

Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhieren los Magistrados doña Adela Asua Batarrita, don Luis Ignacio Ortega Álvarez y don Fernando Valdés Dal-Ré, a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 2399-2012.

Con respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con la fundamentación jurídica de esta.

1. La demandante de amparo invoca, en primer lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) fundándose en que la exigencia de citar los preceptos o la jurisprudencia que se reputan infringidos en el escrito de preparación del recurso de casación contencioso-administrativo contra resoluciones de la Audiencia Nacional carece de cobertura en la LJCA.

Comparto la idea reiterada en la jurisprudencia constitucional y expuesta en la sentencia en el sentido de que el derecho de acceso a los recursos es un derecho de configuración legal —a salvo la especialidad del derecho a la doble instancia en el caso de las sentencias de condena penales—; de que la tarea de interpretación de los requisitos exigidos por las normas para la admisión de los recursos, como materia de legalidad ordinaria, está reservada a los jueces y tribunales (art. 117.3 CE); de que, en consecuencia, no corresponde a este Tribunal revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión cuando esta se declara con base en una causa legalmente inexistente (retengamos esto) o mediante un juicio arbitrario, irrazonable o fundado en un error fáctico patente (entre otras, SSTC 55/2008, de 14 de abril, FJ 2; 186/2008, de 26 de diciembre, FJ 2; 42/2009, de 9 de febrero, FJ 2; o 130/2012, de 18 de junio, FJ 2); de que, finalmente, corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 6).

Considero, sin embargo, que, en aplicación de esta jurisprudencia, en este caso especial, debería haberse apreciado también por este motivo la lesión del art. 24.1 CE, ya que la decisión de inadmisión impugnada se ha basado en una causa que debe considerarse legalmente inexistente.

En efecto, (i) el escrito de preparación del recurso de casación y el escrito de interposición del recurso de casación son actos separados correspondientes a momentos procesales distintos y sometidos al cumplimiento de requisitos diferentes; (ii) la exigencia de que se citen las normas o la jurisprudencia que se consideren infringidas se establece expresamente como requisito del contenido del escrito de interposición (art. 92.1 LJCA) y no figura ente los requisitos exigidos para el escrito de preparación (art. 89.1 LJCA); de donde se sigue (iii) que el requisito de que se citen las normas o la jurisprudencia que se consideren infringidas es solo exigible para el escrito de interposición pero no para el de preparación y que considerarlo embebido, como ha opinado la mayoría del Tribunal, en “los requisitos de forma exigidos” (cuya concurrencia debe expresarse en el escrito de preparación) violenta el texto de la ley.

En suma, debe reconocerse que la resolución de inadmisión impugnada se funda en una “causa legalmente inexistente”, cuya introducción no puede justificarse por el propósito perseguido por el Tribunal Supremo de reducir la inevitable tensión que, frente a ciertas ventajas, supone la opción legislativa de mantener en la casación contencioso-administrativa la duplicidad de escritos de iniciación del recurso de casación (preparación e interposición), frente a la opción de suprimir esta duplicidad, que fue la seguida en el orden jurisdiccional civil en la última reforma del régimen de dicho recurso realizada paralelamente (art. 477 LEC, modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre).

La cuestión no reside, por consiguiente, en que el Tribunal Supremo haya realizado una nueva interpretación de las previsiones de la LJCA acerca de la preparación del recurso de casación, lo cual en sí mismo no puede objetarse, sino en que esta interpretación, al incorporar nuevos requisitos que alteran el sistema establecido por el legislador, conduce a resultados irrazonables. Por ello, las resoluciones impugnadas no superan el canon establecido por este Tribunal en relación a la inadmisión de los recursos, el cual, cuando está en juego el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, se constriñe a exigir que las resoluciones de inadmisión sean razonables y que no incurran en arbitrariedad o en error patente (entre otras, STC 248/2006, 24 de julio).

2. La demandante de amparo invoca, en segundo lugar, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) fundándose en que (i) la exigencia de anticipar en el escrito de preparación del recurso de casación los concretos preceptos o la jurisprudencia que

se reputan infringidos no era predecible en el momento de la preparación del recurso; y (ii) no fue tomado en consideración el escrito de adecuación a la nueva jurisprudencia, que, tan pronto como fue conocida, presentó la recurrente.

La opinión de la mayoría del Tribunal en que se sustenta la sentencia defiende que se ha producido una vulneración del art. 24.1 CE por no haberse tomado en consideración la circunstancia de que la demandante, tras el cambio de jurisprudencia respecto de los requisitos formales que debían cumplirse en el escrito de preparación del recurso, subsanó la falta mediante un nuevo escrito dirigido a la Audiencia Nacional. Creo sinceramente que con esta solución se trata eludir el problema directamente planteado por el caso que enjuicamos, que es el de la existencia o no de límites a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia o, en los términos en que ha sido examinado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 7 de febrero de 2012, caso *Alimuçaj c. Albania*, §150 y §156; y de 21 de octubre de 2013, caso *Del Río Prada c. España*, § 93), el problema de la exigencia de previsibilidad de la jurisprudencia en casos en que este requisito está en directa relación con la exigencia de esta circunstancia respecto de la ley.

El cambio de criterio jurisprudencial, debidamente motivado, que se deriva tanto de la evolución de la propia doctrina originada en los órganos superiores, a través de los recursos de casación y de revisión, como de la confirmación de resoluciones suficientemente fundadas de los inferiores es considerado por este Tribunal como acorde con la Constitución (STC 246/1993, de 19 de julio, FJ 3). Ahora bien, los cambios jurisprudenciales están sometidos a las garantías constitucionales no solo en lo que se refiere a la exigencia de motivación de la nueva jurisprudencia que se establezca, sino también al alcance temporal de las consecuencias que se puedan derivar de ese nuevo criterio jurisprudencial.

En vía de principio, el ámbito de aplicación de la jurisprudencia, desde el punto de vista temporal, es el mismo que corresponde a la ley que interpreta. La jurisprudencia es, por su propia naturaleza, de aplicación inmediata a todos los casos sometidos a los tribunales a los que la norma sea aplicable por razones temporales, con arreglo a lo que se ha calificado, especialmente en el ámbito del Derecho procesal, como principio de retroactividad mínima, en la línea del “mínimo efecto retroactivo” (STC 95/1993, de 23 de marzo) al que se refiere la resolución impugnada en amparo, y de la aplicación inmediata del nuevo criterio, equivalente a dar eficacia retroactiva al cambio sobrevenido (*regular retroaction*), según subraya la

doctrina científica. Esto es una consecuencia del carácter accesorio y complementario de la jurisprudencia respecto de la ley que aplica e interpreta, una de cuyas manifestaciones se refleja en el artículo 161.1 a), inciso segundo, CE cuando dice que “[l]a declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

Sin embargo, la eficacia retroactiva de los cambios de criterio jurisprudencial que se deduce de este principio no es absoluta, pues no puede prevalecer cuando implica el sacrificio de derechos o valores que la Constitución protege frente a la aplicación retroactiva de las normas, en aras de los principios de protección de situaciones consolidadas, de garantía de la seguridad jurídica, de proscripción de la arbitrariedad y de efectividad del principio de legalidad penal. Resultaría inadmisibles que aquello que está vedado al legislador, y en general a los “poderes públicos” (artículo 9.3 CE) por respeto a tales principios estuviera abierto, sin la debida justificación, a la interpretación de la ley por el camino de la evolución de la jurisprudencia con idénticos efectos. Tampoco el propio artículo 161.1 a) CE, como acabamos de ver, impone con carácter absoluto la retroactividad de la modificación jurisprudencial que resulta de la anulación de la ley que la soporta, pues se refiere como uno de sus límites a la cosa juzgada (STC 12/1989, de 25 de enero).

De ese modo, la eficacia temporal del cambio de criterio jurisprudencial debe ser templada cuando su aplicación se traduce, en la práctica, en la exigencia de un requisito procesal de carácter formal del que depende la acción o el recurso que no se entendía exigible en el momento de la presentación del escrito, pues así lo impone el parámetro constitucional de la racionalidad de la decisión judicial. El nuevo criterio jurisprudencial no puede aplicarse a los recurrentes o demandantes que no podían tener conocimiento de él en el momento de presentar la demanda o el recurso. En efecto, la existencia, en la práctica, de un requisito procesal de carácter formal, del que depende la admisibilidad de la acción o el recurso, que debe ser salvado por la parte a quien resulta imposible su conocimiento en el momento en que debe ser cumplido implica, cualquiera que sea su génesis, una interpretación de los requisitos para el ejercicio de la acción o del recurso que es obligado considerar como no adecuado al principio de racionalidad, por cuanto (a) se opone al principio racional de que nadie puede ser obligado a cumplir lo que no es exigible; y (b) supone la quiebra del principio de confianza legítima en la actuación de los poderes públicos, cuando estos crean una expectativa fundada

en la que se basa la conducta del ciudadano que se acomoda a ella. Este principio se relaciona con el principio de seguridad jurídica constitucionalmente consagrado, definido por este Tribunal como “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (SSTC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5; y 120/2012, de 4 de junio, FJ 3).

Soy consciente de que el caso examinado versa sobre un supuesto de acceso a un recurso, y no de acceso a la jurisdicción, y de que esta distinción resulta relevante en el plano de la jurisprudencia constitucional a los efectos (i) de la no aplicación del canon de proporcionalidad en la exigencia de los requisitos legales para el derecho al recurso y (ii) del mayor rigor, respecto del derecho de acceso, del canon de constitucionalidad cifrado en la racionalidad de la decisión. El parámetro de constitucionalidad que consiste en el examen sobre el carácter razonable de la decisión opera, según la jurisprudencia constitucional, con especial incidencia en los casos en que “la controversia constitucional afecta a contenidos propios y específicos del derecho a la tutela judicial efectiva, como pueden ser el acceso a la jurisdicción o, con otra intensidad, al acceso a los recursos” (STC 214/1999, FJ 4). Ahora bien, esto no significa que el parámetro de la racionalidad no sea aplicable a las decisiones sobre admisibilidad de los recursos, pues este Tribunal ha declarado en reiteradas ocasiones que “una vez diseñado el sistema de recursos por las leyes de enjuiciamiento de cada orden jurisdiccional, el derecho a su utilización pasa a formar parte del contenido de la tutela judicial, tal y como se regula en ellas y por tanto puede resultar menoscabada si se impide el acceso a las instancias supraordenadas arbitrariamente o con fundamento en un error material (SSTC 55/1993 y 28/1994)” (STC 37/1995, FJ 2). Por su parte, en relación con la casación, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera relevantes para el acceso a los recursos aquellas restricciones que afectan al derecho de acceso en su misma sustancia (STEDH de 4 de noviembre de 2014, caso Sociedad Anónima del Ucieza c. España, parágrafo 35).

El derecho a la tutela judicial efectiva puede, en suma, resultar vulnerado, tanto si se trata del acceso a la jurisdicción como del acceso a los recursos, si se aplica un requisito formal acorde con un cambio de criterio jurisprudencial a actos realizados cuando no existía o no se conocía la nueva doctrina y, no habiendo sido posible a la parte ajustarse al nuevo criterio, no se concede a la parte oportunidad alguna de subsanación. Así lo exige la preservación del canon de racionalidad, en relación con la salvaguarda de los principios de seguridad jurídica y buena fe, una de cuyas consecuencias se refleja en el paradigma clásico

ad impossibilia nemo tenetur (nadie puede ser obligado a lo imposible), en estrecha relación, dadas las peculiares circunstancias de este supuesto, con otro principio clásico en el derecho del procedimiento, como es el de que los actos se rigen por las reglas vigentes en el momento de su producción: *tempus regit actum*.

En esta línea se encuentran ejemplos en los tribunales tendentes a modular la aplicación de nuevos criterios jurisprudenciales que pueden suponer la imposición de requisitos formales no conocidos con anterioridad. Sin ánimo de agotar la cita, en el ámbito del proceso constitucional, este Tribunal, en aplicación de estos principios, ha considerado procedente mitigar el rigor del requisito procesal consistente en justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo cuando la fecha de interposición de la demanda ha sido anterior a la publicación oficial de la decisión que aborda por primera vez la interpretación de esta carga procesal estableciendo, a título de enumeración, ciertos casos en que resulta aplicable (STC 155/2009, de 25 de junio, y AATC 4/2010 y 5/2010, de 14 de enero, FJ Único; y STC 15/2011, de 28 de febrero, FJ 3, entre otros). Una doctrina similar se ha aplicado en relación con la improcedencia de declarar la falta de agotamiento de la vía previa al amparo por falta de interposición del incidente de nulidad de actuaciones en función de un criterio del Tribunal Constitucional no conocido por el recurrente en el momento de interponer el recurso (v. gr., STC 176/2013, FJ 3, último párrafo).

No puedo dejar de advertir que la solución seguida por la opinión mayoritaria del Tribunal ofrece, a mi juicio, riesgos imprevisibles para el tratamiento procesal futuro de los recursos de casación en todos los órdenes jurisdiccionales (si exceptuamos el penal, por razones que no son ahora del caso), pues de ella parece seguirse la consecuencia de que los defectos de los escritos de iniciación del recurso de casación son subsanables con carácter general, en contra de la jurisprudencia ordinaria y constitucional seguida hasta el momento. A mi juicio carece de trascendencia que la parte recurrente, en cuanto conoció las precisiones efectuadas por el ATS de 10 de febrero de 2011 sobre la interpretación de un requisito hasta entonces no reconocido, presentara una adición para “adecuar” su escrito al mismo, en la que hizo constar las normas y la jurisprudencia sobre cuya infracción iba a versar el escrito de interposición. Este hecho no añade, en efecto, circunstancia relevante alguna (salvo en la medida en que puede ser invocado a otros efectos como expresión de una diligencia especial por la parte recurrente que no resulta exigible). En efecto, debe tenerse en cuenta (i) el carácter extraordinario del recurso de casación; (ii) que la oportunidad de subsanación debe

ser ofrecida, si procede, de oficio por el tribunal (artículo 127.2 LJCA); (iii) que la exigencia de este requisito responde, como pone manifiesto la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, a la finalidad de determinar desde el mismo momento de la preparación el objeto de recurso de casación; y (iv) que la subsanación carece de sentido respecto de un requisito que pierde su finalidad si no se cumple en el mismo momento de la preparación del recurso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, que este Tribunal no considera contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, considera insubsanables los defectos de los escritos de preparación e interposición del recurso de casación, salvo que se trate de errores materiales (v. gr., ATS 22 de septiembre de 2011, recurso de casación 5572/2010, razonamiento jurídico tercero).

3. La parte demandante invoca en tercer lugar la vulneración del artículo 14 CE, fundándose en que ha existido un cambio de criterio del Tribunal Supremo que no cumple con las exigencias que impone el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

A mi juicio, son muy puestas en razón las consideraciones que se fundan en la opinión mayoritaria del Tribunal, según las cuales, a pesar de que existieron decisiones de admisión coetáneas y posteriores de la Sala Tercera del Tribunal Supremo admitiendo recursos de casación que se encontraban en situación idéntica a la del interpuesto por la parte recurrente en amparo, no concurren los requisitos que exige la jurisprudencia de este Tribunal para apreciar una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Estoy, asimismo, de acuerdo con la precisa observación de que, como este Tribunal ha admitido (entre otras, en STC 58/1986, FJ 3, y, en sentido análogo, SSTC 27/1988, FJ 4 y 12/1988, FJ 3), en casos límite en que se invoca el principio de igualdad, pero falta un elemento hábil de comparación con un precedente judicial, no cabe excluir la apreciación de la falta de racionalidad como determinante de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, cuando concurren las circunstancias que justifican tal apreciación, abandonando el marco del art. 14 para buscar cobijo en el del art. 24 CE.

El matiz de mi discrepancia radica en que, a mi juicio, este razonamiento debió conducir a estimar también este motivo, y no a desestimarlos, como ocurre en la sentencia,

cosa que puede tener relevancia decisiva para la resolución de otros recursos pendientes similares al aquí resuelto.

Madrid, a veintidós de enero de dos mil quince.