias en los supuestos de jurisprudencia menor contradictoria y recursos masa⁵¹, letras a) y c) del artículo 88.2 de la LJCA, cuando no existe presunción de interés casacional. Repárese en que el primer motivo requiere que «*la interpretación contradictoria [lo sea] con la que otros órganos jurisdiccionales*» tomaron, supuesto que no se acomoda a las contradicciones internas dentro de un mismo órgano fruto de pronunciamientos dispares en sus distintas Salas o Secciones, llamados a diluir mediante acuerdos jurisdiccionales para unificar criterios al amparo del artículo 264 de la LOPJ, lo que presenta complicaciones para ser considerado como análogamente un supuesto de interés casacional autonómico. Cuando este interés se presume, resultan los más propicios los de orfandad jurisprudencial o rebeldía abierta del órgano inferior (letras a) y b) del artículo 88.3 de la LJCA. En contra de un criterio percibido como mayoritario, este supuesto entiendo que será el que genere más opiniones, pues se parte del presupuesto de que se conoce la jurisprudencia del

⁵⁰ Al respecto ha escrito Martínez Queralt, congratulándose por la reforma.

⁵¹ Un ejemplo paradigmático de este supuesto que, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse incluso doctrina gravemente dañosa, es el reconocimiento de derechos económicos a los empleados públicos de un amplio sector, como podría ser el relativo a la paga extraordinaria que no recibimos años atrás por mor de la crisis económica que sufrió el país.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

TS y que se la considera errónea. Si se quiere que rectifique su criterio a la luz de nuestros argumentos, nada mejor que intentar convencerle vía opinión fundada. En otro caso, será suficiente no mencionar jurisprudencia alguna para eludir la consideración de abierta rebeldía.

Por el contrario, no parece ser un buen incentivo considerar que nuestra resolución, la propia sentencia o auto, es gravemente dañosa para los intereses generales, como tampoco que se estime errónea nuestra interpretación de la constitucional o comunitaria, o que hubiera sido necesario plantear la pertinente cuestión cuando no se ha hecho. Salvo, en este último caso, que se hayan producido deliberaciones prolongadas salvando finalmente el voto particular y el planteamiento de cuestiones ante el TC o el TUE. Las circunstancias del caso y las dudas generadas en la deliberación serán las que inclinarán la balanza en el resto de los supuestos. Al margen de las previsiones del artículo 88, incluyo como circunstancia motivadora de la opinión fundada el voto particular emitido respecto a resoluciones mayoritarias, no incompatible con las anteriores (ausencia de jurisprudencia, rebeldía abierta, etc.), o sentencias del TUE o del TC dictadas con posterioridad a nuestra resolución, o de las que hayamos tenido posteriormente conocimiento. En todo caso, no resulta ocioso recordar la necesidad de trascendencia suficiente a fin de evitar un excesivo planteamiento de cuestiones avaladas por opiniones fundadas que lleven al nuevo recurso a morir de éxito.

8. ¡YA ME ESTÁIS TARDANDO!

Llegados a este punto, creo que va a ser el dicho que con más frecuencia oigamos a partir de ahora en algunos órganos. Partimos del derecho a un procedimiento sin dilaciones indebidas garantizado en los artículos 24.1 de la CE y 6.1 del CEDH, a la par que reiteradamente vulnerado en el ámbito contencioso. La eficacia del nuevo sistema se ha hecho eco del clamor popular aquejado por la injusticia de una respuesta tardía. Es firme la voluntad del TS en orden a la fijación de criterios en tiempo real, a ser posible referidos a un ordenamiento aún vigente, que permita la adecuación de tribunales y justiciables a estos criterios y evite litigios⁵². Lo que suele olvidarse es que acompañar la respuesta del TS al ordenamiento vigente pasa por que también los órganos inferiores resuelvan en tiempo real. De poco sirve un TS que resuelva en plazos cortos si para ello se ha tenido que esperar años para obtener la primera decisión.

⁵² Joaquín Huelin defiende que «si se quiere que el sistema funcione debemos marcarnos un objetivo: todos los asuntos han de recibir una respuesta sobre su admisibilidad en un plazo máximo de 2 meses, y los admitidos han de ser resueltos por sentencia en el de 1 año».

Clara Penín Alegre

Abstracción hecha de todos estos problemas, la apertura cuasi universal del recurso no guarda relación proporcional con el número de sentencias casacionales esperadas. Muchos son los llamados pero pocos serán los elegidos. Ni siquiera aquellos que se consideren preparados y apoyados por el órgano serán admitidos finalmente. Que no se aprecie interés casacional no es lo importante, pues este es el eje alrededor del cual gira todo el sistema. Las disfunciones pueden venir de la mano de retrasos inevitables que acompañan a la remisión de los autos al Tribunal de casación, comenzando por la propia deliberación. Ya conseguir la firma de todos los componentes de un órgano colegiado puede llevar días, si no meses. La opinión favorable invertirá otro considerable lapso de tiempo. Las licencias, permisos, enfermedades o vacaciones lógicamente interfieren en la pronta tramitación de una cuestión... pasando porque nuestra memoria no es infalible y las causas, una vez resueltas, tienden a olvidarse (al menos en sus matices). En el nuevo sistema casacional, estas demoras pueden generar un agravio entre procedimientos. La publicidad que pretende darse a las cuestiones que el TS admite resolver⁵³ propicia un efecto esperado en los informes judiciales pero que la Ley no dice: la suspensión del resto de procedimientos afectados por estas cuestiones hasta que se pronuncie el TS. Ni la suspensión está prevista legalmente⁵⁴ (aun cuando se nos avance un criterio favorable al respecto), ni se solventa cuándo se considera que debe producirse esta suspensión. Solo pueden beneficiarse del nuevo criterio aquellos procedimientos que no hayan sido resueltos pues, en otro caso, dictada resolución, se prepare o no el recurso, se tramite o no por el órgano sentenciador, la consecuencia ineludible es que finalmente ganará firmeza. El máximo órgano judicial solo conoce de las pretensiones subyacentes en el recurso admitido. Pero no se prevé incidencia alguna en las causas ya juzgadas, aun cuando la resolución no sea firme. Resultará disfuncional que se sigan tramitando recursos resuelta la cuestión casacional por el TS, pues supondrá un peso inasumible de trabajo. De intentarlo el TSJ es previsible que el recurso se inadmita por el Alto Tribunal. Y aunque hubiera entrado en la sede del TS el recurso al momento de admitirse el primer recurso, es previsible igualmente que se devuelvan los autos al órgano de procedencia, pues ni se contempla una suerte de acumulación de recursos, ni una impugnación casacional testigo, ni es posible la extensión de efectos. Conclusión: salvo el recurso admitido, el resto, con idéntico interés casacional de fondo, ganarán firmeza... aun cuando el TS comparta su interpretación. La resolución «*errónea*» ganará firmeza arrastrando las pretensiones desestima-

⁵³ El artículo 90.7 de la LJCA alude al listado de recursos, con mención sucinta de los admitidos a trámite, de las normas que serán objeto de interpretación y la programación para su resolución, si bien también contempla la publicación en la página web del TS de los autos de admisión.

⁵⁴ Expresamente existe una previsión en contrario, como sucede en los autos de ejecución conforme al artículo 105.1 de la LJCA.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

das y las correspondientes costas. De ahí que los Juzgados y Tribunales inferiores no podamos relajarnos en la tramitación de estos recursos so pena de crear recelos a las partes y arriesgarnos a denuncias incómodas. El escenario de injusticia material, pues no existe cosa juzgada ni ataque a la seguridad jurídica cuando la resolución aún no ha ganado firmeza, abrirá la puerta a la imaginación para intentar obtener satisfacción a través de otros remedios procesales. Con la paradoja añadida de que los órganos con retraso endémico nunca competirán por el acceso al recurso beneficiándose de los nuevos criterios.

9. REDISEÑANDO HÁBITOS...

El nuevo sistema de casación no solo invita a reflexionar sobre nuestro papel en la fase de preparación. También propicia un cambio de hábitos en la propia deliberación del órgano *a quo*. Esta vendrá precedida de la necesaria consulta a la página web del TS para comprobar si la cuestión que se nos plantea está en la lista de los elegidos para resolver. Aquellos magistrados más recelosos a utilizar bases de datos tendrán que adaptarse a los nuevos tiempos si no quieren sufrir una avalancha de recursos por ignorar la nueva doctrina jurisprudencial que el TS venga a fijar. En la deliberación aflorará la posibilidad de casación, se considerará si se dan pistas al respecto e influirá, qué duda cabe, sobre la redacción final de la resolución. Esta será objeto de una lectura mucho más detenida por las partes, interpretando las dudas que se nos deslicen en las resoluciones o la confirmación de pronunciamientos dispares de otros órganos. Cuando se tenga claro que se apoyaría un eventual recurso, se intentará no dejar muy lejos el procedimiento. Por el contrario, se cerrarán los hechos probados si se quiere impedir el acceso a la casación⁵⁵.

Sea cual sea la postura que estemos adoptando, inevitablemente influye en nuestra carga de trabajo y en nuestros obsoletos hábitos. Si con nuestro granito de arena, al menos los que creamos en este sistema, conseguimos que tener razón no sea un peligro en el mundo de la Justicia⁵⁶, solo por ello habrá valido el esfuerzo que el nuevo recurso nos reclama.

⁵⁵ Ex artículo 87.1 bis de la LJCA.

⁵⁶ El deseo cobra sentido ante un chiste de Forges. En la viñeta, uno de los contertulios afirma que «*donde hay poca justicia es un peligro tener razón*». El otro responde: «*Eso es de cajón*». Y el primero replica: «*No, no: de Quevedo*».

Clara Penín Alegre

10. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO MAS, M.J., «El acceso al recurso de casación en el orden contencioso-administrativo: una oportunidad perdida», *Revista de Administración Pública*, núm. 197, mayo-agosto de 2015.

CALLEJA PUEYO, P., «La inadmisión del recurso de casación y el derecho a la tutela judicial efectiva», web [legaltoday.com](http://www.legaltoday.com), 16 de abril de 2015. <http://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/la-inadmisión-del-recurso-de-casación-y-el-derecho-a-la-tutela-judicial-efectiva>.

CHAVES GARCÍA, J.R., «El nuevo recurso de casación contencioso administrativo: la que se avecina», web delajusticia.com de 12-11-2015, <https://delajusticia.com/2015/09/23/el-nuevo-recurso-de-casación-contencioso-administrativo-la-que-se-avecina/>.

CHAVES GARCÍA, J.R., «Tiempos nuevos para el recurso de casación contencioso-administrativo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 911, 2015.

— «Última esperanza frente a la sentencia irrecurrible: la nulidad de actuaciones», web delajusticia.com de 29-9-2012, <https://delajusticia.com/2012/09/29/ultima-esperanza-frente-a-la-sentencia-irrecurreble-la-nulidad-de-actuaciones/>.

CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «El nuevo recurso de casación contencioso administrativo», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, octubre de 2015.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «La admisión discrecional de asuntos por el Tribunal Supremo», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, mayo de 2015.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación para la formación de jurisprudencia», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 174, octubre-diciembre de 2015.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company, S.A. C/España*, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. Una censura expresa a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva. Necesidad de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental», *Revista de Administración Pública*, núm. 163, enero-abril de 2004, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/904631.pdf>.

LOZANO CUTANDA, B., «La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo por la Ley Orgánica 7/2015: análisis de sus novedades», *Diario La Ley*, núm. 8599 y 8609, septiembre de 2015.

La preparación del recurso de casación: un control escurridizo

MARTÍN QUERALT, J., «¿Cuándo podremos ir a casación en el ámbito tributario? La necesaria construcción de un concepto clave: el “interés casacional objetivo”», *Carta Tributaria. Revista de Opinión*, núm. 9, diciembre de 2015.

MAYOR GÓMEZ, R., «El nuevo modelo de recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo», web castellalamancha.es de 31-8-2015, <http://www.castellalamancha.es/sites/default/files/documentos/pdf/20151009/elnuevo-modeloderecursodecasacionenelordenjurisdiccionalcontenciosoadministrativo.pdf>.

MUÑOZ ARANGUREN, A., «La curiosidad del jurista persa y la reforma del recurso de casación contencioso-administrativo», *Diario La Ley*, núm. 8634, octubre de 2015.

— «¿“Ad impossibilia nemo tenetur”? Depende: la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2015, de 22 de enero, sobre los nuevos requisitos formales del escrito de preparación del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa exigidos por el Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015.

PÉREZ ALONSO, J., «El nuevo sistema de casación en el orden contencioso-administrativo operado por la Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio: con la vista puesta en el certiorari estadounidense», *Diario La Ley*, núm. 8622, 2015.

PÉREZ UREÑA, A.A., «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, núm. 1, octubre de 2015.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Una aproximación al nuevo sistema casacional», *Revista de Administración Pública*, septiembre de 2015.