

EL RECURSO DE CASACIÓN: ¿JURISPRUDENCIA Y/O JUSTICIA?

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO¹
Universidad de Sevilla

Cómo citar/Citation

López Menudo, F. (2018).

El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia?

Revista de Administración Pública, 207, 13-41.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.01>

Resumen

La Ley 7/2015 de 21 de julio modificó la ley de la jurisdicción contencioso administrativa de 1998 incorporando un nuevo modelo de recurso de casación ante el Tribunal Supremo que tiene semejanzas con el *writ of certiorari* norteamericano y que ha tratado de superar las dificultades que ofrecía el sistema derogado en cuanto al acceso al propio recurso y al ámbito material que era susceptible de revisión. Este nuevo «recurso de casación objetivo» supera dichas limitaciones, pero al entregar la decisión sobre la admisión al criterio del Tribunal, fundamentalmente para que este *forme jurisprudencia*, plantea la inquietud sobre la atención que deba dispensarse al llamado *ius litigatoris*. La forma y contenido del presente artículo se ha hecho como texto de base para un debate científico sobre el tema.

Palabras clave

Jurisdicción contencioso-administrativa; recurso de casación objetivo; admisión del recurso; Tribunal Supremo, funciones.

¹ Universidad de Sevilla. Catedrático emérito de Derecho Administrativo.

Abstract

Law 7/2015 of 21 July amended the Law of the contentious-administrative jurisdiction of 1998 incorporating a new model of appeal facing the Supreme Court which has similarities with the northamerican writ of certiorari and that has tried to overcome the difficulties that offered the repealed system in terms of access to the resource itself and the material scope that was subject to review. This new «Appeal Target» exceeds these limitations, but when delivering the decision on admission to the discretion of the Court, primarily for this form jurisprudence, raises the concern about the attention that should be dispensed to the so-called *ius litigatoris*. The form and content of this article has been made as the basic text for a scientific debate on the subject.

Keywords

Contentious-administrative jurisdiction; appeal goal; admission of the appeal; the Supreme Court functions.

SUMARIO

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR. II. DETERMINANTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL NUEVO RECURSO: 1. Punto de partida: un precedente insostenible. 2. Carencia casi general de la doble instancia. Implantación de un impropio *certiorari*. 3. Un apunte sobre la discrecionalidad del sistema. 4. El «interés casacional objetivo» y el *ius litigatoris*. 5. Objetivo implícito del nuevo recurso: la racionalización de la carga del TS. III. DOS FUNCIONES EN SUPUESTA TENSIÓN: CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA Y JUSTICIA DEL CASO. IV. A LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO: 1. La colaboración obligada del recurrente. 2. La cooperación del órgano judicial *a quo*. 3. El papel del Tribunal Supremo. V. RÉGIMEN DE LA ADMISIÓN E INADMISIÓN DEL RECURSO: 1. Autos y providencias. La diferencia de régimen y de trato. 2. La exteriorización de tales resoluciones; sus deficiencias. VI. HACIA EL ENCUENTRO CON EL PRINCIPIO «PRO ACTIONE».

I. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Dada la finalidad específica a la que sirve el presente relato —un texto-base para un debate— es obligadamente escueto y prescinde de un aparato bibliográfico que de ser incluido ocuparía un espacio desproporcionado ya que es mucho lo que se ha dicho y escrito sobre cualquier aspecto de este *recurso de casación objetivo para la formación de jurisprudencia* sobre el que llueven alabanzas y censuras. No aspiran estas líneas a descubrir la panacea para sus presuntos males pues muchos especialistas, con mayor sabiduría y experiencia, ha muchos años que llevan buscando la supuesta «piedra filosofal» capaz de convertir los problemas en soluciones, así que al menos trataremos de atinar en la selección de algunos puntos que puedan suscitar una discusión útil.

Casi todos los problemas que se plantean en torno al recurso de casación nacen de una cuestión principal que lo impregna todo: si el acceso al recurso se produce reglamentadamente o por la libre decisión del Tribunal Supremo. Es bien sabido que ambas vías tienen sus ventajas e inconvenientes, por lo que el problema queda situado en un terreno endiabladamente difícil, agravado además por el hecho de que no estamos simplemente ante una disputa entre dos opciones netas sino con la fuerte interferencia de un tercer factor —el

económico, el de los *medios disponibles*— con el que hay que contar necesariamente en todo caso. Por consiguiente, de nada práctico sirve postular determinada solución si la propuesta no es viable con los medios disponibles o previsibles; así, quien apueste por cualquier alternativa sobre estos particulares deberá siempre distinguir lo que tenga de factible y lo que constituya un mero deseo o un *flatus vocis*. Por lo demás, la gran pregunta de por qué esos medios no estén debidamente dotados forma parte de otro orden de problemas que no es propio ni exclusivo de esta garantía procesal.

Lo que antecede conduce a una conclusión desconsoladora: ningún sistema, ya sea de tipo reglado o de corte discrecional, logrará ser idóneo si en su aplicación produce una carga insoportable para el Tribunal y con ello el deterioro de las funciones que tiene encomendadas. Esto es muy cierto, como también lo es que la supresión de esos agobios no comporta de suyo la bondad del sistema resultante si ese deseable «confort» es a costa de negar el acceso a asuntos merecedores de atención conforme a lo establecido por la ley, generando además inadmisibles desigualdades de trato.

Nadie pondrá en duda que el nuevo recurso de casación no es una herramienta procesal más entre otras sino una figura que saca a la luz aspectos esenciales del Estado de derecho, nada menos que el papel asignado al escalón superior de la organización judicial, el alcance real de ese poder discrecional que suele predicarse del Tribunal Supremo, la tensión resumible en el binomio «jurisprudencia *versus* jurisdicción» y, en suma, la garantía de la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

En cualquier caso, sería deseable que, una vez concluyera esta primera etapa de experimentación del nuevo régimen implantado, el legislador le hiciera los reglajes necesarios e incluso modificaciones de mayor calado, pues sería harto pretencioso pensar que la Ley 7/2015 ha acertado «a la primera». Es más consecuente asumir la idea de que la regulación actual de este recurso de casación es aceptable como fórmula transitoria que ha de ser mejorada en diversos aspectos, algunos muy importantes.

II. DETERMINANTES FÁCTICOS Y JURÍDICOS DEL NUEVO RECURSO

1. PUNTO DE PARTIDA: UN PRECEDENTE INSOSTENIBLE

El recurso de casación ordinario ya derogado protegía primariamente los intereses de las partes —el *ius litigatoris*—, no exigiéndose por ello la demostración del interés que tuviera el asunto desde una perspectiva general, razón por la que el recurrente quedaba exento de realizar esfuerzo alguno en tal sentido. Esta era su gran ventaja. Pero acabó convirtiéndose en un recurso

inasequible para muchos dado el nivel de la *summa gravaminis* a la que se llegó (600 000 euros); además, impedía que el TS fijara doctrina sobre todos los problemas sustancialmente relevantes, cualquiera que fuese su cuantía². En suma, el sistema generaba el descontento tanto en los justiciables como en la propia judicatura, sus disfunciones impedían la complitud de la garantía amén de desgastar la imagen misma del Tribunal Supremo. Pues bien, dichas carencias han quedado disueltas con el nuevo recurso, pues con éste toda sentencia es susceptible de ser recurrida en casación cualquiera que sea la materia o la cuantía o el nivel y tipo del órgano judicial *a quo*.

Ahora los problemas son otros, pero lo cierto es que tras la Ley 7/2015 ningún autor ha mostrado añoranza por el sistema extinto, lo cual parece excluir un hipotético retorno al pasado. No obstante, cabe preguntarse si en la hipótesis de que el nuevo recurso aliviara notablemente al TS de la carga que ha venido soportando, sería o no descartable la opción por un sistema mixto en el que junto al recurso objetivo ya implantado se añadiera, con autonomía de régimen, una variante o modalidad de corte subjetivo más encaminada a satisfacer el *ius litigatoris* y no tanto el *ius constitutionis*. Quizá no fuera descabellada esta opción de incorporar alguna válvula de admisión para acoger supuestos en los que la justicia del caso fuera manifiestamente digna *per se* de preeminente atención (*v. gr.* para rectificar sentencias claramente arbitrarias); una solución esta que dulcificaría en alguna medida ese enojoso sentimiento de frustración que genera el sistema, esto es, que sea absolutamente insensible ante la injusticia del caso concreto por muy tremenda que esta sea. Bien es verdad que este «desamparo» del justiciable no es nuevo ni lo ha traído el régimen vigente pues ya se daba y en grado superlativo en el sistema derogado. Por esta misma razón, tanto para aquel sistema como para el vigente, quizá podamos suscribir la idea de que el derecho debe configurar soluciones que al menos eviten las injusticias más groseras, esas que, como dijera Leon Dugüit, nunca pueden reputarse válidas si repelen a la conciencia jurídica. Y si ese presunto ahorro de esfuerzos que la aplicación del nuevo recurso reportara al Tribunal Supremo no diera para tanto, esto es, para una modificación de tal calado, debiera servir al menos para mejorar el funcionamiento de la casación implantada, acercándola siempre al mundo de los principios jurídicos generales, reparándose así la imagen negativa, rigorista, que esta garantía ha venido proyectando en los últimos años, ciertamente que bajo una situación de «estado de necesidad» que es de esperar desaparezca.

² En efecto, ya que el propio régimen del recurso propiciaba la exclusión tanto de asuntos concretos importantes como sectores materiales enteros que así quedaban huérfanos de jurisprudencia. Este panorama no quedaba mejorado ni aun con el complemento de los recursos de casación en interés de ley y de unificación de doctrina.

2. CARENANCIA CASI GENERAL DE LA DOBLE INSTANCIA. IMPLANTACIÓN DE UN IMPROPIO *CERTIORARI*

La doctrina suele aludir al *writ of certiorari* norteamericano como referencia próxima del sistema implantado por la Ley 7/2015, pero entre otras diferencias hay una tan notable que los coloca a mucha distancia y es que en España no está generalizada la doble instancia como paso previo a un posible acceso al Tribunal Supremo, lo que sí ocurre en aquel sistema; y esto lo reconocen y lamentan hasta los más fervientes defensores del nuevo modelo, pues solo sobre la base de una doble instancia puede operar un recurso del tipo *certiorari* gestionado de modo libérrimo por el TS y a salvo de crítica; o sea, solo si existe ese marco puede aceptarse sin alarma que el papel del justiciable quede reducido al de un colaborador inerte, destinatario de decisiones en muchos casos inescrutables y nacidas desde el más puro arbitrio.

El régimen del nuevo recurso de casación —como sucede en el sistema norteamericano— exige que junto al pronunciamiento sobre el interés objetivo del recurso quede al propio tiempo enjuiciada la vertiente subjetiva del caso³; medida esta que en nuestro sistema viene a paliar el déficit de justiciabilidad que aqueja a los asuntos que han sido sentenciados solo por un órgano judicial, máxime si es individual. De ello resulta la dual consecuencia de que en unos casos (los asuntos juzgados en única instancia) el recurso ante el TS viene a hacer en parte las veces de una apelación —claro es, sin revisión de los hechos, que es la gran carencia que conlleva la casación como destacó en su día García de Enterría (*Hacia una nueva justicia administrativa*, 1989)—, mientras que en otros (los asuntos que fueron objeto de apelación en instancias inferiores) el TS llega a desempeñar el papel de una tercera instancia si los recurrentes logran convencerle de que el asunto en liza trasciende su propio interés particular, es decir, ofrece interés casacional objetivo. Paradójicamente, en este último caso el sistema genera un «lujo» inconsecuente con los rasgos que suelen predicarse del Tribunal Supremo, como son la escasez de medios y el agobio en el ejercicio de sus altas funciones.

Ocioso es decir que la cuestión de la doble instancia conecta con la garantía de la tutela judicial efectiva. Con toda concisión quede aquí la posición «oficial» al respecto: dicha garantía habrá sido cumplida si el asunto ha sido juzgado, aunque haya sido solo una vez, conforme a lo dispuesto por la ley. Es una tesis ciertamente rotunda para cuyo apoyo se acude a la letra de pactos

³ El recurso de casación en ningún caso puede caracterizarse como un cauce para plantear cuestiones interpretativas del ordenamiento «en abstracto», AATS 21-3-2017, Rcas. 308/2016, 1-6-2017, Rcas. 1592/2017.

internacionales del mayor nivel⁴ y a sentencias del Tribunal Constitucional⁵ que declaran la libertad de la que goza el legislador para configurar el alcance de la tutela judicial efectiva en cuanto a los recursos disponibles, salvo la doble instancia exigida en el ámbito penal.

Sería vano ignorar la evidencia de que esos pronunciamientos existen, pero tampoco la postura consecuente es desmesurarlos y adoptarlos resignadamente como si se tratara de un *fatum* irremediable. No cabe renunciar a algo sobre cuya bondad existe un *consensus* tan sólido y claro. Ha de tenerse en cuenta que lo típico de esas declaraciones es que se centran en los derechos esenciales de las personas y por ello la exigencia de la doble instancia queda referida al ámbito penal; por ello, dado el carácter particular de la norma, no pueden entrar en juego interpretaciones *a contrario sensu* ni demás recursos hermenéuticos ordinarios; y en consecuencia, lo que cabe afirmar a la vista de tales documentos es que fuera del ámbito penal reina el silencio o el vacío sobre la doble instancia y que este silencio debe predisponer al legislador estatal a dar el paso adelante para generalizar la garantía porque el camino ya está señalado.

Algo semejante puede argumentarse respecto a las declaraciones del Tribunal Constitucional. Es comprensible que este no haya asumido el riesgo de hacer un pronunciamiento maximalista sobre la doble instancia en todos los órdenes judiciales y procesos. Pero de ello no debe inferirse que la Constitución respalde la única instancia como solución idónea, máxime cuando lo que está en juego es el control de los poderes públicos, sino deducir como principio indeclinable que no hay dirección más correcta que la que conduzca a un control adecuado de estos poderes, es decir, a su «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», pues de no entenderse esto así perderían su sentido todos los principios, prevenciones y garantías que la Constitución predica precisamente de la actuación del poder ejecutivo, cuyo debido control es consustancial al Estado social y democrático de derecho; es decir, algo muy cualificado que aunque no caiga en el «sacrosanto» ámbito del derecho penal tampoco cabe diluirlo en el universo de los pleitos *interprivatos*.

Descendiendo ahora a la arena de la realidad, una reflexión concienzuda sobre la cuestión exige tener a la vista algunos datos reveladores. Durante la andadura del sistema (desde su inicio hasta la fecha, 4 de octubre de 2018) han sido admitidos a trámite por la Sección Especial del Tribunal

⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 19 de diciembre de 1966; Convenio de Roma, 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁵ SSTC 125/1997 de 5 de mayo; 287/2006 de 9 de octubre, ambas con citas de otras dictadas anteriormente.

Supremo 1671 recursos. El 17% han versado sobre asuntos enjuiciados ya dos veces⁶, mientras que el 83% solo habían sido sentenciados una vez⁷. El predominio de asuntos carentes de la segunda instancia ordinaria es, pues, muy acusado.

¿*Quid* de los asuntos que habían cubierto dos instancias? Importa considerar esta situación por lo que tiene de «derroche» de esfuerzos en el marco de una economía de medios escasa, razón que podría incitar a la supresión para estos casos del recurso de casación —o sea, del «tercer» recurso— dado que el objetivo de «fazer justicia a la gente» (perspectiva del *ius litigatoris*) pudo ser satisfecho en los niveles judiciales ordinarios. Pero es claro que una solución supresora del actual recurso de casación iría en contra de sus propios principios, esto es, le haría perder su finalidad al cegar el flujo de litigios que podrían llegar al Tribunal Supremo, o sea, la «materia prima» que este necesita para ejercer sus funciones relativas al *ius constitutionis*. De esto resulta que esa posible descarga de trabajo del Tribunal iría en perjuicio de la labor interpretativa y reparadora del ordenamiento jurídico, esta que con tanto ahínco promueve el nuevo régimen del recurso. Por esta misma razón sería impensable una solución consistente en mantener el recurso de casación, pero liberando al Tribunal de pronunciarse sobre el *ius litigatoris* si este ya hubiera sido juzgado en apelación por algún órgano judicial; porque ¿qué interés podría mover a quien ya ha fracasado en la doble instancia a presentar un recurso de casación puramente objetivo sabiendo que no habrá decisión alguna sobre su caso? Por tanto, no parece viable la existencia de un proceso de casación sin un recurrente que lo impulse en beneficio propio. Esto a no ser que dentro del Tribunal se creara un sólido equipo de personal introductor de recursos o propuestas de especial significación, al modo francés; pero en tal caso ya estaríamos hablando de otro sistema, no de este.

Pero la cuestión más importante es la que plantea ese 83% de asuntos resueltos en una sola instancia y sobre los que gravita la gran duda de si superarán el filtro de la admisión teniendo en cuenta que hasta ahora los que lo logran no llegan ni a la quinta parte⁸. ¿Cómo crear una segunda instancia en

⁶ Los recursos que venían de cubrir la segunda instancia fueron: 269 (16,10%) correspondientes a Tribunales Superiores de Justicia y 7 (0,42%) procedentes de la Audiencia Nacional.

⁷ 1128 (67,50%) de autos de admisión de recursos contra sentencias de Tribunales Superiores de Justicia; 172 (10,63%) de la Audiencia Nacional; y 94 (5,63%) de Juzgados.

⁸ Más exactamente, de los 4784 recursos examinados por la Sección Especial en el año 2017 solo fueron admitidos 910, esto es, el 19,2%. Hasta la fecha el número de recursos examinados por dicha sección durante 2018 no ha sido facilitado por el CGPJ ni por el TS, salvo error por nuestra parte.

los órganos inferiores que evitara comparecer ante el Supremo con tan enorme margen de riesgo?

De entrada, es obligado apuntar a los Juzgados Provinciales dado que este camino ha sido ya recorrido. La solución «teórica» pasaría por robustecerlos en número y competencias, acercando así la estructura de la organización del contencioso a la de la jurisdicción civil. Pero para ello habría que vencer dificultades y resistencias de muy diverso tipo, aparte de las económicas. Dicho sea en síntesis: habría que «digerir» que los juzgados provinciales quedarán situados en la vanguardia del control jurisdiccional, asumiendo asuntos de notable importancia⁹. Ciertamente, siendo realistas no es fácil concebir a un juez unipersonal resolviendo asuntos de altos órganos administrativos autonómicos y estatales, incluido el poder de suspensión de sus actos y demás aspectos inherentes a la competencia; no hay que olvidar que hace solo veinte años (1998) surgieron los juzgados en medio de muchísimos recelos, aunque gracias a ello fuera creada la segunda instancia en algunas materias.

Es lógico que cualquier iniciativa que se emprendiese para ir generalizando la doble instancia tendría que operar teniendo en cuenta los datos ofrecidos por la realidad. Pues bien, la realidad de hoy es la enorme desigualdad de las cargas que soportan los Tribunales Superiores de Justicia como los juzgados. Algunos TTSJ se llevan la palma en cuanto a litigiosidad (señaladamente, Madrid, Andalucía, Comunidad Valenciana)¹⁰, por lo que la implantación de la segunda instancia tendría mucha incidencia en estos territorios. También la tendría en la Audiencia Nacional que, como antes se indicó, resuelve en única instancia el 10,29% de los recursos admitidos a trámite por la Sección Especial del TS, siendo ínfimo el porcentaje de los que resuelve en segunda instancia (0,42%).

⁹ Los que actualmente corresponden a los TSJ en única instancia, enumerados en el art. 10.2 LJCA. Es verdad que ello haría disminuir la carga de trabajo real de dichos tribunales, pues solo conocerían de las eventuales apelaciones que se plantearan contra esas competencias «transferidas» a los juzgados, y sobre esta premisa podrían concebirse nuevas soluciones.

¹⁰ Desde el inicio del sistema se han dictado en única instancia 339, 146 y 121 sentencias, respectivamente. A partir de ahí las cifras de los demás TSJ descienden sensiblemente. Análoga proporción arrojan las sentencias dictadas en segunda instancia (87, 30 y 20, respectivamente). Quepa también añadir que el protagonismo de los juzgados provinciales conforme al nuevo sistema (recurso de casación contra sus sentencias dictadas en única instancia) es escaso y absolutamente desigual; la mayoría de ellos ni se han estrenado en el nuevo recurso, pudiendo ser destacados Madrid, Badajoz y Mérida pero en números de asuntos que no exceden de la decena, salvo el caso de Madrid (29) y Zaragoza (18).

Las consecuencias negativas de esta carencia son consabidas. Por ella sufre el justiciable y la propia figura del recurso de casación, así como el Tribunal Supremo al que se le acabará endosando el déficit de justiciabilidad que genera el conjunto del sistema; propicia la inercia de los justiciables a plantear «a la desesperada» aspectos —por ejemplo, cuestiones de hecho— que no son los propios de un recurso de casación... En estas condiciones parece evidente que se debilita el conocido argumento de que el rigorismo en la admisión de los recursos es lícito si estos son extraordinarios. ¿Cabe ese argumento cuando al propio se le está reconociendo que la ausencia de la doble instancia desconfigura la base sustentadora del recurso de casación?

3. UN APUNTE SOBRE LA DISCRECIONALIDAD DEL SISTEMA

Otro rasgo que la doctrina enfatiza como común a ambos sistemas, norteamericano y español, es la discrecionalidad para seleccionar los asuntos merecedores de una sentencia en casación. Pero hemos de añadir aquí que también son notables las diferencias que se dan sobre este aspecto tan central del recurso.

En el *certiorari* la potestad del Tribunal Supremo norteamericano es prácticamente ilimitada, pues la institución está empapada de su propia historia y esta ha generado la necesidad de disponer de un poder capaz de hacer frente a una realidad de dimensiones inmensas que permita al Tribunal valorar en función de las circunstancias y del modo más libre y sin motivación qué petición de *certiorari* deba admitir o no, extendiéndose esa discrecionalidad a la llevanza misma del proceso y la fijación de sus minuciosos requisitos, incluyendo el poder de determinar *a priori* la cantidad de solicitudes que deben ser admitidas para no desestabilizar el funcionamiento del Tribunal.

Sin embargo, en España esa «discrecionalidad» del Tribunal Supremo no puede considerarse libérrima como a veces se afirma. De entrada, solo se la confiere la ley para decidir sobre la admisibilidad del recurso, por lo que su uso solo es legítimo en tanto se circunscriba a su finalidad propia (pronunciarse sobre algo que tenga *interés objetivo*), no haya arbitrariedad y, desde luego, no se extienda a los aspectos regidos por pautas regladas. Aun así esa libertad no puede proclamarse en términos generales o abstractos, ya que si bien es cierto que los supuestos relacionados en el art. 88 LJCA no vinculan al Tribunal, pudiendo este argüir «otras circunstancias», claramente se ve que se trata de una potestad discrecional *orientada* precisamente por las determinaciones del referido artículo y sus exigencias de motivación, de modo que no hay sitio para un albedrío del Tribunal tan libre que pudiera distanciarse de la *ratio* subyacente en dicho artículo, ni, desde luego, para fijar a su antojo o conveniencia el número de recursos que deban ser atendidos. Podría decirse, por tanto, que en el *certiorari*

americano estamos ante una potestad discrecional de *grado fuerte*, siendo de grado *menos fuerte* la que ostenta el Tribunal Supremo español e incluso podría hablarse, si así cupiese, de una «escala de discrecionalidad», ya que no todos los supuestos de los apdos. 2 y 3 del art. 88 ofrecen al Tribunal Supremo el mismo margen de libertad de apreciación; es más, en algunos de ellos no existe. En fin, también podría defenderse que el «interés objetivo casacional» es un concepto jurídico indeterminado dado que no cabe concretarlo desde criterios extrajurídicos y que por ello la apreciación de su existencia no es constitutiva sino declarativa, aunque esta última no tenga por qué ser necesariamente unívoca. Pero a la postre hay que reconocer que aun teniendo el tema del arbitrio judicial tan altísimo «voltaje», su fuerza decae estrepitosamente por la enorme dificultad de su control en este último escalón del aparato¹¹.

En verdad, las cifras que arroja la realidad ahorran en buena medida el esfuerzo teorícista antes bosquejado, un esfuerzo ya innecesario tras las magistrales aportaciones de Alejandro Nieto (*El arbitrio judicial*, 2000) y Tomás Ramón Fernández Rodríguez (*Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, 2004); en efecto, el porcentaje de asuntos admitidos por el Tribunal norteamericano es realmente ínfimo, no pasa del 1% (menos de cien sentencias al año)¹², lo que resulta verdaderamente insólito habida cuenta las dimensiones del territorio, la población, la riqueza, etc., incomparablemente superiores a las de España. Esa *ratio* solo puede sostenerla un potentísimo poder discrecional junto a unas ideas muy claras sobre qué asuntos sean los realmente trascendentes de cara a la uniformidad en la aplicación del derecho federal. Por tanto, para los asuntos en los que no se dé tan alta implicación, la actitud del Tribunal no puede ser otra que la de «dejar el agua correr» y que esos conflictos maduren por sí mismos y se depuren en el campo de batalla de los estratos judiciales inferiores. Mas para ello es preciso disponer de un poder discrecional absoluto y aceptado como tal por los ciudadanos y las instituciones. ¿Cabe imaginar una situación parecida en España?

4. EL «INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO» Y EL *IUS LITIGATORIS*

Cualquier sistema «de lista» ofrece a los recurrentes la seguridad jurídica que es propia de lo reglado, pero esta misma rigidez conlleva el riesgo de cerrar

¹¹ Teóricamente cabe recurso de amparo previo incidente de nulidad de actuaciones, si se acredita la «relevancia constitucional del asunto. Otra cosa es la viabilidad de un recurso de esta clase a la vista de la doctrina del TC, señaladamente su Sentencia 7/2015 de 22 enero que no cabe exponer aquí.

¹² La web del Tribunal Supremo de Estados Unidos, www.supremecourt.gov, da cumplida información al respecto.

el acceso a asuntos doctrinalmente enjundiosos —¡cuántos celebérrimos *arrêts* y sentencias surgidos de litigios «menores»...!—, abriendo paso, sin embargo, a conflictos que pueden carecer de ese interés, siendo por tanto aquellos y no estos los objetivamente importantes de cara a la alta función que se pide del Tribunal Supremo.

Así las cosas, visto el agotamiento del régimen casacional ya extinguido, la alternativa lógica no parecía ser otra que la de dar el salto e implantar un recurso cuya admisión dependiera de la decisión del Tribunal Supremo; es decir, un sistema en el que la regulación real del acceso no se hiciera por fórmulas regladas. No es preciso explicar en esta sede el carácter abierto del concepto «interés casacional objetivo» en el contexto del art. 88 LJCA¹³ (artículo crucial del sistema, que aborda en su ponencia el profesor Santamaría Pastor con su proverbial lucidez).

Todo conduce a estimar que este salto hacia la discrecionalidad era obligado; así lo demuestra el consenso habido entre la propia magistratura, el legislador y un cualificado sector doctrinal¹⁴. Pero aun «a toro pasado» cabe plantearse si era absolutamente necesario este cambio tan radical del negro al blanco o si habría sido más prudente la opción por un modelo que aunque de un básico corte discrecional hubiera introducido algunos temperamentos que contribuyeran a moderar esta potestad; o sea, inclusión de contrapesos, que es lo que históricamente ha venido ocurriendo frente a todo poder discrecional desde la implantación del Estado de derecho.

Hay que partir de una premisa que aunque unos acepten sin reserva y otros repudien de entrada es realmente la que es: *prima facie*, en el nuevo recurso de casación el interés propio del recurrente es un mero vehículo para ir al encuentro del interés objetivo; en efecto, es por un lado un requisito *sine qua non* para hacer viable el recurso; y a la vez algo inservible para lograr su admisión a trámite¹⁵. Se ha afirmado hasta la saciedad que el nuevo recurso sirve para que el Tribunal Supremo cumpla su genuina misión: crear jurisprudencia, unificar criterios y potenciar con ello el *ius constitutionis*; y la consecuencia inevitable de este planteamiento es que por muy relevante que pueda ser el litigio de la parte, por muy «sangrante» que sea la injusticia subyacente,

¹³ AATS 15-3-2017, Rcas. 93/2017, 2-4-2018, Rcas. 5956/2017 y 7-5-2018, Rq. 738/2017.

¹⁴ Consenso que cabe vincular a la Sección Especial constituida en el seno de la Comisión General de Codificación creada en 2012 para la reforma de la Ley 29/1998 de 13 de julio, que tuvo otros impulsos (2006 y 2014) no menos significativos.

¹⁵ Como ha declarado el TS en reiteradas ocasiones, el «Interés objetivo casacional para la formación de la jurisprudencia es la piedra angular sobre la que se sostiene la nueva ordenación de este recurso extraordinario. Así, ATS 19-6-2017, Rq. 273/2017.

la admisión solo procederá si el actor acredita la concurrencia de un interés general que le trasciende, conclusión esta que será difícil de aceptar por quien la sufra, quien no podrá o no querrá entender que con ello quedan realizados los valores de la «seguridad jurídica», la «igualdad», e incluso la «protección de los derechos de los ciudadanos», es decir, los que suelen predicarse de este nuevo recurso, en línea con las expresiones, dichas desde las alturas por la exposición de motivos de la Ley 7/2015, quizás cargando excesivamente las tintas.

Mas, pese a la incapacidad del *ius litigatoris* para ser «llave» de apertura de la casación, una vez esta abierta debe cesar esa inicial primacía del «interés objetivo casacional», por lo que el Tribunal debe atender cumplidamente tanto una como otra vertiente, objetiva y subjetiva. En suma, no puede quedar relegada a un segundo plano la función encomendada al Tribunal Supremo de hacer justicia en el caso concreto (art. 93.1 LJCA)¹⁶. En fin, este componente subjetivo de todo recurso de casación es un factor que no puede ser eclipsado. No hay proceso sin *ius litigatoris*, aunque este no sea la llave capaz de abrirlo; es más, el ámbito sobre el que deba pronunciarse la sentencia viene condicionado por el conflicto particular que anida en la vertiente subjetiva del recurso. Es, pues, necesario conducir conforme al equilibrio apuntado la interpretación de todos y cada uno de los preceptos que componen el sistema.

5. OBJETIVO IMPLÍCITO DEL NUEVO RECURSO: LA RACIONALIZACIÓN DE LA CARGA DEL TS

Nada más puesto en circulación el proyecto de este nuevo recurso abundaron las opiniones sobre qué efectos causaría sobre la carga, por entonces superlativa, del Tribunal Supremo. Algunos vaticinaron que este recurso no arreglaría el problema, pues dado su carácter abierto en todos los aspectos (materia, cuantía, tipo de resoluciones, nivel del órgano *a quo*...) provocaría su aumento, lo cual supondría el fracaso del sistema. Otros estimaron lo contrario y la verdad es que este ha sido su impacto durante el primer año de su puesta en práctica (2017). En este fueron presentados 2477 recursos menos que los del año anterior, una disminución del 26%¹⁷. Es más, esta cifra está un tanto inflacionada por la repetición de recursos sobre idéntico objeto en temas

¹⁶ Cabe suponer que el riesgo apuntado no se produzca en la práctica quizá por la lógica predisposición de los propios miembros del Tribunal Supremo a resolver asuntos —aquí el peso de los hábitos adquiridos— más que a crear jurisprudencia desde posiciones abstractas.

¹⁷ En efecto, durante 2017 se registraron 7102 recursos frente a los 9579 de 2016 y 8803 de 2015. No obstante, hay que señalar que en el trienio 2012-2014, quizás por efecto de la crisis económica, se registraron cifras inferiores (5835, 5150, 5565,

muy combatidos¹⁸. Pero hay argumentos para sostener que este descenso sea solo un espejismo y que tras este primer impacto o «conmoción» se produzca un rebote al alza, esto es, cuando la información que arroje el sistema estimule la presentación de recursos. De hecho, en lo que va de año 2018 (hasta el mes de junio) la curva ha girado hacia el alza retornando prácticamente al punto de partida. Pese a ello lo más razonable es estimar que estamos aún en una fase de asentamiento y de reajustes y que las cifras pueden no ser válidas para predecir el futuro. Quizá puedan serlo dentro de dos o tres años.

El incentivo para la presentación de recursos puede provenir de algunas vías que la Ley ha dejado «semiabiertas» y que habrán de ser vigiladas por el TS con mesura y sabia prudencia. Una de ellas es la vía del art. 88.2.a), es decir, el supuesto de sentencias que contradigan la interpretación establecida por otros órganos jurisdiccionales ya que, a diferencia del régimen anterior, ahora es suficiente con que las cuestiones sean «sustancialmente iguales»¹⁹, lo cual agranda notablemente el acceso. Pero la gran pregunta es la de si ha de entenderse incluido el propio Tribunal Supremo entre esos *otros órganos*, «matiz» este que la ley no aclara, siendo así que es una de las cuestiones cruciales del nuevo régimen; en efecto, la respuesta que se dé tiene una enorme incidencia sobre la cantidad de recursos que podrían interponerse.

En principio, la lógica del sistema conduce a negar que las sentencias de contraste puedan ser del Tribunal Supremo, pues si este tiene ya creada jurisprudencia sobre el particular, el interés casacional objetivo exigido por el art. 88.1 no existiría. Es esta una conclusión formalmente tan lógica como sustancialmente paradójica, ya que si para el nuevo sistema es tan importante la formación de jurisprudencia mal se entiende que el propio Tribunal Supremo

respectivamente). Aún no existe información sobre los ingresados durante los meses transcurridos de este 2018.

¹⁸ Tal como el de las licencias de vehículos VTC; véase, por ejemplo, ATS 19-2-2018, Rcas. 4999/2017. Otros temas también han suscitado numerosos recursos; así, por denegaciones de solicitudes de prolongación de permanencia en el servicio activo (ATS 11-12-1017, Rcas. 3498/2017), o afectados por expedientes de regulación de empleo (ERE) en el que se prevé un sistema de prejubilaciones (ATS 21-12-2017, Rcas. 2396/2017). Lógico es suponer que tras un pronunciamiento del TS sobre estas cuestiones cese la interposición reiterada de recursos.

¹⁹ Aclara el ATS de 7-2-2017, Rcas. 161/2016, que no son exigibles las «tres identidades» del antiguo recurso de casación para unificación de doctrina, aunque sí debe existir una coincidencia sustancial entre las resoluciones sometidas a contraste». Asimismo, ATS 30/10/2017, Rcas. 3666/2017. Además, las sentencias no necesariamente han de ser firmes; así lo subraya el ATS de 14-12-2017, Rq. 426/2017, rectificando doctrina anterior.

no la use luego para aplicarla «en legítima defensa» de su propia doctrina. Pero la posición correcta no puede ser la de cerrar a cal y canto el acceso del recurso por este conducto del art. 88.2.a), y dejar la vía expedita solo cuando la resolución impugnada «se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea» (art. 88.3.b), pues ello supone trazar una divisoria sumamente rígida entre ambos supuestos que al cabo elevaría el valor de la jurisprudencia a un rango que no tiene en el sistema de fuentes, haciéndole jugar, por tanto, no su papel complementario del ordenamiento sino el de un ingrediente petrificador de este, amén de obstructivo para la propia evolución de la jurisprudencia. Ante esta difícil dicotomía de ser fiel a la lógica del sistema y a la vez propiciar la saludable puesta al día de su doctrina, el Tribunal Supremo ha de hilar muy fino —aquí la conveniencia de que apure los márgenes de esa «discrecionalidad» de la que goza— para no caer en ninguna de las dos soluciones extremas posibles, sino hallar el oportuno punto de equilibrio, línea esta que es la que se aprecia en un buen número de autos dictados ya por la Sección Especial de admisión²⁰. Otra vía de acceso que deberá ser «gestionada» convenientemente por dicha sección es la del art. 88.3 a) (inexistencia de jurisprudencia).

También hay razones para apostar por que el descenso de los recursos siga siendo la tendencia, pues si los conflictos particulares son en buena parte fruto de los desajustes del ordenamiento, una vez reparados estos por obra de la jurisprudencia es lógico que haya menos sentencias anómalas que corregir y menos razones para plantear recursos. Sin embargo, lo prudente es advertir que el sistema aún no ha hecho una andadura suficiente, lo que solo se producirá cuando pueda percibirse claramente al menos una parte del «cuerpo» restaurado del ordenamiento por efecto del nuevo sistema, y los justiciables actúen coherentemente a la vista de ello.

El número de recursos registrados en el Tribunal es algo aleatorio que puede venir determinado incluso por causas exógenas —señaladamente, la economía— y en todo caso incontrolables; pero sobre el número de los admitidos sí tiene el Tribunal la capacidad de ir midiendo gota a gota el volumen de la tarea a resolver, por no hablar de un poder «regulador» para fijar ese volumen.

De lo que se acaba de afirmar surge la cuestión, más arriba apuntada, de si ese poder discrecional que constituye la base del nuevo régimen del recurso

²⁰ Algunos autos han admitido que, aunque la jurisprudencia esté formada, puede pervivir el interés casacional objetivo si fuera necesario «matizarla», «reforzarla», «precisarla»... e incluso corregirla, señaladamente cuando solo existe una sentencia. Véanse AATS 3-5-2017, Rcas. 189/2017; 16-5-2017, Rcas. 685/2017; 24-5-2017, Rcas. 678/2017; 6-6-2017, Rcas. 1137/2017; 23-5-2018, Rcas. 527/2018.

habilita al Tribunal Supremo para establecer libremente la medida de su carga. No pocos autores así lo han afirmado sin vacilar, pero no parece que esto pueda aceptarse, sencillamente porque se opone a los principios del sistema mismo. La ley solo ha otorgado esa potestad para que el Tribunal determine cuándo concurre o no interés casacional objetivo, no para que «regule» el número de recursos a admitir en función de lo que convenga al aparato. En ningún pasaje de la Ley 7/2015 existe la más mínima alusión al objetivo de minorar el número de recursos sino que, muy contrariamente, su exposición de motivos (XII) dice que su fin es «intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos». Otra cosa es que del ejercicio correcto de tal potestad de discernir cuándo concorra o no ese interés objetivo deriven a la postre efectos beneficiosos para la fluidez y racionalización del sistema; en cuyo caso ese efecto benefactor constituye una expectativa legítima y desde luego nada vergonzante. Por tanto, hay que distinguir ambas ideas: no cabe compartir la tesis que defiende la licitud del uso directo de la potestad para acomodar el número de recursos a resolver (tesis que, paradójicamente, incluso se quiere justificar en el respeto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas!..). Alinearse con tal postura supondría aceptar la implantación, sin la cobertura legal necesaria, de un *modus operandi* absolutamente presto a generar desigualdades. En conclusión: el Tribunal Supremo deberá declarar que existe interés casacional allí donde objetivamente se encuentre; o sea, debe aplicar rectamente el sistema tal como la ley lo ha configurado y no «enmendarlo» mediante prácticas restrictivas del principio *pro actione* como ya ocurrió bajo el anterior sistema. Y si resulta que con esa recta aplicación «no salen las cuentas» esperadas respecto de la carga a asumir, no deberá incurrirse en el error de retorcer antijurídicamente el mecanismo para que dé el resultado apetecido, pues lo impide el principio de legalidad; lo que procedería en tal caso es que el legislador —no el Tribunal Supremo— tuviera el sistema por fallido y lo modificara o sustituyera por otro.

Para que se produzca esa reducción de la carga del TS que parece vislumbrarse será necesario que los interesados puedan conocer no solo los autos de admisión producidos sino un panel significativo de sentencias recaídas, situación que a estas alturas no está aún consolidada²¹; y un dato complementario decisivo resultará del balance que arrojen las sentencias estimatorias y desestimatorias que van apareciendo. De momento, lo que puede decirse *hic et*

²¹ Hasta el 4 de octubre de 2018 las sentencias recaídas han sido 289, cantidad no representativa a los efectos indicados si se tiene en cuenta que el número de autos de admisión emitidos hasta esta misma fecha ha sido de 1671. Aún quedan, por tanto, muchos recursos que resolver para que la «obra de restauración del ordenamiento» que se encomienda al nuevo modelo alcance cierto cuerpo y sea perceptible fácilmente.

nunc es que las desestimatorias superan con mucho a las primeras (60 y 40%, respectivamente)²², lo que objetivamente es un factor disuasorio a añadir al que ya supone el trance de la admisión.

Como reflexión final sobre este punto cabe decir que, en puridad, desde la perspectiva del deber ser, lo que a este modelo conviene no es que haya menos recursos, ni la reducción indebida de las admisiones, sino más bien lo contrario si convenimos, coherentemente, que de lo que se trata es de arreglar objetivamente los desarreglos, contradicciones y demás patologías que ofrezca el ordenamiento jurídico. Son los recursos, los conflictos subjetivos, los que suministran al Tribunal Supremo la información necesaria para que pueda realizar su función nomofiláctica y unificadora del ordenamiento. Si con cada sentencia dictada en esta casación objetiva el Tribunal Supremo sutura un «roto» del ordenamiento, las conclusiones lógicas son dos: a) que esos desperfectos vayan disminuyendo con el decurso del tiempo a la par que el ordenamiento se sana; b) que sería inconsecuente limitar arbitrariamente la entrada o admisión de recursos.

III. DOS FUNCIONES EN SUPUESTA TENSIÓN: CREACIÓN DE JURISPRUDENCIA Y JUSTICIA DEL CASO

Puesto que el recurso de casación atribuye al órgano que ha de juzgar dos funciones conceptualmente diferentes y perfectamente distinguibles, cuales son la de formar jurisprudencia y resolver asuntos concretos, con una clara preferencia de lo primero sobre lo segundo según se infiere del propio régimen jurídico del recurso, lógico es preguntarse por el encaje que ello tiene en la Constitución y por la posición que corresponde al Tribunal Supremo en el cumplimiento de ambas funciones.

Esta especie de minimización del Tribunal Supremo como órgano de justicia que parece haber traído la Ley 7/2015 es susceptible de generar conformismo. Es evidente que muchos asuntos de envergadura, otrora predestinados a «morir» en su terreno natural, es decir, bajo el peso de una sentencia dictada por el más alto órgano de la jurisdicción, puedan ahora no superar ni siquiera el filtro del trámite de admisión por mor de un requisito nuevo —la virtud de que el asunto revista interés general, algo extrínseco a la entraña del conflicto mismo— que en el régimen anterior no pasaba de ser un mero efecto

²² Se produce aquí un equilibrio digno de ser resaltado: tanto las sentencias estimatorias como las desestimatorias se reparten en un 50% entre recurrentes del sector público y del sector privado.

contingente (la posibilidad o no de que el asunto enjuiciado, por sus características, se prestara a la formulación de un pronunciamiento doctrinal) y que se convierte ahora en una *conditio sine qua non* de la viabilidad de la acción. En efecto, no habrá para las partes una decisión sobre el fondo de su *litis* si el *ius constitutionis* no va a ser considerado.

Pese a lo dicho, el problema es más aparente que real. En verdad, el régimen nuevo de la casación no ha supuesto ningún cambio sustantivo en las funciones tradicionales del Tribunal Supremo; este seguirá creando jurisprudencia por la vía nomofiláctica y de unificación de doctrina a la vez que seguirá decidiendo sobre los asuntos en liza, funciones que ha venido realizando desde siempre y no necesariamente a través del recurso de casación. Por ello, lo acontecido con la Ley 7/2015 no alcanza a las funciones sino al *método* de seleccionar los recursos que hayan de ser admitidos y juzgados; un modo de selección que se ha «hominizado» al no operar ya de forma automática sino mediante un discernimiento sobre si el asunto irradia o no un interés general que lo haga merecedor de ser analizado y resuelto en todas sus facetas; una selección que incluye el enunciado o descripción del problema que será tratado por la parte de la sentencia dedicada al *ius constitutionis*, lo que aporta un avance muy estimable respecto a la identificación de la cuestión controvertida y la definición de los confines materiales del pronunciamiento de que se trate. Esta nueva fórmula discriminadora es quizá menos cruenta que la anterior —en cuanto basada en un criterio racional y no en una regla ciega—, pero es muy propicia para atraer las críticas hacia sí misma puesto que antes las quejas se lanzaban contra algo impersonal y lejano —el «sistema», el «legislador»— y ahora hay un «cabeza de turco» —el Tribunal Supremo— a la que poder imputar directamente la frustración que produce toda inadmisión.

Es innegable que este cambio de método realza el papel que la Ley 7/2015 ha querido dar a la labor de hacer jurisprudencia, un tanto relegada hasta entonces por la necesidad del TS de «despachar expedientes» ante el consabido colapso crónico. El legislador quiso darle un giro a esta situación y su determinación en este sentido se percibe ya en el propio *nomen* del recurso que con cierto exceso denomina «de casación objetivo para la *formación de jurisprudencia*»²³, escorando así hacia un lado la finalidad del recurso. A la vista está que en dicha fórmula la función de juzgar los asuntos queda eclipsada, pero en verdad tal efecto es puramente nominal ya que el régimen implantado solo es sostenible si ambas funciones son bien atendidas y en equilibrio, pues son sustancialmente interdependientes.

²³ Así en la exposición de motivos y en los arts. modificados de la LJCA 1998: 88.1; 88.3; 89.5; 90.1; 90.3.a); 90.4.d).

Contribuye también a crear la indicada apariencia el discurso de la exposición de motivos; este da explicación sobre el nuevo mecanismo de admisión y dice que la finalidad del recurso es que «cumpla estrictamente su función nomofiláctica» y que «no se convierta en una tercera instancia», expresiones de las que *prima facie* puede inferirse un cierto repudio hacia la función jurisdiccional, quizás motivado por la experiencia cercana que ofreció el régimen derogado; mas en puridad la expresión no deja de ser un exceso verbal, un desahogo, puesto que al resolver un recurso de casación, ya fuese en el sistema anterior o en el vigente, el Tribunal ejerce, *velis nolis*, la función jurisdiccional propia de las sentencias, llámesele «tercera instancia» o como se quiera.

De cuanto antecede puede concluirse que no cabe establecer la dicotomía jurisprudencia-jurisdicción en términos antagónicos o alternativos, sino como funciones complementarias como así resulta claramente del propio art. 1º.6 del Código Civil²⁴. Por tanto, cuando se habla —y en los últimos tiempos lo ha sido con profusión— de la necesidad de potenciar la creación de jurisprudencia y la unificación de criterios, de ningún modo puede interpretarse que esto conlleve una mengua del hacer justicia en el caso concreto; debe significar sencillamente que la labor de resolver los asuntos no debe acaparar los esfuerzos en perjuicio de la función jurisprudencial. Por tanto, si bien será lo normal que las sentencias muestren un mayor esfuerzo intelectual y extensión en lo tocante a su aspecto doctrinal que en lo que atañe a la parte deductiva o de aplicación al caso concreto, ello no ha de apreciarse como un debilitamiento del *ius litigatoris*, ya que este se mantiene intacto en esencia, o sea, solamente afectado por el nuevo método de razonar impuesto por la ley. Conforme a este método la premisa mayor de la sentencia ya no la constituyen los hechos —la trama del conflicto particular— sino el problema jurídico abstracto, depurado de adherencias fácticas, que ha sido desvelado por dicho conflicto; y una vez despejada tal premisa se seguirán deductivamente las consecuencias concretas para el caso. No obstante, es inevitable que esto fabrique una especie de imagen deformada —un «trampantojo»— en la que el «factor jurisprudencial» parece agrandado en perjuicio del jurisdiccional, máxime teniendo en cuenta que la existencia misma del *ius litigatoris* ha quedado a expensas de si hay o no sustancia para el *ius constitutionis*; mas lo cierto es que tampoco habrá jurisprudencia si no hay un litigio singular de por medio.

²⁴ «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al aplicar la Ley, la costumbre y los principios generales del derecho». Dicho de otro modo, la jurisprudencia emana cuando el Tribunal Supremo aplica el ordenamiento a los casos concretos. La trabazón entre «jurisprudencia» y «jurisdicción» es inextricable.

Esta función de juzgar del Tribunal Supremo, ligada a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), es inherente a su condición de órgano jurisdiccional, concretamente —como proclama el art. 123.1 CE— el *superior* en todos los órdenes, con jurisdicción en toda España²⁵, al que la ley atribuirá el conocimiento de los asuntos que considere de mayor importancia. Esta es su función primaria y natural y sobre ella nada cabe añadir en el marco de un sistema casacional como el adoptado en el que no se priva al Tribunal de la *iuris dictio*, base generadora de su jurisprudencia. Claramente la Constitución consagra una garantía institucional referida tanto a la propia existencia del Tribunal Supremo como a su condición de órgano juzgador.

Otra explicación exige la pregunta de por qué corresponde al Tribunal Supremo la función nomofiláctica o protectora de la ley y la de unificación de la doctrina emanada de los distintos órganos judiciales. La respuesta tiene cabal encaje en el contexto de los preceptos constitucionales que expresan la configuración del sistema. Así, consecuente con la realidad del Estado autonómico, el art. 152 CE proclama que un tribunal de justicia culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la comunidad autónoma, pero ello «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo», lo que junto al precepto antes citado sitúa al Tribunal en una posición no solo superior sino *suprema*, investido, amén de la función de juzgar, de otras funciones que son suyas e indeclinables, es decir, que no pueden ser ostentadas por ningún otro órgano judicial. Se trata del necesario contrapeso centripetador en un modelo de Estado descentralizado.

Esta preeminente posición del Tribunal Supremo y la exclusividad de su papel no pueden ser gratuitas, sino hallarse al servicio de valores constitucionales ciertos. En este sentido, dos son los principios que suelen invocarse como los anclajes de esas funciones que exceden de lo puramente jurisdiccional: en cuanto a la función nomofiláctica, el principio de *seguridad jurídica* (art. 9.3) en su acepción primaria del «saber a qué atenerse», lo que exige la defensa del derecho objetivo; y la *igualdad* jurídica (arts. 1 y 14) en cuanto a la unificación de las doctrinas divergentes de los distintos órganos judiciales con el fin de garantizar la igualdad de trato en la aplicación de la ley y evitando que los derechos dependan de cada interpretación que se haga de ellos. En fin, es clara la voluntad tanto expresa como implícita de la Constitución de que el Tribunal Supremo cumpla con el objetivo de conseguir la seguridad jurídica y la igualdad mediante la interpretación uniforme

²⁵ La Constitución no fija los términos de esta superioridad, lo que remite a la LOPJ, a la que corresponde determinar la constitución, funcionamiento y gobierno de todos los juzgados y tribunales (art. 122.1).

del derecho estatal y europeo creando una jurisprudencia con el valor que le asigna el art. 1º.6 del CCiv. La determinación de los mecanismos procesales para la consecución de dicho objetivo queda deferida a la LOPJ. El recurso de casación creado por la Ley 7/2015 vendría a ser la encarnación práctica de esa garantía institucional.

IV. A LA BÚSQUEDA DEL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO

Es comprensible que en un sistema como el vigente, tan marcado por el concepto de interés casacional objetivo, su regulación haya cuidado de que en todo pleito tal factor quede despejado cuanto antes en el orden secuencial de las fases del proceso; prioridad, pues, en la sustancia y en el tiempo.

1. LA COLABORACIÓN OBLIGADA DEL RECURRENTE

El recurrente viene a ser un colaborador que aporta su asunto al TS para que este realice su función ahora prioritaria, sin perjuicio de que eventualmente pueda obtener una sentencia para su causa si el Tribunal aprecia que la *litis* planteada lleva ínsita un interés objetivo. El TS ha subrayado la importancia de esta participación del recurrente²⁶; lo que por cierto no se compadece —dicho sea de paso— con lo dispuesto por el art. 90.8, según el cual la inadmisión del recurso conlleva automáticamente la imposición de las costas, una penalidad que será inicua en no pocos casos, máxime si se tiene en cuenta que el justiciable ni siquiera es informado suficientemente de los motivos de la inadmisión como más abajo se dirá. Es en todo caso una medida disuasoria que podrá convenir a efecto de reducir impugnaciones pero que no casa con el *deber-ser* del sistema.

Para hacer una valoración realista de la situación es muy ilustrativo tener en cuenta el «perfil» del recurrente. En contra de esa imagen tópica del administrado oprimido por la Administración y agobiado por la dificultad de plantear un recurso de este tipo, hay que reparar en que el 56% de los recursos admitidos a trámite —sobre un total de 1671 admisiones— proceden de entidades del sector público, encabezando la lista las comunidades autónomas (22,50%), seguidas de la Administración del Estado (16,70%) y las entidades locales (12,80%); más un 4% de recursos interpuestos por empresas públicas y órganos de la Seguridad Social. Esto frente al 44% de recurrentes «par-

²⁶ AATS 5-4-2017, Rcas. 628/2017; 8-5-2017, Rq. 257/2017; 19-6-2017, Rcas. 273/2017; 5-10-2017, Rq. 470/2017; 12-12-2017, Rq. 507/2017; 18-12-2017, Rq. 195/2017.

ticulares», concepto este que incluye corporaciones, asociaciones y grandes empresas del sector privado. Así, los datos que arroja la realidad permiten deducir que por lo general el «justiciable» no es precisamente un sujeto que se encuentre en inferioridad frente a las dificultades técnicas que este recurso de casación plantea. Pero esta última afirmación puede no ser exacta y carecer de todo valor, ya que falta conocer la tipología de impugnantes y sus respectivos porcentajes cuyos recursos fueron inadmitidos (número que cuadruplica el de los admitidos); es decir, el ciudadano en general no sabe qué ocurre en la cara oculta del sistema o base del «iceberg».

- a) En el escrito de preparación, la ley exige del recurrente no tan solo el deber de alegar la concurrencia de interés casacional²⁷ sino que debe «especialmente fundamentar» —y con referencia al caso no de forma abstracta—²⁸ esta circunstancia y además justificar la «conveniencia de un pronunciamiento de la Sala» (letra f), fórmula esta que se asemeja a la del recurso de amparo en su formulación actual²⁹ y que hace de dicho precepto la pieza central del sistema. Resulta de esto una carga un tanto excesiva, pues la apreciación de lo que sea de interés general puede ser relativamente fácil para el Tribunal Supremo, pero acaso inaprehensible para un abogado ocupado prioritariamente por el interés de quien le manda y quizá impotente para apreciar la gama de factores, jurídicos y parajurídicos, que pueden cualificar un asunto como de interés general. En fin, que al recurrente ya no le basta con hacer una correcta defensa de sus pretensiones sino que tiene que ganarse la admisión, facilitando al Tribunal Supremo el ejercicio de la función que a este corresponde.
- b) Otra manifestación de la preeminencia de este concepto se advierte en el hecho de que en los recursos contra sentencias de juzgados, a las Administraciones recurrentes no les bastará con demostrar que son —cumulativamente³⁰— susceptibles de extensión de efectos y que contienen «doctrina gravemente dañosa para los intereses generales», sino que, además,

²⁷ Como así se exige de los demás requisitos del recurso, letras a) b) c) d) del art. 89.2, que hablan de «acreditar», «identificar», «justificar»...

²⁸ ATS 1 de febrero de 2016, Rq. 98/2016.w

²⁹ Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, e importante STC 155/2009 de 25 junio sobre su art. 50.1.b. Como es sabido, su admisión está condicionada a la justificación de su «especial trascendencia constitucional». También la Sentencia TEDH de 20 de enero de 2015, caso *Arribas Antón c. España*.

³⁰ Así lo exigen los AATS 30-5-2017, Rcas. 265/2017; 18-9-2017, Rcas. 446/2017; 21-9-2017, Rq. 123/2017.

es necesaria la formación de jurisprudencia, lo cual parece algo así como rizar el rizo del rigorismo.

- c) Es en el escrito de interposición donde la balanza aparece más equilibrada sobre lo que ha de argumentar el recurrente en los dos aspectos, objetivo y subjetivo, a considerar por la sentencia (art. 92. 3 a) y b); pues para lo primero se exige una exposición razonada y para lo segundo precisar el sentido de las pretensiones...

2. LA COOPERACIÓN DEL ÓRGANO JUDICIAL A QUO

El órgano de instancia colabora también en la búsqueda del interés casacional objetivo, una opción de la ley a la que no le han faltado elogios. Pero esta colaboración —que puede ser bien valorada desde la perspectiva de la judicatura— quizá pueda no ser tan celebrada por el recurrente, quien, posiblemente acuciado por el peso de una sentencia adversa, probablemente querrá que su recurso produzca un efecto devolutivo pleno e inmediato.

- a) Es en el control de la preparación del recurso cuando el órgano de instancia tiene la primera oportunidad para seguir fiscalizando la acción, ya que ante dicho órgano ha de ser planteado el recurso. Esta intervención debe quedar limitada a la comprobación de si se respetan los requisitos enunciados en el art. 89.2, sin que dicho órgano pueda descender a la valoración de cuestiones sustantivas, tales como si concurre o no la infracción del ordenamiento jurídico que el recurrente denuncia ni sobre si aprecia la existencia de un interés casacional objetivo. Esta doctrina es la correcta y cuenta con el respaldo firme del Tribunal Supremo³¹.

Análogo razonamiento cabe respecto a la preparación de recursos contra sentencias de los juzgados. Estos verificarán el cumplimiento formal de los requisitos e incluso podrán valorar si se cumple o no el referido a que la sentencia impugnada sea susceptible de extensión de efectos (art. 86.2), pero no podrán enjuiciar si ha de reputarse «gravemente dañosa para los intereses generales», pues esto supondría hacer una valoración sobre su propia sentencia recurrida, de tal modo que su papel debe limitarse a la comprobación de si el escrito contiene o

³¹ Autos de 2 de febrero de 2017, Rq. 110/2016; 27 de febrero de 2017, Rq. 36/2017; 15 de marzo de 2017, Rq. 13/2017; 5-12-2017, Rq. 269/2017; 4-6-2018, Rq. 138/2018.

no tal argumentación y será el Tribunal Supremo quien valore dicha circunstancia a la vista de lo que al respecto arguya la Administración recurrente³².

- b) Una segunda oportunidad, esta mucho más sólida, de que el órgano judicial *a quo* pueda colaborar en la búsqueda del interés casacional objetivo es la que le brinda el art. 89.5 LJCA, pues una vez que tenga por preparado el recurso mediante el auto correspondiente, «si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia...».

Con todo respeto a las opiniones habidas sobre la bondad del precepto en cuanto vía capaz de aportar luz al Supremo para encontrar ese «interés casacional objetivo», el precepto es criticable —abstracción hecha de que su aplicación pueda ser oportuna en algún caso— por distintas razones, entre ellas las siguientes: a) otorga una nueva potestad discrecional —esta pura y neta («si lo entiende oportuno»)— a añadir a las que ya tiene el Tribunal Supremo como ha quedado relatado; su carencia de regulación es prácticamente absoluta; b) se trata de una opinión que se inmiscuye en un ámbito valorativo que es de la competencia del Tribunal Supremo; c) se deduce de la norma que tal opinión puede emitirse tanto si el órgano informante entiende que concurre ese interés como si no, lo cual incrementa la inseguridad y seguramente la inquietud del justiciable al desconocer la razón de por qué el órgano *a quo* decide formular una opinión —positiva o negativa— sobre su caso o cuál sea la razón de que no lo haga.

3. EL PAPEL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Se reseñan seguidamente los posibles «encuentros» del Tribunal Supremo con el concepto de interés casacional objetivo en el decurso del proceso.

- a) Puede darse un eventual primer «encuentro» en caso de que la inadmisión *a limine* dictada por el órgano *a quo* por faltarle al recurso tal requisito sea recurrida en queja ante el TS, quien resolverá sin necesidad de oír a la contraparte. También puede darse otro eventual encuentro si la Sección Especial decide antes que nada oír a las partes acerca de

³² AATS 27 de febrero de 2017, Rq. 36/2017; 28 de febrero de 2017, Rq. 37/2017.

si el recurso presenta interés casacional objetivo (art. 90.1); otra potestad discrecional más —esta también pura— de las que goza el Alto Tribunal.

- b) La decisión sobre la admisión o no del recurso, emitida por la Sección Especial, constituye el rasgo caracterizador de este recurso, como se dijo al principio. Este poder lo enuncia expresivamente el art. 88.1 («El recurso de casación *podrá* ser admitido a trámite...») y se funda en el carácter no vinculante para el Tribunal Supremo de las dos listas contenidas en dicho artículo sobre supuestos posibles de interés casacional objetivo, sin que contra sus resoluciones al respecto quepa recurso alguno (art. 90.5). La libertad del Supremo para apreciar la existencia o no de interés casacional permite afirmar que también puede «descubrir» de oficio supuestos distintos de los de la lista del art. 88.2³³. Ahora bien, esto no excusa de la carga que se impone al recurrente de que fundamente la concurrencia precisamente de alguno o algunos de los supuestos del art. 88.2 y 3, según exige literalmente el art. 89.2.f).

La relevancia de este trámite se manifiesta palpablemente en el hecho de que es el auto de admisión el que fija las normas sobre las que deberá pronunciarse la sentencia (art. 93.1), un ámbito este que no será delimitable a capricho sino que deberá guardar una conexión razonable con el conflicto planteado por el recurrente; o sea, que el Tribunal no puede crear jurisprudencia «de oficio» sobre aspectos ajenos al objeto del recurso por muy provechoso que fuere abordar dichos aspectos. Las normas a considerar serán, pues, las necesarias, no las que arbitrariamente la Sección de Admisión estimase convenientes para formar una jurisprudencia sin relación con el caso.

- c) Un último encuentro con el tema del interés casacional tiene lugar en la sentencia (art. 93.1). Despejada la parte objetiva de la cuestión, conforme a dicha interpretación «y a las restantes normas que fueran aplicables el Tribunal resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso...», lo que subraya el dato de que el Tribunal no queda vinculado a las normas que fueron señaladas en el trámite de admisión, pudiendo adicionar otras. Hay que anotar el distinto trato, *in peius*, que en este punto la ley dispensa al recurrente, ya que este no puede invocar en su escrito de interposición otras normas o jurisprudencia infringidas que las que «se identificaron en el escrito de preparación, sin poder extenderse a otra u otras no consideradas entonces».

³³ Sobre el carácter abierto del art. 88.2, ATS 15-3-2017, Rcas. 93/2017.

V. RÉGIMEN DE LA ADMISIÓN E INADMISIÓN DEL RECURSO

1. AUTOS Y PROVIDENCIAS. LA DIFERENCIA DE RÉGIMEN Y DE TRATO

La Sección Especial de la Sala del TS (art. 90.2) hace de filtro del que resultará la admisión o inadmisión del recurso, lo que se hará mediante auto o providencia, respectivamente (art. 90.3 a) y b), salvo en caso de inadmisión sobre los supuestos comprendidos en el apdo. 3 del art. 88 en los que habrá de resolverse mediante auto; esto salvo si la causa del rechazo es el incumplimiento de los requisitos formales que para todo recurso establece el art. 89.2, ya que en tales casos siempre procederá la emisión de una providencia³⁴ cualesquiera que sean los supuestos —apdos. 2 o 3 ex art. 88— sobre los que el recurso haya sido articulado.

Mucho se ha criticado el hecho de que el nuevo sistema invierta el modo de resolver la admisión e inadmisión imponiendo la forma de auto o providencia, respectivamente, salvo la excepción indicada relativa al art. 88.3. En puridad, la ley tendría que haber dispuesto que todas estas decisiones, sin excepción, se resolvieran mediante auto aunque hubiera exigido un nivel superior de motivación para los de admisión en razón a la lógica del nuevo sistema; pero ha impuesto una solución sumamente extremosa al exigir precisión en los autos de admisión y eximir prácticamente de motivar en las inadmisiones (art. 90.4).

Puede entenderse el rigor exigido a los autos de admisión por la conveniencia de dejar prontamente resuelto si concurre el interés casacional preciso y señalar su ámbito, sin diferir el examen de tal cuestión a un momento posterior del proceso. Por tanto, donde hay que poner el foco es en las providencias de inadmisión, esto es, las que se encargan de eliminar el «material de desecho» que viene a estar constituido, dicho sea *grosso modo*, por más del 80% del conjunto de la materia que pasa por el control de la Sección Especial de Admisión. Se trata de un tipo de providencia creada *ad hoc* por la Ley 7/2015, o sea, al margen de lo dispuesto por la LEC según la cual deben ser autos y no providencias los que resuelvan sobre la admisión o inadmisión de recursos y de otros instrumentos (art. 206.1.2ª LEC). Ese enorme contingente de recursos desechados pasa al limbo de los esfuerzos estériles de los justiciables y de sus abogados, con pena y sin ninguna gloria, pues a cambio de sus desvelos no recibirán más que una escueta providencia de inadmisión cuyo contenido, por voluntad expresa

³⁴ Auto de 30 de marzo de 2017, Rcas. 266/2016.

de la LJCA, está rigurosamente tasado y no sujeto a motivación³⁵, más una condena en costas.

Por lo que se refiere a las inadmisiones por no haber demostrado el recurrente la existencia de interés casacional (art. 89.2.f), esta forma tan expeditiva de «echarle» del proceso puede ser muy injusta, pues en muchos casos no será nada fácil discernir entre los asuntos que ofrecen o no ese interés, lo cual hace difícil de comprender que si el Tribunal se decanta por la admisión se explaye con prolijos argumentos y si se inclina por la inadmisión el asunto quede cerrado con el «carpetazo» de una providencia inexpresiva, aunque no lo entienda así el propio TS³⁶.

2. LA EXTERIORIZACIÓN DE TALES RESOLUCIONES; SUS DEFICIENCIAS

En un sistema donde el recurrente ha de arrostrar tantas cargas para demostrar el interés objetivo del asunto es fundamental que pueda contar con la información debida, lo que a su vez redundará en beneficio del sistema mismo. Sin embargo, rige aquí la no publicidad de las providencias de inadmisión, ya que nadie tiene acceso a su tenor, salvo la parte interesada. Dicho sea en síntesis, no se entiende por qué la ley priva a los ciudadanos de este elemento de juicio³⁷, ni cómo se concilia esto con los principios de transparencia y de acceso a la información. Aunque *prima facie* pueda no parecerlo, esta omisión es muy perjudicial tanto para el posible recurrente como para estudiosos e investigadores que así quedan privados de información clave para evaluar el sistema: ¿qué tipo de recurrentes padecen las inadmisiones? ¿De qué órganos *a quo* proceden las sentencias objeto de los recursos inadmitidos?

³⁵ Art. 90.4: «Las providencias de inadmisión únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre una de estas circunstancias: a) ausencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación o recurribilidad de la resolución impugnada; b) incumplimiento de cualquiera de las exigencias que el artículo 89.2 impone para el escrito de preparación; c) no ser relevante y determinante del fallo ninguna de las infracciones denunciadas; d) carencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

³⁶ Así, el ATS 30-3-2017: «[...] de ninguna manera cabe aceptar que la forma de providencia sea en sí misma anómala y generadora de indefensión [...] Esta no es una resolución carente de motivación, pues el art. 90.4 LJCA señala las condiciones que ha de contener [...]».

³⁷ La exclusión la hace la LJCA, art. 90.7: «Los autos de admisión del recurso de casación se publicarán en la página web del TS». El listado semestral que debe publicarse en el BOE según dicho artículo solo se refiere a los autos de admisión. De la base de datos del CENDOJ tampoco puede extraerse información al respecto.

¿En qué tipo de incumplimientos incurren los recurrentes?, etc. Debe tenerse en cuenta que el conocimiento de los autos de admisión no suministra la información completa de este trámite tan relevante, no siendo correcto extrapolar los datos y conclusiones que pueden extraerse del conjunto de los autos de admisión a otro conjunto que no es visible, el de las inadmisiones, muy superior en volumen.

VI. HACIA EL ENCUENTRO CON EL PRINCIPIO «PRO ACTIONE»

Este recurso de casación de nuevo cuño ha producido la conmoción propia de todo cambio relevante sobre materia sensible y esta lo es en grado sumo. Pese a que no han faltado críticas sobre la premura del procedimiento habida en la fase legislativa, salta a la vista que su regulación no ha sido improvisada y que destila sabiduría y experiencia, salvo algún aspecto puntual como suele ocurrir en toda obra humana. De entrada, ha proporcionado salida a un problema —el colapso del Tribunal y el descontento de los justiciables— que no tenía solución con los mimbres existentes. Quizá la familiarización con el sistema contribuya a apreciarlo con mayor benevolencia, pues en verdad la carencia mayor no proviene de la regulación del recurso sino del contexto normativo en el que se enmarca; basta señalar al respecto la inexistencia casi general de la doble instancia.

En las páginas precedentes va ínsita una cierta fe en que este recurso puede propiciar una gestión razonable de la garantía de la casación; y hay que desear fervientemente que lo consiga, pues más allá del mejoramiento del *ius constitutionis* o del *ius litigatoris* la beneficiaria primera es la propia nación que necesita con urgencia un fortalecimiento de sus instituciones en el marco constitucional. No es sostenible de ningún modo una imagen desvaída del Tribunal Supremo cualquiera que sea la causa.

Son bien conocidas por criticadas las disfunciones generadas bajo el sistema anterior; la visión de un Tribunal Supremo «contra las cuerdas» defendiéndose deslucidamente de la presión exterior: interpretaciones restrictivas de los requisitos de acceso, creación de obstáculos nuevos, rigorismos respecto a la preparación del recurso y el llamado «juicio de relevancia», división artificiosa de la cuantía de los recursos... No hay que olvidar las condenas a España recibidas del TEDH por causa de estos excesos.

Hay que abandonar hábitos y tomar conciencia de que ya no estamos en aquel sistema sino en otro. Aquel nos ha dejado la enseñanza de que nunca deberá buscarse la «eficacia» tirando por atajos que supongan desviación de las rutas que han marcado los principios generales del derecho administrativo. Dicho de otro modo, no cabe hacer una llamada a la «comprensión» para

que se entienda que son las carencias objetivas del sistema las que obligan a apartarse de la ortodoxia de los principios. No es válido abdicar de estos y por ello toda la regulación del recurso debe ser analizada, desde la cruz a la raya, sin que sufran un ápice los principios generales que tan trabajosamente han ido acuñándose, así que ante cualquier duda o disyuntiva que el sistema pueda plantear, tanto en sede interpretativa o aplicativa e incluso de cara a su modificación futura, puede decirse que la hoja de ruta está ya escrita y lo que habrá que hacer es atenerse a ella fielmente.

Esos principios orientarán siempre en la dirección correcta; por tanto, no debe caber la menor duda de que acertará quien defienda, por ejemplo, que las potestades discrecionales de los poderes públicos —aquí la tiene reconocida generosamente el Tribunal Supremo— deben ser las mínimas necesarias; que el camino correcto es el marcado por el principio *pro actione* y, por tanto, no el consistente en poner trabas a los recurrentes para que sucumban y con ello reduzcan la carga; que debe ser satisfecho el principio de contradicción dentro del proceso; que las resoluciones deben estar motivadas, señaladamente las que son desfavorables para el recurrente; que la generalización de la doble instancia es la solución natural y obligada para satisfacer el derecho a la justicia de cualquiera; que debe jugar el principio de proporcionalidad en el reparto de las cargas entre los actores del sistema, etc.

Resulta verdaderamente nefasto que por mor de circunstancias ajenas al propio Tribunal y sus miembros —cuya abnegación y pericia no hay que poner en duda— este se pueda ver colocado en la tesitura de actuar en desacuerdo con lo que todos reconocen como un deber ser. Las resoluciones que emanan de los órganos judiciales en general, incluidas obviamente las del Tribunal Supremo, en algún caso podrán no ser acertadas y esto es algo que puede ser fácilmente comprendido; lo que resultará muy difícil de comprender es que su actuación no sea concorde con un principio jurídico inveterado. Quienes creemos en el papel llamado a cumplir por el poder judicial como primer motor ejemplarizante de la regeneración que necesita nuestra sociedad pensamos que todo esfuerzo es poco para evitar una mala imagen suya. Por tanto, hay que esmerarse en impedir que los desajustes en los mecanismos procesales —en este caso del recurso de casación— puedan generar efectos para los ciudadanos que les lleve a no comprender por qué se les inflige un agravio desmesurado, máxime si este proviene precisamente del *sancta sanctorum* del aparato judicial.

