

Encarnación MONTOYA MARTIN: "El Recurso de Casación Contencioso-administrativo: en especial las causas de inadmisibilidad". Editorial McGraw-Hill/ Interamericana de España, S.A.U. en colaboración con el Instituto de Derecho Público "García Oviedo"; 1ª Edición, 1997.

Dentro del derecho procesal español, el recurso de casación tuvo fácil engarce en las jurisdicciones civil, penal y social. Atendía, originariamente, a frenar las aspiraciones ególatras de algunos Jueces que, en su posición de máximos intérpretes del Ordenamiento Jurídico (no olvidemos que los Tribunales Constitucionales son de creación posterior) sentían una frecuente tendencia a la extralimitación de sus facultades hermenéuticas de la Ley. Como se verá, esta dialéctica entre la finalidad originaria del recurso de casación y la protección constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva late a lo largo de toda la obra.

Con estos antecedentes, dedica Montoya el primer capítulo del libro al concepto, la naturaleza y la finalidad del recurso de casación, en especial en la jurisdicción contencioso-administrativa.

Partiendo de la mutación de los fines del recurso de lo público a lo privado (*ius litigatoris*), auténtica piedra de toque del recurso de casación contencioso, la Profesora Montoya afronta con precisión el que es el nudo gordiano de la materia en cuestión: la necesidad de hacer una diferenciación en la interpretación del recurso de casación en su vertiente contencioso-administrativa. En efecto, la autora acierta al escindir la casación contenciosa de la civil, por cuanto una interpretación *pro actione* de aquella se hace precisa dada la coyuntural estructura de la Planta judicial contenciosa (abocada a la única instancia por la ausencia de implantación de los Juzgados Unipersonales de lo contencioso-administrativo) y dada también la especial posición procesal del particular recurrente (que ha de soportar los privilegios procesales de la Administración).

Poniendo el acento siempre en el derecho del recurrente al acceso a la jurisdicción, Montoya llega a desentrañar todas las sutilezas que convergen en la fase de admisión del recurso de casación contencioso y que se polarizan, por un lado, en la extraordinariedad del recurso de casación (que lleva aparejada la exigencia de un mayor formalismo, y, por ende, una mayor capacidad del Tribunal de rechazar el recurso *ad limina*) y por otro, en la aspiración de la tutela judicial efectiva.

Sin la miopía intelectual que la haría olvidar el trasfondo del problema, entiende Montoya que las urgencias y empeños de nuestro tiempo deben ne-

cesariamente traspasar las rigideces formales que han adornado la casación desde su alumbramiento en Francia en 1790. No podemos, en efecto, condenar la discrecionalidad de los Jueces en los tiempos actuales, sometidos al Derecho y a la Constitución como están, y dejar sin enjuiciar peticiones de casación apoyándonos en motivos de inadmisión puramente formales. Hoy debemos evitar caer en la preeminencia de la función nomofiláctica del recurso de casación sobre la función garantizadora de acceso a la justicia de los particulares.

Con prudencia, se cuida mucho Montoya de no aventurarse en adelantar opiniones sin un argumento de autoridad y acompaña cada posicionamiento personal con la cita de la doctrina destacada a la que se une o de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que comparte. Es de este modo como el *iter* de sus planteamientos va de silogismo en silogismo, vadeando la crítica fácil y el argumento intempestivo, hasta extraer del tema la esencia valiosísima que atesora.

Demuestra Montoya cómo la incongruencia y hasta la contradicción más absoluta entre unas y otras sentencias del Supremo pueden complicar la comprensión de la casación contenciosa para el jurista: especialmente curiosa es la contradicción en que incurre el Alto Tribunal cuando por un lado inadmite recursos por falta de rigor formal o por adolecer la pretensión de la necesaria extraordinariedad que se le presupone a la casación, y por otro, relaja ese formalismo apoyándose en el *iura novit curia*. Igual oposición existe, por ejemplo, en la postura del Tribunal con relación a la finalidad de la casación: a veces prima la función tuitiva de la ley y la uniformización de la interpretación que de la misma hagan los jueces, mientras que en otros casos no tiene inconveniente en subrayar la jurisdiccionalidad del recurso y la subsiguiente no extraordinariedad del mismo, coadyuvando a una dulcificación en la fase de admisión que favorece la tutela de la pretensión de la parte actora.

De manera idéntica descubre la Profesora Montoya la desconexión entre la doctrina del T.S. y el T.C. sobre la naturaleza de la casación. Los adjetivos de formal, extraordinario, revisor, de cognición limitada, de función pública nomofiláctica... etc., son apoyados y refutados por uno u otro sin aparente coherencia, dándose algunas incongruencias entre los dos Tribunales y que no son salvables invocando la primacía que la CE. atribuye al T.C. en la interpretación del Ordenamiento jurídico, pues el T.C. opina sobre la casación en *obiter dicta* y no ejerciendo en estos casos de máximo intérprete de la Constitución, ya que la casación contenciosa no se prevé expresamente en ella, y corresponde su configuración pues al T.S., como máximo intérprete de la legalidad ordinaria.

En el segundo capítulo del libro la preocupación de la autora se dirige a enumerar las causas de inadmisibilidad del recurso de casación contencioso-administrativo. Esta labor, que a priori se nos apetece tan exhaustiva, es sutilmente desbrozada por Montoya, que aúna al rigor jurídico un evidente gusto por la claridad de exposición.

Cuenta para ello la profesora Montoya de tres fuentes materiales:

- La doctrina del T.S.
- La doctrina del T.C.
- La L.E.C.

El Tribunal Supremo ha ido conformando un corpus jurídico complejo sobre la interpretación correcta de los motivos de inadmisión de la casación tal como son enunciados en la L.E.C. Pero la autora disiente de la Jurisprudencia en este caso, dada su evidente parcialidad para con el tema en cuestión y logra suavizar la hipotética tendencia del Supremo de no entrar en el fondo del asunto del recurso, que entronca con una interpretación restrictiva del principio de espiritualización de las formas y de interpretación más favorable a favor del derecho a la tutela judicial efectiva. Ese efecto lenitivo lo consigue contraponiendo a la rigurosa doctrina del Supremo la siempre necesaria cortapisa de la jurisprudencia del T.C., que ha relativizado el imperio del carácter extraordinario del recurso de casación con el juego del principio *pro actione*, en aras a una interpretación más relajada de los defectos formales en que pueda incurrir el recurrente a la hora de interponer la acción de casación. A esa tensión inmanente entre las dos Jurisprudencias se trae a colación con maestría la letra de la L.E.C. en materia de motivos de inadmisibilidad, de forma que el lector puede asimismo inducir sus propias ideas al caso.

Del juego de estas tres ideas-fuerza extrae Montoya una doctrina pacífica, mesurada y coherente, que podría resumirse de la siguiente forma: el recurso de casación en su vertiente contenciosa es un instrumento jurídico-procesal no necesario, es decir, no de configuración constitucional sino de creación legal. A ello se suma el hecho de que el derecho a la tutela judicial efectiva es de tipo reaccional, en la inteligencia de que se instrumenta como un medio para atacar acciones que causan un daño que la administración de justicia ha de reparar, y que como tal, es igualmente al Legislador a quien compete establecer sus límites y contenido. Ello es lo que hace en la L.E.C. al positivizar los motivos de inadmisibilidad del recurso de casación. Pero si ello es cierto no lo es menos que el Tribunal Supremo es el encargado de interpretar, *de lege datae*, la correcta aplicación de la norma, sus posibilidades y menesteres según el

caso. Pero como ello no puede hacerlo casuísticamente de forma desordenada, debe motivar sus Autos de inadmisión del recurso, para no extralimitarse en su arbitrio y ceder a la arriba explicada propensión a cerrar el acceso al análisis del fondo de la cuestión. Y es aquí donde entra en acción el T.C., que en su andar jurisprudencial ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la constitucionalidad de los motivos de inadmisión, los cuales puede entrar a juzgar en la medida en que éstos hayan sido aplicados por el Supremo de forma arbitraria, irrazonada o desproporcionada.

Del rastreo Jurisprudencial colige Montoya tres elementos necesarios que han de darse previamente a la decisión del Supremo de inadmitir *ad limina* el recurso de casación: motivación suficiente, trámite de audiencia (con una bien traída polémica sobre la correcta interpretación del art. 1710 L.E.C.) y contradicción entre partes. Igualmente atenta está la Profesora Montoya a la hora de diseccionar el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva ya que dependiendo de cuál sea éste se podrá estar o no de acuerdo con el Tribunal Supremo en la labor que éste realiza en la fase de admisión del recurso: el núcleo del derecho enunciado en el art. 24.1 CE., lo conforma el derecho del recurrente a obtener una decisión judicial (*ad limina* o *in fondo*) sobre la pretensión primeramente deducida ante el Tribunal (lo que podríamos llamar, uniéndonos al Magistrado Vega Benayas, acceso primario a la jurisdicción). Por ello, no es esencial sino complementario de dicho núcleo el derecho a la segunda instancia, que el T.C. sólo exige en el derecho procesal español en la jurisdicción penal. Por tanto, el principio *pro actione* juega con menos fuerza en la fase de admisión del recurso de casación, dado que éste es una revisión (limitada pero revisión al cabo) del caso dilucidado por el juez *a quo*.

Si nos quedáramos en ese punto se nos podría tachar con razón de desfasados, pues la entrada en vigor de la Constitución impone la motivación de las sentencias (art.120,3 CE.) y las garantías procesales del justiciable, dentro de las cuáles se encuentra el derecho a no padecer indefensión ante la arbitrariedad de los tribunales de Justicia. De ahí que la autora se fije sobremanera en la necesidad de atemperar la rigidez del recurso con el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva (auténtico hilo de Ariadna de la obra). Pero existe otra cara de las muchas que conforman este poliedro: la aporía que supone conjugar la tutela judicial efectiva del recurrente con la del recurrido, pues éste también ostenta un derecho a la inamovilidad de la sentencia que obtuvo en la instancia y a la certidumbre de que la misma no se vea sometida a dilaciones procesales indebidas. Es en este punto concreto donde la obra se acrecienta y denota su auténtica utilidad pues el práctico del derecho verá muchas de sus dudas disipadas tras la lectura de la solución que se ofrece.

Pasamos ahora al tercer capítulo, dedicado por completo a realizar un análisis minucioso del *iter processus* en la fase de admisión de la demanda interpuesta en el recurso de casación contencioso-administrativo. La autora, con buen criterio, comienza estudiando dicho trámite procesal en el recurso contencioso-administrativo ordinario con una doble intención:

- ◆ inducir, de la Jurisprudencia del T.S., los principios que rigen el recurso contencioso, y que se repiten para el recurso de casación;
- ◆ apuntar críticamente algunos resabios de la concepción revisora de la jurisdicción contenciosa, que se extrapolan, contaminándola, la fase de admisión del recurso de casación contencioso-administrativo.

Una somera descripción de dicha fase en el recurso de casación en las otras jurisdicciones sirve de ejercicio propedéutico al examen de los motivos de inadmisibilidad del recurso en la jurisdicción contenciosa. Montoya, coherente en otros puntos con su filosofía de otorgar especialidad al recurso de casación contencioso, deja entrever cierta desazón por la no aplicación al régimen del recurso de casación contencioso de algunas garantías comunes al recurso de casación laboral, civil y penal, como la existencia de una fase de subsanación de los errores al interponer el recurso (que en lo contencioso está expresamente previsto sólo para los dos nuevos motivos de inadmisibilidad introducidos por la L. 10/92, o sea para casos de carencia manifiesta de fundamento de la demanda y de casos de resolución en sentido negativo de casos sustancialmente iguales con anterioridad) o la intervención del Ministerio Fiscal, que informa, con anterioridad a la intervención del Supremo, la decisión de inadmitir *ad limina* el recurso de casación.

La constante preocupación de la autora por el respeto de la tutela judicial efectiva aflora de nuevo en el cuerpo central del capítulo, defensora de la interpretación cerrada de las causas de inadmisión relacionadas en el art. 100 de la LJCA, que se concibe como un "numerus clausus" y por ende límite a las tentaciones que pueda sentir el Supremo de innovar motivos para no entrar en el fondo de la pretensión deducida en casación. *Sensu contrario*, se debe cuidar mucho el Tribunal de no caer en el extremo opuesto, relajando el rigor necesario que se le exige a la demanda de casación y aplicando con exceso el brocardo *iura novit curia* para dejar pasar pretensiones que incurran en defectos insubsanables. Ello, recordemos, porque la tutela judicial efectiva es un derecho que se predica de las dos partes en el proceso: de la parte actora, que quiere que su recurso sea enjuiciado y casada la decisión del Tribunal *a quo*, pero también de la parte recurrida, que espera que su sentencia de ins-

tancia se ejecute y no se vea sobresaltada por una intempestiva revisión de tercera instancia (la casación).

Enumera la autora todos los motivos de la casación contencioso-administrativa, para realizar, al hilo de la Jurisprudencia y doctrina al caso, una elaborada labor de explicación y síntesis. Especialmente clarificadora y útil para todo práctico del derecho es la parte que trata las resoluciones no susceptibles de casación como motivo de inadmisibilidad, donde se delimitan con exactitud los contornos de las cuestiones de personal, de la suma de gravámenes (que fija en seis millones de pesetas la cuantía mínima de la pretensión para poder ser admitida en casación), y del espinoso tema de la relevancia de la norma estatal en recursos contra actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas. En éste caso, Montoya hila fino para llegar a concluir que la interpretación que los TTSJ. de las Comunidades Autónomas hagan de la inconstitucionalidad de una disposición de carácter general estatal al interponer una cuestión de inconstitucionalidad ante el TC., no vincula al Tribunal Supremo a la hora de aceptar como casable o no la demanda de casación que se ampara en la violación de un precepto constitucional ex art. 5.4 LOPJ.

Igualmente clarificador me parece el tratamiento de las "cuestiones nuevas", ampliaciones o transformaciones de los hechos que delimitan el objeto del recurso, y que constituye causa frecuente de inadmisión de recursos de casación. Tratamiento que la separa de la posibilidad lícita de apoyar la pretensión en argumentos jurídicos nuevos que puedan deducirse, y que se pueden introducir en cualquier momento con posterioridad a la sentencia de instancia. Y ello porque la seguridad jurídica no se ve conmovida por la integración de nuevos argumentos de derecho, que forman parte de la esfera del principio dispositivo que prima en el régimen de la casación contenciosa, y que se apoya igualmente en el *iura novit curia* del Supremo. Como corolario de tal doctrina, tampoco es enjuiciable por el Tribunal *ad quem* la fase de prueba realizada por el Juez de instancia bajo la pretensión de haber incurrido en error de hecho o derecho: tal argumentación conllevaría un atentado evidente contra el contenido esencial del derecho a la tutela efectiva del recurrido en casación.

Fluye por todos los poros del libro la honda creencia en que sólo la espiritualización de las formas rituarías del recurso contencioso coadyuvaría a no denegar el acceso a la casación de manera igualmente injusta. El ejemplo más palmario lo constituye la interpretación *pro actione* que se hace de la omisión de las normas que se consideren infringidas, de modo y manera que siempre que se infiera del tenor literal de la demanda cuáles son esas normas que sir-

ven de apoyatura a la pretensión, procede su admisión. Más clara aún es la invocación del principio *pro actione* en la omisión de la Jurisprudencia que se considere conculcada. Siguiendo con el juego de esta idea- fuerza comulga aquí la autora, como en otras parte de la obra, con la doctrina de Xiol Ríos cuando afirma que la no-petición de subsanación en la instancia de la falta por parte del recurrente en casación no es coherente con el art. 24 de la CE., ni con el citado art. 4.4 de la LOPJ., ya que no podemos someter la tutela judicial efectiva a la mera falta de diligencia del recurrente para denunciar ante el juez de instancia una infracción procesal que le produjera indefensión. El verdadero sentido de este motivo de inadmisibilidad, como recuerda Xiol, es rechazar la demanda que carezca de tal denuncia, pero en la que concurran, además, culpa del demandante y subsanabilidad de la falta en instancia. Lo contrario nos llevaría a la paradoja de castigar una omisión culposa como si fuera dolosa (inadmisión del recurso).

Tanto la falta manifiesta de fundamento como la desestimación en el fondo de otros recursos sustancialmente iguales, responden a causas impropias de inadmisibilidad del recurso. En efecto, para inadmitir *ad lumen* el recurso con base en cualquiera de estos dos motivos, se hace preciso entrar en un sucinto análisis del fondo de la cuestión por parte del T.S., análisis que traspasaría la función controladora del acceso a la jurisdicción para adentrarse un tanto en el peligroso terreno del desequilibrio procesal entre las partes, ya que se podría entender conculcado el derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva, que ve como su recurso se inadmite en los umbrales del proceso cuando con el mismo tiempo empleado y con el mismo proceso intelectual el T.S. podría haber entrado a conocer del asunto y otorgarle una sentencia de fondo. Claro está que estamos ante un asunto estrictamente de política procesal, pues como bien ha advertido la reiterada Jurisprudencia del T.C. sobre el asunto, el Legislador es muy libre de configurar el filtro para acceder a la administración de la justicia, mucho más aún en lo que respecta al recurso extraordinario de casación contencioso-administrativo, en cuya jurisdicción no se prevé constitucionalmente la doble instancia.

La falta de fundamento, como recuerda la autora, no es un tema pacífico dentro de la doctrina legal del T.S., que a veces la confina a la falta de identidad entre las pretensiones del recurrente en primera y segunda instancia, otras a la voluntad de éste de impugnación de una norma en casación, cuando no lo hizo así ante el juez *a quo*, y otras cuando no solicita la casación de la sentencia, sino la decisión inatacable del propio T.C. Resalta con buen criterio la autora que tal indeterminación supone, a fin de cuentas, un flaco favor a la seguridad jurídica porque es obligación del T.S. constreñirse al motivo de

inadmisibilidad lo más posible, e interpretarlo con coherencia *pro futuro* en sus Autos de admisión/inadmisión de los recursos, por cuanto es el Legislador el único que puede autorizar un cambio en el alcance de las causas limitadoras al acceso a la tutela judicial.

Otra cuestión importante es la de la doble interpretación que cabe hacerse del apartado c), número 2, del art. 100 LJCA., cuando dispone: "En este caso, antes de dictar el auto de inadmisión, se oirá a la parte recurrente por plazo de diez días, poniéndole sucinta y previamente de manifiesto la posible causa de inadmisión". La cuestión estriba en saber si la Audiencia se debe para el caso de apreciarse la inadmisión por falta manifiesta de fundamento y por desestimarse en el fondo otros recursos sustancialmente iguales o sólo cuando concurre ésta segunda. La expresión "en este caso", bien podría hacer referencia a las dos causas y no sólo a la que se cita en último lugar. El Pleno de los Magistrados de la Sala Primera del T.S. a raíz de publicarse la Ley de Reforma Procesal de 1992, que afectaba profundamente a la casación civil, se pronunció al respecto del problema para concluir que sólo con la segunda de las causas cabía trámite de audiencia y unanimidad en la decisión de inadmisión. Montoya entiende que tal interpretación supone una hermenéutica sesgada de las garantías procesales del recurrente, pues no se aprecian diferencias teleológicas en la institución de las dos causas de inadmisión citadas.

Dentro del procedimiento y efectos de la resolución del trámite de admisión, cabe citar la posibilidad que tiene el T.S. de rechazar parcialmente el recurso, dándole paso a la jurisdicción a la parte "sana" del mismo. La autora infiere que lo que se inadmite en este caso son los motivos, pero no la pretensión de la parte, que puede prosperar y tener éxito en relación con las causas legalmente procedentes. En este punto divergimos un tanto de la opinión de la autora. A nuestro juicio, todos los motivos de inadmisión llevan aparejada una sanción para el recurrente, cual es el recorte de la parte de pretensión que en ellos se apoya: así, por ejemplo, cuando el T.S. paraliza un recurso porque el recurrente añade a su petición de instancia, por ejemplo, el nuevo petitum de que se enjuicie la constitucionalidad de la no-obligación para las mujeres de realizar el servicio militar (STS. de 20 de mayo de 1994), por falta manifiesta de fundamento. Los motivos de inadmisión subsanables están queriendo diferenciar entre la posibilidad de hacer pasar o no la pretensión del recurrente, ya que en la medida en que no lo sean, llevan aparejados el rechazo de la pretensión. Por tanto, son inescindibles de facto, los motivos de inadmisión y la integridad de la pretensión deducida.

Otra de las fallas del trámite de admisión de los recursos de casación contenciosos está en una reiterada Jurisprudencia del T.S. que afirma la posibilidad de desestimar en sentencia el recurso apoyándose en una causa de inadmisibilidad. Supone este trance una extraordinaria perversión de la fase de sentencia, que tiene que ajustarse a unas causas tasadas de desestimación, por cuanto supone de hecho un diferimiento de la fase de admisión. Podríamos decir que tal posibilidad se apoya en la negligencia del Tribunal *a quo* y de la sección correspondiente de la Sala 3ª del T.S., que no acertaron a darse cuenta de la existencia de un defecto en la preparación y presentación del recurso, respectivamente. No creemos, como dice la autora, que una falta de diligencia de los tribunales pueda imputársele al recurrente, que ha visto frustradas sus expectativas procesales con una sentencia de absolución en la instancia, que, recordémoslo, no supone tutela judicial efectiva según la Jurisprudencia del T.C. El art. 24 CE. está amparando, como medio normal de terminación de los procesos, las sentencias de fondo, y todo lo que no sea ello debería de interpretarse *stricto sensu*. Por contra, esta Jurisprudencia no puede convertirse en una válvula de escape ante la avalancha de recursos interpuestos ante el T.S., que se ve superado por la insuficiencia de medios personales y técnicos: no debe consolidarse la sustitución de la fase de admisión por la fase de sentencia, ante la imposibilidad del Tribunal de realizar una correcta fase de admisión, dejándose colar indolentemente los recursos defectuosos o dudosos de admisibilidad para poder mejor enjuiciarlos en el fondo y acabar rechazándolos. Esto supone un paradigma de las dilaciones indebidas en el proceso, así como una evidente llamada de socorro del T.S., incapaz de contener la montaña de papel a la que se enfrenta diariamente.

El libro se cierra con una sugerente anticipación de la entonces nueva regulación del proceso casacional contencioso derivada del Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa elaborado por el actual Gobierno del Partido Popular de 18 de junio de 1997. Aunque dicho Proyecto difiera bastante del anterior del Partido Socialista, que se extinguió por la disolución de las Cortes en marzo de 1996, mejora en este extremo alguna de las carencias citadas en esta recensión, como por ejemplo, la carencia de un trámite de audiencia, que ahora se prevé obligatorio para todas las causas de inadmisión. Otras muchas reformas se citan y analizan en este apartado de cierre de la obra de la Profesora Montoya.

En suma, podemos decir que la presente obra supone un avance definitivo en la interpretación y crítica del difícil camino de la casación contenciosa, que tiene la virtud de aunar el rigor teoricista de la investigadora con la prác-

tica contundente de la Jurisprudencia de nuestros Altos Tribunales. Si a ello se suma la capacidad de inferir principios y líneas de máxima, sólo posibles como consecuencia de un profundo conocimiento del tema y de una posterior reflexión del mismo, podremos concluir finalmente que se trata de una obra de envergadura, útil y sabia.

Antonio José SANCHEZ SAEZ.