

# La desprotección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ¿quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva?



**Lucía Casado Casado**

*Profesora titular de Derecho Administrativo.  
Universidad Rovira y Virgili*

Este trabajo ha obtenido el **1.º Premio «Estudios Financieros» 2020** en la modalidad de **Constitucional y Administrativo**.

El jurado ha estado compuesto por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

## Extracto

Este trabajo analiza los obstáculos con que se enfrenta, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, la tutela de los derechos procesales de los recurrentes, con el fin de advertir de los principales problemas y déficits que presentan los medios de impugnación existentes para articular una protección efectiva frente a las infracciones procesales. Tras las últimas reformas normativas, la depuración de errores procesales cometidos por jueces y magistrados al dictar resoluciones judiciales se ha visto seriamente dificultada y, en muchos casos, imposibilitada. El estudio realizado pone de manifiesto el debilitamiento que ha sufrido el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes frente a las infracciones de naturaleza formal o procedimental en que incurren las resoluciones judiciales, al no existir mecanismos efectivos de depuración y quedar sin posibilidad de control y corrección buena parte de los vicios *in procedendo* cometidos por los órganos jurisdiccionales. A su vez, plantea la necesidad de reforzar la tutela de los derechos procesales de los ciudadanos y realiza, a estos efectos, algunas propuestas *de lege ferenda* que, de materializarse, reforzarían su derecho a la tutela judicial efectiva, solventando o, por lo menos, mitigando algunos de los problemas actualmente existentes.

**Palabras clave:** tutela judicial efectiva; infracciones procesales; vicios *in procedendo*; recursos; orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

**Cómo citar:** Casado Casado, L. (2020). La desprotección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ¿quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva? *Revista CEFLegal*, 237, 113-148.



# The vulnerability of the appellant facing breaches of procedural rules in the administrative justice: A breakdown of the right to an effective remedy?

Lucía Casado Casado

## Abstract

This work analyses the hindrances the appellant's right to an effective remedy meets when appearing before administrative justice, warning against the main problems and deficits present in the existing means to appeal, in order to articulate an effective protection against procedural flaws. After the latest statutory amendments, the purging of procedural flaws in judges and magistrates' rulings has been severely strangled and, in many cases, made impossible. This study highlights the weakening suffered by the appellants' right to an effective remedy against breaches of formal or procedural rules in court rulings, as there is no effective mechanism to purge them, thus leaving uncontrolled and uncorrected a fair share of the procedural flaws the courts make. Also states the urge to reinforce the protection of citizens' procedural rights and, to that end, proposes measures *de lege ferenda* which, if passed, would result in a betterment of the right to an effective remedy, solving or, at least, relieving some of the currently existing problems.

**Keywords:** right to an effective remedy; breach of procedural rules; procedural flaws; appeal; administrative justice.

**Citation:** Casado Casado, L. (2020). La desprotección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: ¿quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva? *Revista CEFLegal*, 237, 113-148.

## Sumario

1. Introducción
2. El recurso de apelación como vía muy limitada para la corrección de la infracción de normas procesales
3. La ineficacia del recurso de casación para la corrección de la infracción de normas procesales
  - 3.1. El nuevo modelo casacional: el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como clave de bóveda y puerta de acceso al recurso de casación
  - 3.2. Las infracciones procesales como fundamento del recurso de casación
  - 3.3. Las dificultades existentes para la invocación en casación de las infracciones procesales
  - 3.4. ¿Alguna posibilidad de protección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el nuevo modelo casacional?
    - 3.4.1. Algunas salidas procesales abiertas por el TS
      - 3.4.1.1. El tratamiento de los supuestos de incongruencia omisiva y por error y de defectuosa motivación de la sentencia de instancia desde la perspectiva del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia
      - 3.4.1.2. El incidente procesal de complemento de sentencias y autos como presupuesto de procedibilidad cuando se invoca una incongruencia omisiva manifiesta
      - 3.4.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones como respuesta al vicio de incongruencia «interna» y «*extra petita*» tras la inadmisión del recurso de casación
    - 3.4.2. La concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia fuera de los supuestos recogidos en la LJCA: ¿una opción viable?
4. El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo como última salida para la corrección de infracciones procesales
5. Algunas propuestas *de lege ferenda*
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas

## 1. Introducción

En el ordenamiento jurídico español, las Administraciones públicas, investidas de importantes privilegios y potestades, actúan, por imperativo constitucional, al servicio de los intereses generales, con sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE). Esta es la cláusula primordial del Estado de derecho y la piedra angular de todo el derecho administrativo (Sánchez Morón, 2016, p. 88). Para garantizar la plenitud de esta vinculación al derecho, la CE sujeta toda la actuación administrativa a control judicial. En efecto, los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). En este contexto, a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa corresponde una importante misión, como es el control de la actuación de las Administraciones públicas cuando actúan en relaciones de Derecho administrativo y cuando ejercitan la potestad reglamentaria, sin perjuicio de que también la actividad administrativa pueda ser enjuiciada por el TC en los procesos de su competencia.

Las previsiones del artículo 106.1 de la CE deben complementarse, desde una perspectiva objetiva y por lo que se refiere a las relaciones jurídicas administrativas, con las del artículo 24.1 de la CE (Sánchez, 2016, p. 103), que reconoce el derecho de todas las personas «a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». De este modo, se confía a los jueces y tribunales la garantía última de los derechos de los ciudadanos. Como advierte Laguna (2017), la razón se halla en que en tanto que la Administración es una organización implicada en la gestión del día a día y que aspira a la consecución de objetivos políticos, económicos y sociales, «los jueces son órganos imparciales e independientes, cuya única tarea es la resolución de conflictos, la declaración del derecho y la protección de los legítimos intereses en juego».

Ahora bien, no basta con garantizar un primer control judicial de las Administraciones públicas a través de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino que también es preciso articular mecanismos procesales que permitan el control de las resoluciones judiciales que se consideren ilegales o injustas. Es del todo imprescindible poner al servicio de los ciudadanos instrumentos que permitan reaccionar ante resoluciones judiciales ya dictadas y revisarlas y, en su caso, corregir la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico realizada en ese primer pronunciamiento que resulta perjudicial o supone un gravamen para el recurrente. Por ello, en el ámbito contencioso-administrativo, los litigantes dis-

ponen de un amplio abanico de medios de impugnación, potencialmente utilizables frente a las resoluciones judiciales. Su existencia es imprescindible para dar una oportunidad de rectificar los errores cometidos y reparar la injusticia o la ilegalidad en que haya podido incurrir un juez, que como cualquier persona puede equivocarse, en el ejercicio de la función jurisdiccional, al dictar una resolución judicial errónea.

Cabe plantearse, sin embargo, si los mecanismos procesales existentes –especialmente, los recursos– cumplen adecuadamente esa función de revisión y control de las resoluciones judiciales, especialmente tras las últimas reformas normativas acometidas en este ámbito. Es cierto que los jueces y magistrados en su actuación pueden incurrir en errores *in iudicando* –infracciones de fondo cometidas por falta de aplicación o aplicación indebida de una norma sustantiva o por interpretación errónea de la misma– o *in procedendo* –infracciones de naturaleza formal, por la inobservancia de normas procesales– que basculen el sentido de la resolución judicial adoptada. Ahora bien, ¿son efectivos y suficientes los instrumentos de control existentes sobre estas infracciones en que pueden incurrir las resoluciones judiciales? Esta cuestión es especialmente relevante, en el momento actual, en relación con las infracciones procesales, ya que, tras las últimas reformas normativas –especialmente la de 2007, con la reforma del recurso de amparo, y la de 2015, con la implantación de un nuevo modelo de casación–, la depuración de errores procesales cometidos por los jueces y magistrados al dictar resoluciones judiciales se ha visto seriamente dificultada y, en muchos casos, imposibilitada.

En este escenario, el presente trabajo contiene un análisis exhaustivo de las principales dificultades con que se encuentran los mecanismos procesales de que disponen los recurrentes en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo frente a los errores procesales, con especial referencia a los recursos de apelación y casación, aunque también con alusiones a otros instrumentos, como el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. La finalidad no es otra que detectar las debilidades del actual sistema de protección de los recurrentes frente a la infracción de normas procesales, con el fin de determinar si, en el marco jurídico vigente, realmente existe una tutela judicial efectiva frente a los vicios *in procedendo*. Para ello, se exponen, en primer lugar, los obstáculos que impiden que el recurso de apelación, en su configuración actual, constituya una vía efectiva para corregir las infracciones procesales. En segundo lugar, los que afectan al recurso de casación. En tercer lugar, se incluyen algunas referencias al incidente procesal de nulidad de actuaciones y al recurso de amparo como última vía para la corrección de errores procesales. A continuación, se aportan algunas propuestas *de lege ferenda* que pueden contribuir a reforzar el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos y revertir la situación de erosión padecida durante los últimos años. Finalmente, se formulan algunas conclusiones que se centran en los déficits de los mecanismos existentes para la depuración de infracciones procesales y en su impacto sobre la tutela judicial efectiva.

Estamos, sin duda, ante un tema de extraordinaria importancia para todas las personas que se relacionan con las Administraciones públicas y que litigan frente a ellas porque su

derecho a la tutela judicial efectiva está en juego cuando las propias resoluciones judiciales, dictadas por quienes han de controlar a las Administraciones públicas, incurren en vicios procedimentales que quedan sin control y sin posibilidad de corrección. De ahí la conveniencia de una reflexión pausada sobre todas estas cuestiones, objetivo que se pretende acometer en las páginas siguientes.

## 2. El recurso de apelación como vía muy limitada para la corrección de la infracción de normas procesales

El recurso de apelación, regulado en los artículos 80 a 85 de la LJCA, constituye uno de los medios de impugnación al alcance de los litigantes para llevar a cabo una revisión o segundo examen de una resolución previamente dictada por un órgano jurisdiccional y es «expresión del sistema de doble instancia en el orden contencioso-administrativo» (Casado, 2019, p. 68). A través de este recurso, un órgano jurisdiccional superior a aquel que ha dictado la resolución recurrida, y de carácter colegiado (las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ y de la AN), revisa, a instancia de la parte perjudicada, una resolución procesal dictada por un órgano jurisdiccional de naturaleza unipersonal (los juzgados de lo contencioso-administrativo y los juzgados centrales de lo contencioso-administrativo), extendiéndose su función revisora tanto a los aspectos de hecho como de derecho (Casado, 2019, p. 68). Su función, a diferencia de lo que sucede con el recurso de casación, no es sentar jurisprudencia, sino servir de vía de control de las decisiones de los órganos judiciales, ya que permite depurar un resultado anterior, a través del reexamen de la resolución procesal dictada por un órgano jurisdiccional *a quo*, confirmando o revocando la resolución impugnada. De este modo, constituye una vía muy efectiva para comprobar y mejorar los resultados de la primera instancia (Hinojosa, 2018, p. 179), a través de la cual puede asegurarse la corrección de posibles errores.

El recurso de apelación puede fundarse tanto en infracciones jurídicas como en defectos de juicio o equivocaciones del órgano jurisdiccional de instancia (Hinojosa, 2018, p. 170). Como es un recurso de carácter ordinario, su interposición no está limitada a motivos tasados de impugnación y puede hacerse valer cualquier tipo de infracción del ordenamiento jurídico en que hubiera incurrido el órgano jurisdiccional *a quo* al dictar la resolución objeto de recurso (Colomer, 2017, pp. 218-219). Por lo tanto, el recurso «puede fundarse tanto en el desconocimiento de normas o garantías procesales, como en la incorrecta reconstrucción de los hechos o aplicación del Derecho sustantivo por parte de la resolución apelada» (Hinojosa, 2018, p. 171), teniendo en cuenta que el carácter revisor de la apelación también limita las cuestiones en que las partes pueden fundar el recurso o la oposición, que deben ceñirse a las planteadas en la instancia. Eso sí, el recurso debe basarse en la crítica de la resolución recurrida, que constituye su verdadero objeto. En otro caso, carecería de motivos fundamentados.

En consecuencia, la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, entre las que se incluyen las relativas a las normas sobre jurisdicción y competencia,

las referentes a las normas procesales reguladoras de la sentencia (por ejemplo, las relativas al deber de motivación y congruencia) y las que rigen los actos y garantías del proceso (por ejemplo, las producidas en el recibimiento a prueba del pleito y la práctica de las pruebas admitidas), pueden servir de fundamento al recurso de apelación, que deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Es más, este recurso, en cuanto permite una revisión de lo dictado en primera instancia, es una vía idónea para la corrección de los vicios *in procedendo* que hayan podido cometerse. Sin duda, es una opción del todo acertada canalizar la depuración de errores procesales a través de este recurso. Precisamente, para enmendar estos errores es para lo que «debería estar la segunda instancia y el recurso de apelación, que permite una revisión integral de la sentencia inicialmente dictada» (Quintana *et al.*, 2019, p. 195).

Sin embargo, la configuración de la apelación contencioso-administrativa en la LJCA impide que esta vía impugnatoria pueda desempeñar la función señalada en toda su extensión. Actualmente, este recurso carece de carácter universal (Casado, 2019, p. 133) y está sometido a importantes restricciones en su admisibilidad, tanto en el plano interpretativo como en el legislativo (Sospedra, 2019, p. 206), que limitan el acceso al mismo, siendo muchas las resoluciones judiciales contra las cuales no puede interponerse. Así ocurre, en primer lugar, con las dictadas por los órganos jurisdiccionales colegiados, por cuanto el recurso de apelación únicamente cabe contra resoluciones de los juzgados. De este modo, la totalidad de los autos y de las sentencias dictados por las salas de lo contencioso-administrativo, tanto de los TSJ, como de la AN y del TS, quedan excluidas de apelación. Para estas resoluciones no cabe otra vía de reconsideración de lo resuelto que el recurso de casación, que solo procederá cuando el TS aprecie la concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que supone una importante barrera de acceso y lleva a que, en la práctica, multitud de litigios queden excluidos de cualquier posibilidad de reconsideración, incluso aunque lo resuelto en la instancia sea discutible (Quintana *et al.*, 2019, p. 195). Además, cabe advertir que el recurso de casación tampoco es posible ni contra los autos ni contra las sentencias del TS, al haberse suprimido el recurso de casación para la unificación de doctrina.

En segundo lugar, la existencia de restricciones de acceso al recurso de apelación por razón de la cuantía lleva a que únicamente pueda interponerse este recurso contra las sentencias de los juzgados cuando se hubieran dictado en asuntos de más de 30.000 euros. La apelación se excluye para todos aquellos asuntos de cuantía igual o inferior a 30.000 euros, si bien sí será posible, con carácter general, en asuntos de cuantía indeterminada (Casado, 2019, p. 75; Hinojosa, 2018, pp. 189-190; y Sospedra, 2014, p. 809). Además, esta restricción no entra en juego en determinados supuestos recogidos en el artículo 81.2 de la LJCA. Así, siempre serán susceptibles de apelación las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso en el caso de asuntos cuya cuantía no exceda de 30.000 euros, las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona, las que resuelvan litigios entre Administraciones y las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Sin embargo, las infracciones procesales *per se*, aun cuando pue-

dan suponer la vulneración de derechos fundamentales, no tienen garantizado el acceso a la apelación, al no encontrarse recogidas como tal en ninguno de estos supuestos. Por ello, únicamente si se han producido en litigios de cuantía superior a 30.000 euros o afectan a las sentencias recogidas en el artículo 81.2 de la LJCA podrán ser invocadas a través del recurso de apelación, salvo que la cuantía del pleito pueda considerarse indeterminada.

La fijación de la cuantía mínima para apelar en 30.000 euros, duramente criticada por la doctrina administrativista, tiene como consecuencia directa el incremento del número de procesos que se resuelven en única instancia ante los juzgados (Casado, 2019, p. 76). Ello, en opinión de Huelin (2011, p. 3), «no deja de ser una disminución de garantías que, aunque respetuosa con el artículo 24 de la Constitución (este precepto constitucional no exige una segunda instancia procesal, salvo en el orden penal), desde la perspectiva del justiciable no deja de ser preocupante, ya que debe jugárselo todo a una carta, sin una segunda oportunidad».

Sin embargo, lejos de mitigarse, el umbral económico para acceder al recurso de apelación podría verse aumentado, si prospera una propuesta realizada por el CGPJ. Recientemente, en un primer documento de trabajo elaborado por este órgano, sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque de la Administración de Justicia tras el estado de alarma, se propone modificar el artículo 81.1 de la LJCA y aumentar la *suma gravaminis* necesaria para interponer el recurso de apelación, pasándola de 30.000 a 60.000 euros<sup>1</sup>. Un aumento propuesto, pues, del doble de la cantidad actual, por lo que no podemos menos que criticarlo, ya que, lejos de ampliar la doble instancia y asumir una reivindicación por la que claman unánimemente tanto la doctrina administrativista (por ejemplo, Casado [2019, pp. 141 y 347], Hinojosa [2018, pp. 176-178], López [2018, p. 19], Parejo [2018, p. 344] y Rando [2018, p. 28]) como la judicatura (por ejemplo, Díez-Picazo [2019, p. 646], Fresneda [2006, pp. 236-239] y Quintana [2018, p. 322]) y la abogacía (tanto abogados –por ejemplo, Alonso [2020, p. 3] y Muñoz [2018, pp. 157-158]– como letrados de las Administraciones públicas –por ejemplo, González [2018b]–), la ampliación de la cuantía la limitará aún más. Como advierte Aparicio (2020a), «convertirá a la jurisdicción contenciosa-administrativa en un orden donde prevalecerá, con aplastante mayoría, el procedimiento de única instancia». Por ello, no podemos menos que coincidir con Aparicio (2020b) cuando afirma que «la propuesta es del todo punto errónea», por lo que «lo más adecuado es renunciar a esta medida y generalizar la doble instancia en el orden contencioso-administrativo». De acabar materializándose esta propuesta, justificada para descargar de asuntos a las salas de los TSJ y de la AN, las consecuencias serían nefastas. Sin duda, volvería a incrementarse el número de procesos resueltos en única instancia ante los juzgados y volve-

<sup>1</sup> Vid. la medida n.º 5.3 del «Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la Administración de Justicia tras el estado de alarma», 7 de abril de 2020, pp. 262-264. El CGPJ justifica la propuesta de esta medida en la reducción de la entrada de asuntos en las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ y de la AN, con el fin de contribuir al mejor funcionamiento de estos órganos. Además, considera que este importe, a pesar de su elevación, sigue siendo moderado.

ría a producirse una reducción de las garantías de los litigantes, así como una erosión de su derecho a la tutela judicial efectiva. Además, se produciría «un debilitamiento evidente del control jurisdiccional de la actuación administrativa y, por tanto, del control del poder público» (Casado, 2019, p. 75). Por ello, debe reconsiderarse y, como señala Alonso (2020, p. 3), «debe tomarse en consideración el derecho a la tutela judicial efectiva, de manera que esa deseable descarga de trabajo no implique una vulneración de este derecho constitucional».

En tercer lugar, el recurso de apelación también presenta algunas restricciones por razón de la materia, tanto con relación a los autos como a las sentencias. Respecto de los primeros, solo es posible contra los dictados en materias concretas –expresamente enumerados en el artículo 80.1 de la LJCA– y en procesos de los que conozcan los juzgados en primera instancia. Con relación a las sentencias, la LJCA también recoge algunas excepciones por razón de la materia, excluyéndose de apelación los asuntos relativos a materia electoral del artículo 8.5 de la LJCA.

A la vista de lo expuesto, son muchos los obstáculos que el recurso de apelación, en su actual configuración, presenta para poder actuar como vía efectiva para corregir la infracción de normas procesales producida en la instancia<sup>2</sup>. La opción, en la LJCA, por un sistema de doble instancia limitado y la existencia de importantes restricciones en el acceso al recurso de apelación conducen a que numerosas resoluciones judiciales queden sin acceso a la segunda instancia y se pierda la oportunidad de canalizar, a través de este recurso, la depuración de errores procesales cometidos en la instancia. Es más, en el ámbito contencioso-administrativo, a diferencia de lo que sucede en otros órdenes jurisdiccionales, la única instancia es la norma general (Casado [2019, p. 74] e Hinojosa [2018, p. 176]). Ello lleva a que, en numerosas ocasiones, excluida la apelación, la única vía posible para corregir y revisar lo resuelto en la instancia y depurar posibles vicios procesales sea el recurso de casación, aunque también presenta importantes limitaciones.

### **3. La ineficacia del recurso de casación para la corrección de la infracción de normas procesales**

El nuevo modelo casacional instaurado tras la reforma de la LJCA por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, también presenta serias dificultades para articularse como instrumento efectivo para la revisión de vicios de naturaleza procesal. Veamos las razones de esta afirmación.

---

<sup>2</sup> A los ya señalados, deben añadirse los de carácter económico y, en particular, la actual regulación de las costas procesales, por cuanto la aplicación del principio de vencimiento, como advierte Casado (2019, p. 93), «puede suponer un importante elemento disuasorio para la interposición de este recurso y, por lo tanto, un elemento limitador en el acceso al mismo».

### 3.1. El nuevo modelo casacional: el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia como clave de bóveda y puerta de acceso al recurso de casación

La reforma de la LJCA de 2015 supone la introducción de un nuevo modelo de casación en el ámbito contencioso-administrativo, que transforma radicalmente el anterior y que gravita sobre la existencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En este nuevo modelo, la función prevalente del recurso es la de formación de jurisprudencia (*ius constitutionis*) y pasa a un segundo plano la tutela de derechos e intereses (*ius litigatoris*), si bien «el recurso no pretende formar jurisprudencia en abstracto, sino al hilo del caso concreto y de la infracción cometida en el mismo» (Álvarez, 2018, p. 370). De este modo, el recurso está dirigido no tanto a la tutela judicial de los derechos de los recurrentes como a la generación de unidad en la doctrina jurisprudencial, con el fin de fomentar la seguridad jurídica. Por lo tanto, la función preponderante es la nomofiláctica y el recurso debe servir principalmente para redefinir el derecho objetivo y no para resolver el conflicto jurídico que enfrenta a las partes del proceso (Pérez, 2019, p. 5). Como ha constatado el propio TS, el nuevo recurso de casación «presenta una decidida vocación de erigirse como un instrumento procesal volcado en la labor hermenéutica del Derecho Público, administrativo y tributario, con el objetivo de proporcionar certeza y seguridad jurídica en la aplicación de este sector del Ordenamiento»<sup>3</sup>.

En este nuevo contexto, se dejan atrás las restricciones de acceso existentes por razón de la cuantía, por lo que ya no es necesario que los asuntos superen los 600.000 euros. Cualquier asunto podrá acceder a la casación contencioso-administrativa, si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Lo determinante ahora no es la cuantía, sino la trascendencia jurídica, económica y social y la proyección general, más allá del caso concreto, que hace conveniente un pronunciamiento jurisprudencial. Se facilita, así, que muchos asuntos, antes vedados al conocimiento del TS, puedan tener entrada en esta instancia con el fin de formar jurisprudencia sobre un tema (Gifreu, 2016, p. 68). De este modo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, si se trata de la interpretación de normas de derecho estatal o de la Unión Europea –o las salas de lo contencioso-administrativo de los TSJ, si se trata de normas de derecho autonómico–, podrá pronunciarse sobre asuntos que sean jurídicamente relevantes para la sociedad, con independencia de su cuantía (Córdoba, 2015, apartado II).

El recurso de casación contencioso-administrativo, en su actual regulación, pivota sobre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que «se erige como la piedra angular del nuevo modelo casacional»<sup>4</sup> o, en otros términos, «como clave

<sup>3</sup> ATS de 29 de marzo de 2019 (recurso n.º 33/2019), FJ 3.º.

<sup>4</sup> ATS de 31 de enero de 2020 (recurso n.º 6791/2019), FJ 3.º, apartado 5.

de bóveda y puerta de acceso al recurso de casación»<sup>5</sup>. Este interés casacional objetivo, que se refiere a la idoneidad del asunto para acceder a la casación, dada su conveniencia para asegurar la unidad del ordenamiento y la formación y uniformidad de la jurisprudencia (Razquin, 2016, p. 160), constituye un presupuesto de admisibilidad y el filtro de acceso más importante (Casado, 2019, p. 188), a la vez que supone el «cambio sustancial más decisivo de la reforma» (Fernández, 2015, p. 109). Además, «no descansa en el interés subjetivo de los litigantes, sino en el interés objetivo de las cuestiones planteadas en el recurso» (Quintana *et al.*, 2019, p. 169), por lo que prima el *ius constitutionis* frente al *ius litigatoris*. No obstante, como ha puesto de manifiesto el TS, entre otros, en el Auto de 31 de enero de 2018 (recurso n.º 1193/2017), ello «no autoriza a configurar el recurso de un modo abstracto o desvinculado de los concretos intereses legítimos en debate», ya que este interés casacional objetivo «no desplaza ni sustituye el interés de las partes procesales en obtener la satisfacción de su derecho, ni por ende convierte la casación en un recurso abstracto o puramente dogmático o doctrinal, sino que en cierta medida se superpone a él, complementándolo» (FJ 4.º).

El recurso de casación, con arreglo al artículo 88.1 de la LJCA, solo podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, «la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia», pero «no en abstracto, sino en relación con la resolución de las cuestiones suscitadas en el pleito que fueron objeto del pronunciamiento en la sentencia o debieran haberlo sido»<sup>6</sup>. A la parte recurrente corresponderá acreditar y motivar ese interés casacional del asunto en su escrito de preparación y convencer al TS, a quien corresponde apreciar su concurrencia, de que tiene interés para la sociedad y sirve para crear jurisprudencia, con independencia del interés subjetivo que presente (Córdoba, 2015, apartado III). Sin embargo, la LJCA no define qué debe entenderse por interés casacional objetivo. Simplemente, se limita a acotar el marco en que ha de desenvolverse la apreciación sobre su concurrencia (Casado, 2019, p. 191), a través de la incorporación, en el artículo 88 de la LJCA, de una doble relación de supuestos, a modo de *numerus apertus* (Quintana *et al.*, 2019, p. 165), en que podrá apreciarse que existe dicho interés casacional objetivo –apartado 2– y en que se presumirá –apartado 3–<sup>7</sup>, aunque sin gran concreción. Esta relación es puramente indicativa, por lo que no se cierra la posibilidad a la existencia de otros supuestos de interés casacional, fuera de los enumerados en el artículo 88, como ha admitido el propio TS.

<sup>5</sup> ATS de 8 de enero de 2019 (recurso n.º 4346/2018), FJ 3.º, apartado. 4.

<sup>6</sup> ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 1.º.

<sup>7</sup> Nótese que la presunción no afecta por igual a todos los supuestos recogidos en el apartado 3 del artículo 88 de la LJCA. Solo hay una presunción *iuris et de iure* en los supuestos recogidos en los apartados b) y c), aun cuando en este último caso se introduce un matiz. Como advierten Quintana *et al.* (2019, p. 166), en todos los demás supuestos queda en manos del tribunal decidir si hay o no interés casacional.

Por otra parte, no es suficiente con que un asunto presente interés casacional objetivo, sino que, además, debe serlo para la formación de jurisprudencia. Por ello, las controversias puramente repetitivas no revestirán tal interés<sup>8</sup>. Ahora bien, debe tenerse en cuenta la interpretación flexible que ha realizado el propio TS, al considerar que el recurso de casación no solo puede operar para formar jurisprudencia en sentido estricto –es decir, para crearla–, sino también para matizar, precisar o, incluso, corregir o reconsiderar la existente<sup>9</sup>.

### 3.2. Las infracciones procesales como fundamento del recurso de casación

El recurso de casación se limita únicamente a las cuestiones de derecho, con exclusión de las de hecho<sup>10</sup>, por lo que centra su objetivo en la interpretación del derecho y deja fuera las cuestiones fácticas<sup>11</sup> y de valoración de la prueba<sup>12</sup>, con perfiles marcadamente casuísticos y circunstanciados, precisamente porque resultan ajenas a la finalidad del nuevo recurso y carecen de la dimensión de interés casacional objetivo inherente al nuevo sistema, al no tener proyección o repercusión, al menos potencial, sobre otros posibles asuntos<sup>13</sup>. Por tanto, es un recurso destinado exclusivamente a resolver cuestiones jurídicas (Córdoba, 2015, apartado II) y dirigido a revisar la aplicación del derecho realizada por el tribunal *a quo*. Su admisión a trámite depende de la invocación, por el recurrente, de una concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la doctrina jurisprudencial, siempre que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS –o de los TSJ– estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para formar jurisprudencia.

En consecuencia, debe fundarse, necesariamente, en la infracción de normas o de la jurisprudencia. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, cabe destacar que puede ser-

<sup>8</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 5 de diciembre de 2018 (recurso n.º 5363/2017), FJ 1.º.

<sup>9</sup> *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 16 de mayo de 2017 (recurso n.º 685/2017), FJ 1.º; de 6 de junio de 2017 (recurso n.º 1137/2017), FJ 1.º; de 23 de mayo de 2018 (recurso n.º 527/2018), FJ 2.º, apartado 2; 16 de enero de 2019 (recurso n.º 6950/2018), FJ 5.º, apartado 2; de 6 de mayo de 2019 (recurso n.º 8013/2018), FJ 2.º; de 20 de junio de 2019 (recurso n.º 80/2019), FJ 6.º, apartado 2.1; y de 9 de julio de 2019 (recurso n.º 1072/2019), FJ 5.º, apartado 2.

<sup>10</sup> *Vid.* el artículo 87 bis, apartado 1, de la LJCA.

<sup>11</sup> Sin perjuicio de la facultad de integración de los hechos que el artículo 93.3 de la LJCA confiere al TS.

<sup>12</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 29 de marzo de 2019 (recurso n.º 33/2019). Nótese, sin embargo, que sí que pueden ser cuestionadas, a través del recurso de casación, la calificación jurídica de los hechos o la determinación de las consecuencias jurídicas que de ellos dimanar o, incluso, cuestiones jurídicas referidas a la carga de la prueba. *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 10 de diciembre de 2018 (recurso n.º 462/2018), FJ 3.º; y de 10 de mayo de 2019 (recurso n.º 116/2019), FJ 2.º.

<sup>13</sup> *Vid.*, entre otros, los autos del TS de 5 de diciembre de 2017 (recurso n.º 269/2017), FJ 4.º; de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 238/2018), FJ 2.º; y de 29 de marzo de 2019 (recurso n.º 33/2019), FJ 3.º.

vir de fundamento al recurso cualquier tipo de infracción del ordenamiento jurídico, tanto sustantiva como procesal<sup>14</sup>, si bien la fundamentación del recurso no debe estructurarse en función de la inserción de la norma infringida en uno u otro ámbito, «sino en atención a su incidencia sobre el proceso, es decir, si se trata de vicios *in procedendo* o *in iudicando*» (Hinojosa, 2018, p. 260). Ello es relevante porque, como regla general, en tanto que las infracciones procesales determinan la reposición de las actuaciones al momento en que se cometió la infracción para su continuación, las sustantivas permiten al tribunal de casación decidir el resto de cuestiones planteadas.

Entre las infracciones de normas procesales que pueden hacerse valer en el recurso de casación, se incluyen las relativas a las normas procesales referidas a la formación de las resoluciones judiciales impugnadas –sentencias o autos–, como el incumplimiento de los deberes de motivación y congruencia<sup>15</sup>; las de las normas jurídicas relativas a los presupuestos del proceso de instancia, como la falta de jurisdicción, la incompetencia del órgano juzgador en la instancia o la inadecuación del procedimiento, que constituyen, en suma, «errores *in procedendo* en los que haya podido incurrir el órgano jurisdiccional *a quo* en la constitución de la relación jurídico-procesal» (Ruiz, 2016, p. 170); o las referidas al desarrollo del proceso seguido en la instancia, en sí mismo considerado, para la adopción de la resolución recurrida, esto es, las infracciones procesales no específicas o generales (Hinojosa, 2018, p. 387), que conllevan la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales y provocan vicios en el proceso judicial, produciendo indefensión y limitando el derecho de defensa<sup>16</sup>, como la denegación de pruebas que eran pertinentes o la inadmisión indebida de pruebas<sup>17</sup>.

<sup>14</sup> *Vid.* el artículo 88.1 de la LJCA.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* Ruiz (2016, pp. 165-166).

<sup>16</sup> Nótese que este tipo de infracciones procesales se recoge en el artículo 89.2 c) de la LJCA, que exige que en el escrito de preparación del recurso de casación se acredite «si la infracción imputada lo es de normas o de jurisprudencia relativas a los actos o garantías procesales que produjo indefensión, que se pidió la subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de haber existido momento procesal oportuno para ello». La LJCA requiere, como se desprende de este precepto, el intento de subsanación de la infracción cometida. El procedimiento a seguir es el incidente procesal de integración y complemento de sentencias y autos, regulado en el artículo 267.5 de la LOPJ y el artículo 215.2 de la LEC, de aplicación supletoria.

<sup>17</sup> Señala Ruiz (2016, p. 176, nota al pie 196) que entre estas normas procesales también se incardinan «las cuestiones atinentes a la designación de ponente, a la composición de la Sala o al señalamiento para votación y fallo, siempre desde la perspectiva de la prohibición de indefensión al amparo del artículo 24 de la CE». En cambio, Hinojosa (2018, p. 391) sitúa las infracciones afectantes a las normas que se ocupan de la adopción de las resoluciones judiciales, esto es, las que disciplinan la constitución de los órganos judiciales, las que determinan las causas de abstención y recusación, las que establecen las incompatibilidades o prohibiciones de los miembros del órgano judicial, así como las que regulan la forma en que la decisión debe adoptarse –la deliberación, votación y fallo–, entre las infracciones de las normas reguladoras de las resoluciones judiciales impugnadas; ahora bien, considera que no se extiende a estos casos la exigencia de justificar la petición en la instancia de la subsanación de la falta.

### 3.3. Las dificultades existentes para la invocación en casación de las infracciones procesales

Como hemos puesto de manifiesto, las infracciones procesales pueden servir de fundamento al recurso de casación. Sin embargo, en la práctica, franquear la barrera del interés casacional objetivo para este tipo de infracciones va a resultar francamente difícil, si no imposible. En el anterior recurso de casación, estos vicios tenían abierto el acceso al TS por la vía específica del artículo 88.1.c) de la LJCA, con arreglo al cual el recurso de casación podía fundarse, entre otros motivos, en el «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte». Sin embargo, en la nueva regulación, este sistema de articulación de motivos autónomos de revisión, que permitía examinar la admisibilidad de cada uno de ellos, ha desaparecido y se ha sustituido por la invocación de infracciones del ordenamiento jurídico, sustantivas o procesales, o de la jurisprudencia, que únicamente posibilitan la admisión a trámite cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS –o, en su caso, de los TSJ– estime que, atendiendo a la infracción denunciada, el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia<sup>18</sup>.

En la medida en que la admisibilidad del recurso de casación está ligada al interés casacional objetivo, esta regla resulta igualmente extensible a las infracciones de naturaleza formal. Por lo tanto, también respecto de estas infracciones rige la regla general del artículo 88.1 de la LJCA de que el recurso solo será admisible cuando presente interés casacional.

Ahora bien, en el nuevo modelo casacional, los vicios *in procedendo* topan de frente con la barrera del interés casacional objetivo, que va a poner importantes trabas para franquear el trámite de admisión. Y ello por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque en muchas ocasiones estas infracciones procesales remiten a valoraciones puramente casuísticas, muy ligadas a las circunstancias casuísticas del pleito concreto en el que se denuncia su vulneración, y ello hace más difícil argumentar su proyección general y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS –o de los TSJ–. Como advierte Álvarez (2018, p. 371), frecuentemente, el error *in procedendo* cometido por el órgano de instancia únicamente afectará a las partes en contienda, «de modo que el recurso carecerá de la nota de generalidad y trascendencia más allá del caso concreto ("interés casacional objetivo") que ahora se exige para su admisión». En efecto, el incumplimiento de las normas reguladoras de las formas y garantías procesales «queda reducido al limitado ámbito del proceso en el que supuestamente se haya producido, por lo que difícilmente repercutirá en la aplicación o inaplicación general de una norma o jurisprudencia» (González, 2018a, p. 82).

En segundo lugar, porque no podemos olvidar que la admisibilidad del recurso está ligada a la apreciación de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y sobre las

<sup>18</sup> ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 2.º.

normas procesales aplicables a las infracciones procedimentales ya existe una abundante y reiterada jurisprudencia, tanto del TC como del TS. Por ello, será muy difícil justificar la existencia de dicho interés casacional. Estando ya formada la jurisprudencia sobre cuestiones procesales, únicamente cuando se consiga convencer al tribunal de la necesidad de su reconsideración o matización, podrá prosperar el recurso. En caso contrario, estará abocado al fracaso, por carecer de la aptitud para formar jurisprudencia (Álvarez, 2018, p. 371), aun cuando la sentencia de instancia se haya adoptado con clamorosos errores procesales, de los que ha podido depender el fracaso de una pretensión y la pérdida del pleito, y la cuestión pueda revestir un gran interés para los litigantes por estar en juego intereses personales o patrimoniales.

Y, en tercer lugar, también debe tenerse presente que, aunque la invocación de vicios *in procedendo* se conecte, como es habitual, con la infracción de derechos fundamentales (normalmente, el derecho a la tutela judicial efectiva), ello no asegura la admisibilidad del recurso. Tampoco constituye por sí sola un supuesto de interés casacional objetivo, siendo preciso que el recurrente justifique la infracción con singular referencia al caso y argumente, atendiendo a la infracción alegada, que el recurso presenta dicho interés casacional para la formación de jurisprudencia<sup>19</sup>. Así lo constata el TS en el Auto de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016). Además, el propio TS advierte en este auto de las dificultades que plantea la apreciación del interés casacional cuando se denuncia –como acontecía en este caso– la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, con infracción del artículo 24 de la CE y de aquellos otros preceptos que exigen a las sentencias y demás resoluciones judiciales ser coherentes con las pretensiones de las partes, al contar estos preceptos con una abundante y reiterada jurisprudencia, por lo que difícilmente se harán necesarios nuevos pronunciamientos de esta sala (FJ 3.º).

En definitiva, son muchas las dificultades que presenta la invocación de infracciones de naturaleza formal, a efectos de la admisión del recurso. De ahí que la probabilidad de que se admita un recurso de casación fundado en exclusiva en infracciones procesales sea escasa, aunque no es inexistente (González, 2018a, p. 82). Efectivamente, son contados los pronunciamientos de admisión en los que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es de índole procesal (Álvarez, 2018, p. 371, nota al pie 121).

<sup>19</sup> Con anterioridad a la reforma de 2015, la LJCA, en el caso de los procedimientos especiales para la defensa de los derechos fundamentales, excepcionaba el límite cuantitativo del recurso de casación, que procedía cualquiera que fuese la cuantía del asunto (art. 86.2.b LJCA). En cambio, en el nuevo modelo casacional, ya no hay admisión automática del recurso de casación en el caso de vulneración de derechos fundamentales. Que la sentencia haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales únicamente constituye, en la actualidad, uno de los supuestos en que puede apreciarse la existencia de interés casacional objetivo (art. 88.2.i LJCA); ni tan siquiera opera la presunción de existencia de tal interés casacional, ya que este supuesto se sitúa en el apartado 2 del artículo 88 y no en el apartado 3. Así lo confirma, además, el propio TS, por ejemplo, en el Auto de 15 de marzo de 2017 (recurso n.º 110/2017), FJ 3.º. En cambio, siempre son susceptibles de apelación las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 81.2.b LJCA).

Aunque el órgano jurisdiccional de instancia haya cometido graves errores procesales y el resultado del pleito sea claramente injusto e insatisfactorio, si no se puede justificar la concurrencia del interés casacional objetivo y la necesidad de revisar el resultado del pleito de instancia desde la perspectiva objetiva de la formación de jurisprudencia, el recurso de casación está condenado a no ser admitido a trámite<sup>20</sup>. Y esta justificación de la infracción procedimental es carga de la parte recurrente, que, además de denunciar la correspondiente infracción, deberá fundamentar, con especial referencia al caso, la conveniencia de que el TS entre a conocer de la misma desde la perspectiva objetiva de su interés para formar jurisprudencia<sup>21</sup>. Por lo tanto, también tendrá que «justificar dialécticamente por qué resulta conveniente su estudio y resolución por el Tribunal Supremo desde la perspectiva objetiva de su interés para la formación de jurisprudencia»<sup>22</sup>. Y ello no resultará sencillo porque muy difícilmente podrá justificarse la conveniencia de un pronunciamiento del TS (Cáncer, 2017, apartado 1.2). En cualquier caso, si la infracción *in procedendo* puede adquirir dimensión colectiva, las posibilidades de admisión del recurso serán mayores (González, 2018a, p. 83). El recorrido procesal, como señala el TS, «puede resultar desalentador y tortuoso»<sup>23</sup> y, muy probablemente, acabará con la inadmisión del recurso, debiendo, además, el recurrente asumir las costas procesales, por cuanto la inadmisión a trámite de este recurso comporta, según el artículo 90.8 de la LJCA, la imposición de las costas al recurrente<sup>24</sup>.

Esta situación reviste una enorme trascendencia práctica y supone un serio problema, acrecentado aún más al no estar articulada con carácter general, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, una segunda instancia. Las barreras de acceso existentes actualmente para el recurso de apelación llevan a que esta vía, que podría ser idónea para corregir los errores procesales cometidos en la instancia, tenga un alcance muy reducido (solo alcanza a menos del 20% de las sentencias dictadas por los juzgados y a ninguna de las dictadas por los órganos jurisdiccionales colegiados); y a que un porcentaje muy elevado de sentencias dictadas en el orden contencioso-administrativo lo sean en única instancia, dirimiéndose el litigio con un único pronunciamiento judicial sin revisión ulterior por un órgano jurisdiccional superior y sin más posibilidad de reconsideración que la ofrecida por el recurso de casación, si se superan los filtros de acceso existentes (Casado, 2019, p. 132)<sup>25</sup>. Si tenemos en cuenta que este recurso va a ser extraordinariamente limitado, porque, como ya hemos comentado, en los casos de vicios de naturaleza procesal, difícilmente va a superarse el filtro del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, el

<sup>20</sup> Así lo constata el propio TS. Por ejemplo, en el Auto de 8 de enero de 2019 (recurso n.º 4346/2018), FJ 3.º, apartado 7.

<sup>21</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 2 de noviembre de 2017 (recurso n.º 2911/2017), FJ 2.º y 3.º.

<sup>22</sup> ATS de 2 de noviembre de 2017 (recurso n.º 2911/2017), FJ 3.º.

<sup>23</sup> ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), FJ 3.º, apartado 4.3.

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* el amplio análisis que realiza Casado (2019, pp. 215-219).

<sup>25</sup> González (2019, p. 10) advierte que el 29-30 % de los recursos de casación admitidos se dirigen contra sentencias dictadas en apelación y en torno al 70-71 % contra sentencias dictadas en única instancia.

panorama es descorazonador. Como advierten Quintana *et al.* (2019, p. 197), la situación descrita «podrá dar lugar a que en la práctica la mayoría de sentencias queden huérfanas de cualquier posibilidad de impugnación» y a que queden sin posibilidad alguna de reconsideración o revisión numerosas infracciones procesales, que han transgredido el ordenamiento jurídico y que, además, van a quedar impunes. Desde este prisma, «la responsabilidad que cae a partir de ahora sobre los órganos judiciales de instancia es muy grande, pues la mayor parte de sus decisiones quedarán sin posibilidad de ser revisadas y, eventualmente, corregidas por el Tribunal Supremo» (Quintana *et al.*, 2019, p. 199).

### 3.4. ¿Alguna posibilidad de protección de los recurrentes frente a las infracciones procesales en el nuevo modelo casacional?

Ante las dificultades apuntadas, cabe plantear si, en el escenario propiciado por el nuevo modelo casacional, a los afectados por una infracción procesal cometida por el órgano judicial de instancia les queda alguna opción para lograr que se reconsidere la resolución judicial adoptada.

#### 3.4.1. Algunas salidas procesales abiertas por el TS

El TS, plenamente consciente de las dificultades que presenta la invocación de la infracción de normas procesales a efectos de la admisión del recurso de casación, ha tratado de hallar algunas soluciones que las mitiguen, con el fin de salvaguardar los intereses de las partes y dar una respuesta satisfactoria para la tutela judicial efectiva a que los ciudadanos tienen derecho, sin desnaturalizar la finalidad de este recurso (Quintana *et al.*, 2019, pp. 203-204).

##### 3.4.1.1. El tratamiento de los supuestos de incongruencia omisiva y por error y de defectuosa motivación de la sentencia de instancia desde la perspectiva del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia

En los casos de incongruencia *ex silentio*, por defecto u omisiva –también en los de defectuosa motivación de la sentencia–, que es el defecto procesal más habitualmente imputado a las sentencias (Quintana *et al.*, 2019, p. 204) y que se produce cuando se produce un desajuste entre el fallo y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, al dejarse imprejuzgada una pretensión planteada por las partes o sin respuesta los argumentos centrales que la sustentan<sup>26</sup>, el TS ha abierto una vía para que pueda admitirse el recurso de casación.

<sup>26</sup> Sobre la definición del vicio de incongruencia omisiva o *ex silentio*, *vid.*, por ejemplo, la STS de 3 de noviembre de 2009 (recurso n.º 7246/2005), FJ 2.º.

Con carácter general, en los supuestos de denuncia de incongruencia omisiva o defectuosa motivación de las sentencias, por la vulneración del derecho a obtener la tutela judicial efectiva –con infracción del artículo 24 de la CE y de aquellos otros preceptos que exigen a las sentencias y demás resoluciones ser coherentes con las pretensiones de las partes–, resulta improcedente la casación, dadas las dificultades que plantea la apreciación de un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, al existir en esta materia abundante y reiterada jurisprudencia<sup>27</sup>. En efecto, existe al respecto una consolidada jurisprudencia con arreglo a la cual «la mera denuncia casuística de la existencia de vicios *in procedendo* de incongruencia o defectuosa motivación en la resolución impugnada no constituye *per se* un supuesto de interés casacional objetivo»<sup>28</sup>. Así pues, en principio, la invocación de incongruencia puede no presentar interés casacional objetivo «por limitarse la controversia a la resolución o no de una determinada pretensión o cuestión planteada por la parte, que solo atañe al caso y al derecho subjetivo de la misma»<sup>29</sup>. Sin embargo, la infracción procesal invocada trasciende al caso cuando repercute en la aplicación «de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte interés casacional objetivo, en cuyo caso habrá de examinarse tal invocación para determinar la admisibilidad del recurso»<sup>30</sup>. En este caso, concurrirían las circunstancias que determinan la decisión sobre la admisión a trámite del recurso de casación: la invocación de una concreta infracción del ordenamiento jurídico y la justificación de un interés casacional objetivo. De este modo, el TS abre una puerta a la casación. Cuando «tales vicios o defectos se vinculen explícitamente a una cuestión de fondo planteada en el debate procesal que se encuentre efectivamente dotada de ese interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que exige el artículo 88.1 LJCA»<sup>31</sup>, podrá admitirse el recurso. Será necesario, en consecuencia, que el vicio procesal que se denuncia «se refiera o se proyecte sobre una pretensión de fondo que presente dicho interés objetivo para la formación de la jurisprudencia y se invoquen como infringidos, por su inaplicación, los preceptos que la disciplinan»<sup>32</sup>. Así pues, es preciso que la alegación del vicio de incongruencia omisiva se ponga en conexión con una cuestión de fondo planteada en el debate procesal que sí esté dotada de tal interés y que la sentencia de instancia no llegó a resolver, al haberla dejado de lado incorrectamente (Quintana *et al.*, 2019, p. 205).

Esta doctrina se ha hecho extensiva a los supuestos de incongruencia por error, es decir, a aquellos casos en que el vicio de la resolución judicial deriva del error del órgano judicial, al razonar equivocadamente sobre una pretensión ajena al debate procesal o sobre el mo-

<sup>27</sup> *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 3.º; y de 8 de octubre de 2018 (recurso n.º 807/2018), FJ 3.º, apartado b).

<sup>28</sup> ATS de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 238/2018), FJ 3.º.

<sup>29</sup> ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 2.º.

<sup>30</sup> ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016), FJ 2.º.

<sup>31</sup> ATS de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 238/2018), FJ 3.º. *Vid.* también, entre otros, el ATS de 25 de junio de 2018 (recurso n.º 2200/2018), FJ 2.º.

<sup>32</sup> ATS de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 3.º.

tivo del recurso, dejando sin respuesta la pretensión formulada en la demanda o el motivo invocado en el recurso –al aplicar indebidamente, por ejemplo, una norma diferente a la que regula la situación controvertida–. El TS también considera posible aquí que la infracción procesal pueda trascender el caso concreto y presentar interés casacional objetivo, si repercute en la aplicación de una norma de cuya interpretación y alcance se invoca y justifica por la parte tal interés casacional<sup>33</sup>.

Este criterio interpretativo abre la puerta, en los casos señalados, a la prosperabilidad del recurso de casación, aunque siempre será preciso razonar por el recurrente que tales defectos procesales se vinculan a un asunto que efectivamente esté dotado de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, tal y como exige el artículo 88.1 de la LJCA y advierte el TS (por ejemplo, en el Auto de 2 de julio de 2018 [recurso n.º 150/2018], FJ 1.º). En estos supuestos, el interés casacional objetivo no se funda en la fijación de doctrina sobre la incongruencia en sí, sino que deriva, en realidad, de un insuficiente o inadecuado examen de una pretensión de fondo que reviste dicho interés y se funda en la fijación de doctrina sobre la normativa de fondo inaplicada. Se mitiga así el cierre de la casación a los vicios *in procedendo* de defecto de motivación<sup>34</sup> o de incongruencia omisiva<sup>35</sup> o por error<sup>36</sup> de la sentencia. Sin embargo, no es el vicio procesal el que determina la admisión, sino la cuestión sustantiva, por lo que «se convierte así en una infracción medial, vehicular de la infracción sustantiva que es la verdaderamente relevante a los efectos de admisión» (Cáncer, 2017, apartado 1.2).

### 3.4.1.2. El incidente procesal de complemento de sentencias y autos como presupuesto de procedibilidad cuando se invoca una incongruencia omisiva manifiesta

Otra de las salidas procesales abierta por el TS en supuestos de invocación de la incongruencia omisiva manifiesta, con la intención de salvaguardar los legítimos derechos e intereses del recurrente desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva (Quintana *et al.*, 2019, p. 205), es la de exigir, con carácter previo a la interposición del recurso de casación, la utilización del trámite procesal de integración y complemento de sentencias y autos, recogido en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC, que, hasta entonces, no se venía exigiendo en el marco del motivo de casación previsto en el antiguo artículo 88.1.c) de la LJCA. Así se hace en el Auto de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016, FJ 3.º), cuya doctrina ha sido reiterada posteriormente<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 12 de febrero de 2018 (recurso n.º 5120/2017), FJ 3.º, apartado 2.

<sup>34</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 2 de julio de 2018 (recurso n.º 832/2018).

<sup>35</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS 12 de febrero de 2018 (recurso n.º 5120/2017).

<sup>36</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 21 de marzo de 2017 (recurso n.º 308/2016).

<sup>37</sup> *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 31 de mayo de 2017 (recurso n.º 1188/2017), FJ 3.º; de 16 de mayo de 2018 (recurso n.º 399/2017), FJ 1.º.

El TS considera que, bajo la nueva regulación del recurso de casación, resulta legítimo exigir al recurrente que invoque en casación la incongruencia omisiva de la sentencia que combate, haciendo pivotar sobre tal silencio jurisdiccional su pretensión, haber intentado la subsanación del defecto por el cauce previsto en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC<sup>38</sup>. Solo cuando haya instado sin éxito esta vía, podrá acceder a la casación. Y ello, con base en varias razones. En primer lugar, apunta el TS que este incidente ha sido diseñado por el legislador para integrar, mediante un trámite contradictorio instado por quien se considere perjudicado por el silencio y con audiencia de todos los intervinientes, las sentencias que no hayan dado respuesta a una pretensión o a uno de los motivos que la sustenten. Por ello, «puede traer como consecuencia cualquier cambio en su contenido, incluido el sentido en el fallo» y «no sería lógico permitir que se abra un trámite para obtener respuesta sobre aquello a lo que no se contestó, que luego carece de incidencia en la situación jurídica de quien insta el complemento»<sup>39</sup>. En segundo lugar, puntualiza que la exigencia de este trámite a los recurrentes en casación que denuncien incongruencia omisiva, antes de instar el recurso, «no supone añadir un obstáculo formal más, desproporcionado, para la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos». Al contrario, entiende que «redunda en una mayor y efectiva protección de los mismos, porque se les brinda la oportunidad de que la Sala autora de la sentencia "incompleta" la integre si realmente se ha producido el incongruente silencio en relación con una pretensión o una causa de pedir, sin necesidad de afrontar los costes económicos y temporales inherentes a un recurso de casación»<sup>40</sup>. Aún más, advierte que, mediante tal exigencia, en realidad, «se le ahorra un recorrido procesal que puede resultar desalentador y tortuoso»<sup>41</sup>. Desalentador, por las dificultades, ya señaladas, que plantea la apreciación del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los supuestos de incongruencia omisiva, al existir abundante y reiterada jurisprudencia. Y tortuoso porque, desde la perspectiva del recurrente cuyo derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se ve afectado, para poder entender agotada la vía judicial previa y acudir mediante recurso de amparo al TC, se verá obligado a promover el recurso de casación y un posterior incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241 de la LOPJ, «que puede ser evitado en los casos manifiestos por el propio órgano judicial autor de la resolución que se reputa incongruente, remediando la omisión a través del incidente previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC»<sup>42</sup>.

Por lo tanto, a partir del citado Auto de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), es requisito imprescindible que la incongruencia omisiva denunciada por alguna de las partes en el proceso se haya intentado reparar por el cauce previsto en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC (González, 2018a, p. 85). En caso de que el recurrente no haya promovi-

<sup>38</sup> Vid. los apartados 2 y 3 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

<sup>39</sup> Vid. el apartado 4.1 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

<sup>40</sup> Vid. el apartado 4.2 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

<sup>41</sup> Vid. el apartado 4.3 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

<sup>42</sup> Vid. el apartado 4.4 del FJ 3.º del ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016).

do, antes del recurso de casación, la solicitud de subsanación de la falta de incongruencia omisiva por esta vía, el recurso estará abocado a la inadmisión<sup>43</sup>, aun cuando el órgano jurisdiccional *a quo* hubiera tenido por preparado el recurso<sup>44</sup>. Ahora bien, como ha puntualizado el TS en el Auto de 21 de diciembre de 2017 (recurso n.º 4696/2017), no se derivará una inadmisión sin más. Dada la consolidada praxis existente, de no exigir al recurrente promover este incidente bajo la vigencia del régimen casacional anterior, considera «desproporcionado hacer recaer sobre él, con un desenlace de inadmisión, las consecuencias anudadas a la no utilización del cauce de subsanación referido...» (FJ 3.º, apartado 4)<sup>45</sup>. En consecuencia, en estos casos, se inadmitiría el recurso de casación tal y como ha sido preparado y se ordenaría la retroacción de las actuaciones al momento en que se notificó a la parte recurrente la sentencia de instancia, para que pueda presentar, si así lo estima oportuno, escrito interesando su complemento, dando la oportunidad al órgano jurisdiccional *a quo* de ofrecer, si procede, una respuesta a las pretensiones oportunamente deducidas, que se dicen no contestadas. Así quedaría satisfecha la exigencia prevista en el artículo 89.2 c) de la LJCA. Trasladando estas consideraciones al ámbito del recurso de queja –donde lo discutido es la denegación de la preparación por parte del órgano judicial *a quo* y no la admisión o inadmisión del recurso–, el TS alcanza la misma conclusión. Por lo tanto, no habiéndose acreditado la petición de subsanación de la falta o transgresión en la instancia y, no habiéndose pedido previamente el complemento de sentencia, procedería estimar el recurso de queja, con retroacción de las actuaciones al momento en que se dictó la sentencia cuya impugnación pretende la recurrente para que, si lo considera oportuno, formule escrito interesando su complemento<sup>46</sup>.

Para el TS, exigir que frente a situaciones de incongruencia omisiva los recurrentes en casación, antes de promover el recurso, intenten la subsanación de la falta a través del trámite de complemento de sentencias y autos, «refuerza los derechos procesales de los litigantes y redundante en una mayor agilidad y eficacia del trámite procesal de admisión de los recursos de casación preparados»<sup>47</sup>. Cabe preguntarse si es así, porque, en realidad, se está imponiendo a los recurrentes, en los supuestos de incongruencia omisiva manifiesta, un trámite previo a la casación que actúa como presupuesto de procedibilidad, bajo el paraguas del incidente regulado en los artículos 267.5 de la LOPJ y 215.2 de la LEC. Si este trámite es fructífero, puede acabar resolviéndose la situación, habiéndose ahorrado el recurrente la casación, con los beneficios que ello conlleva, tanto desde un punto de vista económico como temporal. Sin embargo, si no lo es, se habrá alargado más su periplo hasta llegar a la casación. Ahora bien, lo cierto es que con esta doctrina jurisprudencial se revaloriza el

<sup>43</sup> ATS de 16 de mayo de 2018 (recurso n.º 399/2017), FJ 2.º.

<sup>44</sup> *Vid.*, por ejemplo, el ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), en especial, su FJ 4.º.

<sup>45</sup> *Vid.*, en idéntico sentido, entre otros, los autos del TS de 31 de mayo de 2017 (recurso n.º 1188/2017), FJ 4.º; y de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 3.º, apartado 4.

<sup>46</sup> *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 15 de febrero de 2017 (recurso n.º 157/2016), FJ 5.º; de 6 de julio de 2017 (recurso n.º 306/2017), FJ 5.º; y de 16 de mayo de 2018 (recurso n.º 399/2017), FJ 2.º.

<sup>47</sup> ATS de 1 de marzo de 2017 (recurso n.º 88/2016), FJ 3.º, apartado 4.5.

complemento de sentencia, que adquiere mayor significación y puede, en algunos casos, ser una solución efectiva a las pretensiones del recurrente.

Por último, hay que tener en cuenta que esta doctrina del TS debe matizarse, habida cuenta de que, en determinados casos de incongruencia omisiva manifiesta, va a ser posible para el recurrente acudir directamente al recurso de casación, aunque no se acredite haber promovido en la instancia el incidente de complemento de sentencia. Ello sucederá si la infracción procesal invocada «repercute en la aplicación de normas de Derecho estatal cuya interpretación y alcance también se invoca y se justifica el interés casacional objetivo»<sup>48</sup>. Confirmar la inadmisión supondría ocasionar una clara lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

#### 3.4.1.3. El incidente de nulidad de actuaciones como respuesta al vicio de incongruencia «interna» y «*extra petita*» tras la inadmisión del recurso de casación

A diferencia de lo que sucede en los casos de incongruencia omisiva, cuando el vicio imputado es la incongruencia «interna» –los fundamentos de la sentencia resultan contradictorios unos respecto de otros o con la conclusión del fallo, por falta de lógica– y «*extra petita*» –el órgano jurisdiccional se pronuncia sobre determinados extremos, al margen de las cuestiones planteadas por las partes–, el mecanismo del complemento de sentencia ya no es un instrumento idóneo para la reparación de dicho vicio, ya que estos tipos de incongruencia «gravitan sobre el principio de "invariabilidad de las resoluciones judiciales"»<sup>49</sup>. Por ello, no procede instar, con carácter previo a la preparación del recurso de casación, este incidente, y esta infracción podrá denunciarse directamente en el escrito de preparación de dicho recurso, si bien, como advierte González (2018a, p. 86), será prácticamente una misión imposible que la infracción denunciada alcance relevancia como para justificar la existencia de interés casacional objetivo.

En estos casos, el TS ha considerado que, no siendo viable el recurso de casación por falta de interés casacional objetivo de tal vicio *in procedendo*, una vez decretada la inadmisión del recurso, cabe promover contra ella, en su caso, el incidente de nulidad de actuaciones regulado en el artículo 241 de la LOPJ. Se trata de un remedio extraordinario contra las resoluciones judiciales que no admiten recurso alguno (Cáncer, 2017, apartado 1.3), en supuestos de vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la CE<sup>50</sup>, cuya resolución posibilitará, en su caso, la modificación del fallo de la sentencia impugnada.

<sup>48</sup> ATS de 26 de septiembre de 2018 (recurso n.º 920/2018), FJ 2.º, apartado 5.

<sup>49</sup> ATS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 4.º.

<sup>50</sup> Inicialmente, el incidente de nulidad de actuaciones se limitaba a defectos de forma que hubieran causado indefensión o a la incongruencia del fallo (y, por lo tanto, a la infracción del art. 24 de la CE). Sin embargo, tras la reforma del artículo 241 de la LOPJ operada en 2007, por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo,

El TS ha abordado en diferentes autos<sup>51</sup> una cuestión controvertida de gran interés, como es la funcionalidad del incidente de nulidad de actuaciones en el contexto del nuevo modelo casacional, dadas las dudas que se suscitaban en torno al momento en el que debe entenderse agotada la vía judicial ordinaria previa a la interposición de recurso de amparo ante el TC. Ante el dilema planteado por el nuevo recurso de casación en los casos de incongruencia «interna» y «*extra petita*» (interponer el recurso de casación a sabiendas de que será inadmitido, al no revestir la infracción de normas procesales interés casacional objetivo, o no poder interponer, en caso contrario, el incidente de nulidad de actuaciones, al no ser firme aún la resolución judicial que había incurrido en el vicio procesal indicado, siendo este un requisito exigido por el artículo 241 de la LOPJ), el TS reivindica la competencia sobre la admisión o inadmisión de la casación y sitúa la inimpugnabilidad de la resolución judicial de instancia en el momento en que declare la inadmisión de la casación (Pérez, 2019, p. 14). Efectivamente, considera que únicamente cuando se inadmita el recurso de casación interpuesto contra la resolución judicial impugnada se puede afirmar la imposibilidad de interponer recurso ordinario o extraordinario contra la misma. Ello significa que «la condición de "inimpugnabilidad" de la resolución de instancia solo tiene lugar cuando la declaración de inadmisión del recurso de casación por el Tribunal Supremo se produce, no cuando aquella es dictada»<sup>52</sup>. Por lo tanto, es la resolución de inadmisión de la casación la que abre la posibilidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial de instancia, cuyo plazo comenzará a computarse desde la notificación de la resolución de inadmisión del recurso. Es en este momento cuando se podrá afirmar que la resolución impugnada ya no es susceptible de recurso alguno, cumpliéndose la condición a que el artículo 241 de la LOPJ supedita la válida interposición del incidente de nulidad de actuaciones para denunciar las vulneraciones de derechos fundamentales en las que aquella hubiera incurrido. Esta interpretación, además de dar una respuesta razonable y coherente, «respeto las competencias del Tribunal Supremo –limitadas a admitir o inadmitir el recurso de casación–, y, asimismo, las que pertenecen al Tribunal de instancia, quien con libertad de criterio habrá de decidir, en su caso, acerca de la "incongruencia interna" o "extrapetita" que se denuncie»<sup>53</sup>.

En esta misma línea, en el Auto 65/2018, de 18 de junio, el TC considera que previamente a la interposición del incidente de nulidad de actuaciones es necesario recurrir en

---

por la que se modifica la LOTC, se extiende a la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales referidos en el artículo 53.2 de la CE. Sin embargo, como advierten Cáncer (2017, apartado 1.3) y Cancio (2019, p. 640), este incidente únicamente suele entenderse viable en caso de violación de derechos fundamentales consagrados en el artículo 24 de la CE o en el artículo 14 en relación con el 24, producida por defectos procesales, dado que normalmente la infracción de otros derechos fundamentales ya habrá podido ser denunciada previamente en el proceso, lo que excluye que este incidente prospere.

<sup>51</sup> *Vid.*, por ejemplo, los autos del TS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 5.º; y de 21 de diciembre de 2017 (recurso n.º 4696/2017), FJ 5.º.

<sup>52</sup> ATS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 5.º, apartado 3.

<sup>53</sup> ATS de 11 de diciembre de 2017 (recurso n.º 3711/2017), FJ 5.º, apartado 4.

casación, por lo que exige haber intentado este recurso para entender agotada la vía judicial previa. Parte, en su razonamiento de que el TS tiene plena autonomía para valorar la concurrencia del interés casacional objetivo y recuerda que, tras la reforma de 2015, sigue admitiéndose la invocación de infracciones procesales junto con las sustantivas en el recurso de casación, incluyéndose como supuestos de posible interés casacional, entre otros, la errónea interpretación o aplicación de doctrina constitucional y las resoluciones dictadas en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales. Por ello, entiende que, siendo el recurso de amparo un recurso subsidiario, para garantizar este carácter, no puede quedar abierto el procedimiento constitucional en tanto no se hayan agotado los recursos utilizados en la vía ordinaria. Así, «el agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo exige haber intentado el recurso de casación cuando su admisibilidad dependa exclusivamente de la apreciación del interés casacional objetivo, que únicamente al Tribunal Supremo corresponde» (FJ 5.º). De este modo, aunque no realiza un pronunciamiento directo sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones en el caso de inadmitirse el recurso de casación, implícitamente recoge esta idea (Pérez, 2019, p. 17). Por tanto, para la admisión, en su caso, del incidente de nulidad de actuaciones, paso previo a la interposición del recurso de amparo, es preciso preparar antes el recurso de casación. Este criterio ha sido validado por el TC en la Sentencia 112/2019, de 3 de octubre, que hace referencia expresa a la posición del TS, mencionando el Auto de 11 de diciembre de 2017<sup>54</sup>.

En consecuencia, siendo formalmente impugnabile la resolución judicial en casación, será necesario plantear este recurso y esperar a su inadmisión para poder plantear el incidente de nulidad de actuaciones, aun cuando el recurrente sepa que, al estar fundamentado en un vicio *in procedendo*, casi con total certeza está abocado a la inadmisión; que constituye una acción inútil; y que, además, deberá asumir el pago de una condena en costas por la inadmisión. Solo así podrá plantearse el incidente de nulidad de actuaciones y, en su caso, posteriormente, el recurso de amparo ante el TC. Cabe preguntarse si es esta una solución adecuada. Se obliga al recurrente a ir primero al TS, a pesar de que difícilmente va a admitirse su recurso, para luego volver a la instancia. Sin embargo, no debe descartarse –por improbable que parezca– que, en algún caso, pueda llegar a apreciarse la concurrencia de interés casacional objetivo. Y, de no ser así, siempre quedará la vía del incidente de nulidad de actuaciones como mecanismo de defensa frente a las infracciones de normas procesales que vulneren derechos fundamentales. En efecto, de ser infructuosa la invocación de vicios *in procedendo* para lograr la admisión del recurso de casación, no se deja al justiciable sin remedio en estas situaciones. Tal inadmisión convierte la resolución judicial contra la que se ha preparado la casación en irrecorrible y será posible promover contra ella un incidente de nulidad de actuaciones. Se abre, así, una nueva posibilidad de remedio para las infracciones procesales. Sin embargo, no puede ocultarse que este mecanismo, que ha tenido un uso masivo, tiene escasas posibilidades de prosperar (Rando,

<sup>54</sup> Vid. el FJ 3.º e) de la Sentencia 112/2019, de 3 de octubre.

2018, p. 28), si se tiene en cuenta el escaso número de incidentes de nulidad estimados (Gómez y Montesinos, 2018, p. 99).

### 3.4.2. La concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia fuera de los supuestos recogidos en la LJCA: ¿una opción viable?

Al margen de estas salidas procesales articuladas por el TS, también se nos ocurre otra posibilidad que podría permitir abrir la casación a determinados supuestos de infracción de normas procesales, aun cuando hasta ahora no nos consta que el TS la haya utilizado. Nos referimos a la invocación de supuestos de interés casacional objetivo no previstos expresamente en el artículo 88, apartados 2 y 3, de la LJCA, con amparo en el carácter abierto de la doble relación contenida en el mismo<sup>55</sup>, que deja la puerta abierta a que puedan existir otros casos, fuera de los allí recogidos. Desde esta perspectiva, como apuntan Quintana *et al.* (2019, p. 197), el TS podría optar por facilitar el acceso a la casación de los recursos que se planteen en estos casos «atendiendo primordialmente a consideraciones de justicia material por encima o al margen del juicio sobre el verdadero interés casacional para la formación de la jurisprudencia, y enfatizando el *ius litigatoris*». Para ello, el recurrente deberá convenir al tribunal de que determinadas cuestiones procesales que no encajan en los moldes de los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la LJCA merecen su examen, por su interés más allá del concreto y por trascender del interés personal de los litigantes en la instancia. No bastará con la mera invocación de otros supuestos o circunstancias no previstos en el artículo 88, sino que deberá irse más allá. La excepcionalidad de la invocación de esas otras circunstancias, ni tan siquiera mencionadas en el artículo 89.2 f) de la LJCA, puesta en relación con el deber que dicho precepto impone al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso la concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, «exige del recurrente que en el escrito de preparación justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada»<sup>56</sup>.

De este modo, se daría satisfacción a los intereses de los litigantes, pero también se desnaturalizaría, en buena medida, el nuevo modelo casacional, que pivota sobre el *ius constitutionis*, y podría frustrarse su operatividad (Quintana *et al.* 2019, p. 197). Sin embargo, hasta la fecha, no se ha reconocido ningún supuesto de interés casacional objetivo extramuros de los enumerados en el artículo 88 de la LJCA, si bien esta posibilidad sí que ha sido intentada por algunos recurrentes para lograr la admisión del recurso en supuestos de vicios *in procedendo*<sup>57</sup>.

<sup>55</sup> Reconocido por el propio TS. *Vid.* el Auto de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 4.º.

<sup>56</sup> ATS de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016), FJ 4.º.

<sup>57</sup> *Vid.*, por ejemplo, el Auto de 4 de mayo de 2017 (recurso n.º 142/2016).

## 4. El incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo como última salida para la corrección de infracciones procesales

Vistas las dificultades que los recursos de apelación y casación presentan para la corrección de los vicios procesales, la única opción que quedaría al litigante sería, como ya hemos anticipado, el incidente de nulidad de actuaciones y, posteriormente, el recurso de amparo<sup>58</sup>.

Con relación al incidente de nulidad de actuaciones, con carácter general, solo podrá promoverse, como hemos visto, después de inadmitido el recurso de casación. Será la interposición de dicho incidente la llave de acceso al recurso de amparo, ya que solo entonces se entenderá agotada la vía judicial previa. El recurrente tiene, por tanto, la carga de interponer dicho incidente, después de intentada la casación, para lograr agotar la vía judicial ordinaria y poder interponer recurso de amparo. Ahora bien, recientemente, el TC, en la Sentencia 112/2019, de 3 de octubre, ha modificado su doctrina sobre la naturaleza del incidente de nulidad de actuaciones, que pasa, en determinados supuestos, de ser un requisito previo al recurso de amparo a ser un requisito meramente potestativo (Baño, 2020, p. 98). En efecto, el máximo intérprete de la Constitución modifica su doctrina anterior, conforme a la cual, para agotar la vía judicial, es necesario interponer incidente de nulidad de actuaciones ante el órgano judicial que dictó la resolución que se estima lesiva de derechos fundamentales. Como novedad, ahora considera que, en aquellos casos en los que la vulneración del derecho fundamental no se imputa a la última resolución judicial, sino a la inmediatamente anterior y esta vulneración ha quedado imprejuzgada porque el recurso interpuesto contra la decisión judicial que se considera lesiva de derechos fundamentales ha sido inadmitido por razones procesales que no son imputables a la falta de diligencia de la parte, no es preciso interponer el incidente de nulidad de actuaciones para cumplir el requisito que exige agotar la vía judicial antes de interponer el recurso de amparo<sup>59</sup>. Para

<sup>58</sup> Fuera de estas vías, podría plantearse la posibilidad de presentar una reclamación de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia, por los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial. Sin embargo, esta vía, regulada en los artículos 292 y siguientes de la LOPJ, únicamente permitiría, a lo sumo, obtener una indemnización.

<sup>59</sup> En el caso que origina la sentencia, un interesado había recibido la notificación de una resolución del director general de Planificación Sociosanitaria, Farmacia y Atención al Ciudadano, de la Consejería de Sanidad y Política Social de la Región de Murcia, mediante la cual se autorizaba el retorno de la farmacia que se había trasladado provisionalmente a su primitivo emplazamiento. Sin embargo, el acto se notificó defectuosamente, sin precisar si ponía fin a la vía administrativa y sin indicar los recursos que procedían. El interesado formuló recurso contencioso-administrativo, que fue inadmitido por la Sentencia 757/2016, de 4 de noviembre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 1.ª) del TSJ de Murcia, porque el acto impugnado no ponía fin a la vía administrativa. Posteriormente, contra la referida sentencia, se preparó recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (Sección 1.ª), que fue inadmitido, mediante Providencia de 6 de abril de 2017, por carecer de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. En este contexto, el recurrente formuló directamente recurso de amparo, sin

adoptar este nuevo criterio, se basa, por un lado, en una interpretación flexible y finalista de este requisito. Considera que de la regulación actual del incidente de nulidad de actuaciones contenida en el artículo 241.1 de la LOPJ no se infiere que sea necesaria su interposición para agotar la vía judicial previa al recurso de amparo. Por otro, entiende que la naturaleza subsidiaria del recurso de amparo no exige, en dichos casos, la interposición de este incidente; y que este cambio de doctrina no afecta a la naturaleza subsidiaria del mencionado recurso, que queda salvaguardada si el recurrente interpone frente a la resolución judicial que se estima lesiva de derechos fundamentales el recurso que, de acuerdo con la legislación procesal, es, en principio, procedente para obtener dicha tutela, y dicho recurso –el de casación– se ha interpuesto cumpliendo los requisitos de tiempo y forma establecidos por la normativa (FJ 3.º, apartado d).

Este cambio de doctrina permite, en la práctica, acortar los trámites y agilizar los procedimientos, por lo que debe valorarse positivamente (Castiñeira, 2019, apartado 1). Ahora bien, aunque no exista, conforme a esta nueva doctrina, una necesidad de promover el incidente de nulidad de actuaciones para poder recurrir en amparo ante el TC en los supuestos señalados, puede utilizarse este cauce procesal para obtener la tutela de derechos fundamentales que se consideran vulnerados. Esta interpretación «se justifica en la necesidad de otorgar un cauce impugnatorio a través del cual pueden tutelarse las vulneraciones de derechos fundamentales que se imputan a la resolución contra la que se interpuso el recurso y que no pudieron ser enjuiciadas al haberse inadmitido el recurso por razones procesales» (FJ 3.º, apartado e). En efecto, por exigencias de los artículos 24.1 y 53.2 de la CE, es preciso prever una vía impugnatoria que permita tutelar los derechos fundamentales que puedan haber vulnerado los órganos judiciales cuando resuelven en única o última instancia, máxime cuando esta tutela ahora no está asegurada, tras la reforma de 2007, por el recurso de amparo. En este momento, dicho cauce procesal es el incidente de nulidad de actuaciones. En consecuencia, aun no siendo necesario, en los supuestos señalados, para agotar la vía judicial previa al amparo, si se promueve dicho incidente, debe considerarse un cauce idóneo para obtener la tutela de los derechos fundamentales, cuya vulneración se imputa a la resolución judicial frente a la que se interpuso el recurso inadmitido. Por tanto, «no podrá considerarse un recurso manifiestamente improcedente que pueda conllevar la extemporaneidad del recurso de amparo por alargar indebidamente la vía judicial» (FJ 3.º e).

En cuanto al recurso de amparo, solo queremos destacar que las posibilidades de que sea admitido son ciertamente mínimas, si tenemos en cuenta que, actualmente, la tasa de admisión es muy exigua y se sitúa en torno al 1 % (Padrós, 2019, pp. 309 y 311). Si bien hasta la reforma de 2007 garantizaba la tutela de los derechos fundamentales, al ser un recurso subsidiario, pero también común y general de última instancia, tras dicha reforma ya no garantiza en todo caso esta tutela. La reforma supone «el cambio de un recurso de am-

---

interponer incidente de nulidad, frente a la sentencia de inadmisión y la providencia de inadmisión citadas, alegando la vulneración al derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

paro de protección subjetiva a un recurso de amparo objetivo para garantía de la eficaz y general aplicación de la Constitución» (Padrós, 2019, p. 310), con el fin de reducir la carga de trabajo del TC. Ahora, para que este recurso sea admitido, no es suficiente con invocar la lesión de un derecho fundamental o libertad pública tutelable en amparo, sino que, además, es indispensable justificar la especial trascendencia constitucional del recurso. Así, su admisión a trámite se supedita a que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del TC «en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales» (art. 50.1.b de la LOTC). Es esta configuración del recurso tras la reforma de 2007 la que determina que únicamente sea procedente en supuestos excepcionales en los que la cuestión planteada en el recurso tenga especial trascendencia constitucional. Por ello, los porcentajes de admisión son alarmantemente bajos.

A la vista de lo expuesto y de la cadena de dificultades que hemos ido señalando, muy probablemente las infracciones procesales cometidas en la instancia queden sin remedio alguno. En muchos casos, el recurso de apelación no podrá interponerse. Y no corren mejor suerte los recursos de casación y de amparo, abocados a la inadmisión. Teniendo en cuenta el porcentaje de inadmisiones del TS y del TC, producida la infracción procesal, el recurso de casación primero y el de amparo después muy probablemente serán inadmitidos y la infracción del derecho fundamental –salvo que el justiciable logre su objetivo a través del incidente de nulidad de actuaciones, lo cual será bastante improbable, si nos atenemos al escaso número de estimaciones– quedará sin resolver y el litigante deberá soportar, en muchos casos, las consecuencias de una sentencia injusta, adoptada contraviniendo claramente las normas y garantías procesales, sin que el ordenamiento jurídico le otorgue un remedio efectivo.

El actual sistema de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo permite invocar las infracciones procesales como fundamento de los recursos de apelación y casación. Sin embargo, son tantas las dificultades para acceder a estos recursos, que su utilización queda muy limitada, máxime en el recurso de casación, que con toda probabilidad va a ser inadmitido cuando se sustente en vicios *in procedendo*. Aun así, a sabiendas de la inadmisión en la gran mayoría de supuestos, es requisito imprescindible preparar antes el recurso de casación, para poder interponer luego el incidente de nulidad de actuaciones. Y el justiciable tiene la carga de interponer este incidente –salvo en los limitados supuestos a que se refiere la Sentencia del TC 112/2019, en que su uso se considera potestativo– para poder acceder en amparo al TC, si todas estas instancias previas aún no han minado su ánimo. Ciertamente, el tener que agotar la vía ordinaria mediante la interposición del recurso de casación puede funcionar como un desincentivo económico de acceso al recurso de amparo (Padrós, 2019, p. 345). Ante este panorama, la conclusión es clara y nos adherimos a lo expresado por Pérez: «El derecho al recurso existe pero su acceso es casi imposible. En esta jurisdicción solo muy pocos, en virtud de su capacidad económica, estarán en condiciones de agotar la vía judicial previa para poder acceder al amparo». Además, aun

logrando acceder al amparo, lo más probable es que el recurso sea inadmitido, a la vista de la exigua tasa de admisión actual. Sin embargo, a pesar de lo injusto de los resultados a que conduce el sistema articulado y de la desprotección evidente de los litigantes, que ven erosionado y debilitado su derecho a la tutela judicial efectiva, el sistema de recursos diseñado por el legislador ordinario es una opción legítima en el marco de la CE, dado que, como ha establecido el TC, el derecho a los recursos es un derecho de configuración legal.

## 5. Algunas propuestas *de lege ferenda*

La situación descrita pone de manifiesto la insuficiencia del modelo actual de recursos en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo para garantizar la tutela judicial efectiva de los litigantes frente a la infracción de normas y garantías procesales, aun cuando se vulneren derechos fundamentales. Por ello, es preciso, *de lege ferenda*, plantear algunas medidas que contribuyan a su mejora, con el fin de dotar de mayores garantías a los justiciables.

En nuestra opinión, la solución óptima pasa por la generalización o ampliación de la segunda instancia –acompañada de un nuevo diseño de la planta judicial y de una reordenación de las competencias de los diferentes órganos jurisdiccionales– y por convertir el recurso de apelación en el instrumento ordinario a través del cual se enmienden los errores procesales cometidos en la instancia y se proceda a una revisión integral de las resoluciones judiciales inicialmente dictadas. Es esta una solución en la que existe un amplio consenso, a todos los niveles. Además, solo con la generalización de la segunda instancia adquiriría todo el sentido el nuevo modelo casacional. La reforma del recurso de casación de 2015 no tiene en cuenta su inserción en un sistema en que la segunda instancia no está generalizada y es excepcional, existiendo un amplio número de procesos contencioso-administrativos que se conocen en única instancia (algo más del 80 % de los que ingresan en esta jurisdicción, como advierte Casado [2019, p. 240]). Sin embargo, para que funcione la nueva casación, con una clara dimensión objetiva, y para que el TS pueda desarrollar la función nomofiláctica que tiene encomendada, es absolutamente indispensable que los intereses subjetivos de los litigantes reciban una adecuada protección en la segunda instancia. Solo así puede cumplir verdaderamente su función y desplegar todo su potencial. Y, aunque con arreglo a la jurisprudencia constitucional no sea exigible la segunda instancia, es del todo conveniente su instauración por las ventajas que aportaría, no solo para las partes afectadas sino para toda la comunidad (en términos económicos, de seguridad, de igualdad, etc.) (González, 2019, p. 7). Lamentablemente, no es esta una opción legislativa que esté en la agenda política. Antes bien, en el contexto actual provocado por la situación de emergencia sanitaria derivada de la covid-19, la apelación en el ámbito contencioso-administrativo podría restringirse aún más, de prosperar las propuestas del CGPJ.

Por ello, debemos pensar también en otras opciones que permitan mejorar la tutela de los ciudadanos frente a las infracciones procesales. Ello nos lleva, en primer lugar, a

realizar algunas propuestas en relación con el recurso de casación. Por una parte, sin necesidad de acometer reforma alguna, sería posible, como advierte Chaves (2019), «una reinterpretación reconstructiva y extensiva del recurso de casación» con el fin de evitar que resulten impunes infracciones de garantías procesales sustanciales. Desde esta perspectiva, además de la posibilidad de hallar nuevos supuestos de interés casacional objetivo fuera del artículo 88 de la LJCA, podrían reformularse algunos de los criterios de admisión del recurso de casación en relación con los vicios *in procedendo*, abriendo la puerta a interpretaciones más flexibles –y también más sensibles a la situación del justiciable–, que permitieran remediar las lesiones producidas en la tutela judicial efectiva por errores procesales. Por ejemplo, podría modularse aquí, por razones de justicia material, la exigencia de proyección general del caso, permitiendo que determinados vicios procesales pudieran depurarse con independencia de su trascendencia más allá del caso concreto (por ejemplo, considerando que ya se da este requisito, por el interés general que existe en que los órganos jurisdiccionales sigan un procedimiento ajustado a la ley); o entenderse de forma aún más amplia la función de «formación de jurisprudencia» a que debe responder el citado interés casacional objetivo. Ciertamente, el TS está llamado a formar jurisprudencia, por lo que, si ya está formada, no debiera, en principio, admitirse el recurso. Ahora bien, el propio tribunal ha abierto la puerta a la admisión en supuestos en que la jurisprudencia ya está formada, si resulta necesario precisarla, matizarla o corregirla para realidades jurídicas distintas. Nada impide seguir avanzando en esta línea y admitir el recurso para garantizar el respeto de la jurisprudencia existente en casos en que se ha producido un apartamiento no deliberado de la misma. No es la solución óptima. En realidad, habiendo ya jurisprudencia, en sentido estricto, no habría interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pero puede ser una vía a través de la cual articular un remedio efectivo frente a errores procesales que, de otro modo, podrían quedar impunes. Las interpretaciones que se proponen pueden parecer algo forzadas, pero superan una interpretación formalista e insensible de la norma y, sobre todo, pueden garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de los afectados y evitar situaciones injustas. Una interpretación flexible de los requisitos de admisión es necesaria para evitar situaciones de clara indefensión y vulneración de derechos fundamentales.

Por otra, *de lege ferenda*, debería procederse a la introducción de algunas modificaciones en la regulación actual del recurso de casación. Desde esta perspectiva, sería conveniente perfeccionar este recurso y, en particular, el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, que determina su admisión, ya que, en su actual configuración, «no permite abarcar todos aquellos supuestos que merecen ser conocidos por nuestro Alto Tribunal por presentar interés para la comunidad jurídica, aunque puedan no servir propiamente a la formación de jurisprudencia» (Álvarez, 2018, p. 666). Por ello, podría producirse una reformulación de los criterios de admisión que permitiese superar uno de los principales obstáculos de la regulación actual, cual es la vinculación de la depuración de errores procesales a la aptitud del litigio para la formación de jurisprudencia y a su trascendencia o proyección general. Así, junto a los supuestos de concurrencia de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia que justificarían la admisión del recurso, podría incluirse

también una causa de admisión específica para la depuración de infracciones procesales, de modo que se exonerase al recurrente, en estos casos, de justificar el interés casacional objetivo. Esto podría conseguirse introduciendo un supuesto específico de admisión para los casos en que se invoquen vicios procedimentales, sin requerir su trascendencia o proyección general más allá del caso concreto o su aptitud para formar jurisprudencia, opción especialmente interesante en un sistema con ausencia de una segunda instancia generalizada. Es esta una opción propuesta, en el ámbito tributario, por Álvarez (2018, pp. 376, 667 y 675), tomando como modelo el recurso de revisión alemán, análogo a nuestro recurso de casación, que puede interponerse frente a las sentencias dictadas en primera instancia por el correspondiente *Finanzgericht* en asuntos tributarios referentes a tributos estatales o federales, ante el *Bundesfinanzhof* (Álvarez, 2018, p. 669). De este modo, al no supeditarse la admisión, en todo caso, a la capacidad para formar jurisprudencia, se introduciría un cauce procesal, dentro del recurso de casación, a través del cual se garantizaría, con mayor acierto, la depuración de infracciones procesales. Además, tal y como pone de manifiesto Álvarez (2018, p. 675) y como ha reconocido la propia doctrina alemana, la admisión del recurso por esta clase de vicios «no solo sirve al interés individual y a la justicia del caso concreto, sino también a la supervisión del procedimiento seguido ante los Tribunales de instancia y, por ello, también al interés general en un procedimiento ajustado a la ley, que es condición para la aceptación de las decisiones judiciales y para la confianza en la jurisprudencia». A través de esta vía, con independencia de que concurra o no interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, el recurso de casación podría servir de cauce para depurar las infracciones procesales cometidas por los órganos de instancia.

En segundo lugar, *de lege ferenda*, también sería conveniente la introducción de mejoras en la regulación del incidente excepcional de nulidad de actuaciones, con el fin de reforzar su eficacia como mecanismo de tutela de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos procesales, ante la jurisdicción ordinaria. Desde esta perspectiva, sería conveniente transformarlo en un mecanismo devolutivo y atribuir su conocimiento a un órgano jurisdiccional diferente al que adoptó la resolución que adolece de vicios procesales. En esta línea, Sospedra (2019, p. 216) apunta que este incidente debiera ser conocido por los TSJ o el TS, en función de que la resolución judicial procediese de órganos unipersonales o colegiados; y Gómez (2017, apartado 2) que su conocimiento debiera corresponder al órgano judicial superior al que dictó la resolución que hubiese adquirido firmeza y, en caso de que hubiese sido el TS, a una sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS distinta a la que dictó la resolución objeto de controversia.

Por último, *de lege ferenda*, existiría otra opción posible para solucionar los déficits apuntados. Nos referimos a la introducción, en el ámbito contencioso-administrativo, de un recurso extraordinario por infracción procesal, con el fin de tutelar los derechos procesales y acometer la depuración de los vicios *in procedendo*. De este modo, no se sobrecargaría al TS, cuya intervención quedaría limitada al conocimiento de un recurso de casación limitado a los vicios *in iudicando*, esto es, a las cuestiones de legalidad sustantiva, con el fin de cumplir su misión de fijar jurisprudencia. Este recurso está regulado, en el ámbito civil, en

los artículos 468 a 470 de la LEC. Se trata de un recurso cuyo conocimiento, en principio, se atribuye a las salas de lo civil de los TSJ y a través del cual pueden recurrirse sentencias y autos dictados por las audiencias que pongan fin a la segunda instancia, con base en la infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o funcional, de las normas procesales reguladoras de la sentencia o de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión; o en la vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE. El problema de este recurso en el ámbito civil reside en que todavía no se ha producido la atribución de la competencia para su conocimiento a los TSJ, a pesar de su aprobación en el año 2000. Esto ha provocado la aplicación de un régimen transitorio –regulado en la disposición final 16.<sup>a</sup> de la LEC–, que sigue vigente. En tanto no se confiera tal competencia a los TSJ, este recurso por infracción procesal únicamente procede por los motivos señalados, respecto de las resoluciones susceptibles de casación y el competente para conocer del mismo es la Sala de lo Civil del TS –o de los TSJ, cuando les corresponda la competencia sobre la casación–.

La introducción de un recurso extraordinario por infracción procesal en el ámbito contencioso-administrativo, sin las limitaciones que presenta el régimen transitorio vigente en la vía civil, sería una buena opción para garantizar que todos los ciudadanos que invoquen vicios *in procedendo*, que pueden, incluso, vulnerar derechos fundamentales, encuentren una vía a través del cual remediar los errores procesales (Gómez, 2017, apartado 2). Es más, su instauración, como advierte Sospedra (2019, p. 215), «parece necesaria en un contexto donde conviven amplias zonas de irrecurribilidad de las sentencias de órganos unipersonales, y una casación universal respecto de las resoluciones de los órganos colegiados». Este mecanismo procesal podría ser similar al regulado en la LEC. Lo idóneo sería que se tratase de un mecanismo devolutivo, por lo que su conocimiento debería atribuirse a un órgano jurisdiccional distinto del que hubiera cometido la infracción procesal y del TS. Ello implicaría replantear el recurso de casación, con el fin de excluir del mismo la invocación de infracciones procesales y así limitar la intervención del TS a las cuestiones de legalidad sustantiva<sup>60</sup>. De esta forma, la depuración de errores procesales no quedaría supeditada a la concurrencia del interés casacional objetivo y también se evitaría que estos vicios debieran ventilarse por la vía del amparo constitucional. Ahora bien, esta opción no es viable con la configuración actual de la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (Álvarez, 2018, p. 376). De ahí que, en tanto no se acometa una modificación de la planta judicial, la solución más plausible probablemente sea la ya apuntada, de incorporar una causa específica de admisión en el recurso de casación para la depuración de infracciones procesales.

<sup>60</sup> Sospedra (2019, p. 216) apunta una propuesta más ambiciosa sobre tutela de los derechos procesales fundamentales por la jurisdicción ordinaria y señala que la tutela de los derechos procesales fundamentales del artículo 24 CE podría residenciarse en el TS. Asimismo, señala que, en una reforma más ambiciosa de residenciar la tutela de derechos fundamentales procesales en la jurisdicción ordinaria, debería contemplarse un amparo ante el TS cuando se denunciaran lesiones de derechos fundamentales procesales.

## 6. Conclusiones

A la vista del estudio realizado, es evidente que los medios de impugnación existentes en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo no ofrecen soluciones adecuadas frente a las infracciones de naturaleza formal o procedimental, habida cuenta de que la mayoría de errores procesales cometidos por los órganos jurisdiccionales de instancia quedan sin posibilidad de remedio alguno. Por un lado, la inexistencia de una segunda instancia generalizada lleva a que un porcentaje elevadísimo de decisiones de órganos judiciales esté exento de apelación y, por consiguiente, de control por una instancia superior, con la consiguiente imposibilidad de corregir por esta vía tales errores. Por otro, la nueva configuración del recurso de casación, con la misión fundamental de formar jurisprudencia, agrava el problema, por la dificultad de encajar las infracciones procesales en el molde del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. A ello se une el largo peregrinaje que debe seguir el recurrente como requisito previo para agotar la vía judicial ordinaria y acceder al recurso de amparo (primero casación, aun a sabiendas de su inadmisión, y, luego, incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de las escasas posibilidades de estimación), un recurso también abocado a la inadmisión, dado el ínfimo porcentaje de admisión (alrededor del 1 %). En consecuencia, no existe un remedio efectivo frente a las infracciones *in procedendo* que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva.

Las últimas reformas normativas, con la modificación del recurso de amparo en 2007 y del recurso de casación en 2015, han intensificado el problema, como consecuencia de la objetivación de estos recursos, que ahora gravitan sobre la especial trascendencia constitucional y el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia. Ello dificulta enormemente la revisión de interpretaciones judiciales erróneas de normas procesales y lleva a que los ciudadanos queden sin una respuesta efectiva frente a los vicios procesales. En definitiva, el actual sistema de recursos no cuenta con mecanismos ordinarios y generalizados que permitan la depuración de errores procesales, y ello debiera ser imprescindible a la luz del artículo 24 de la CE. Esta situación, además, lleva a que sea deficiente el control que se realiza sobre la actividad de las Administraciones públicas (Varela, p. 598) y «choca con el mandato constitucional del pleno sometimiento de la acción de la Administración al control jurisdiccional» (Pérez, 2019, p. 28).

Desde la perspectiva de los recurrentes, aun cuando el actual sistema de recursos, con arreglo a la jurisprudencia constitucional, es respetuoso con el artículo 24 de la CE, es preocupante la ausencia de control y de corrección de los vicios procedimentales. Las últimas reformas normativas han provocado una disminución de sus derechos y garantías y ello puede provocar, además de una pérdida de confianza en la justicia, una desafección de los ciudadanos hacia los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Por ello, deben intensificarse las garantías procesales en este ámbito y permitirse un control razonable de las resoluciones judiciales y una revisión de los errores procesales en que hayan podido incurrir. Y ello puede articularse a través de varias vías, como la genera-

lización de la segunda instancia, que claramente fortalecería el derecho a la tutela judicial efectiva; la reinterpretación extensiva o modificación de la regulación actual del recurso de casación; la modificación del incidente de nulidad de actuaciones; o la introducción de un recurso extraordinario por infracción procesal.

Sin duda, estamos, utilizando las palabras de Chaves (2019), ante un «agujero negro que se traga la tutela judicial efectiva» y que este trabajo pretende poner de manifiesto, confiando en que el legislador, de una vez por todas, le ponga solución. Es imprescindible fortalecer el derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos que, en los últimos años, ha sufrido un debilitamiento evidente. En un Estado de derecho no puede permitirse una situación como la descrita, en que las infracciones procesales, aun vulnerando derechos fundamentales, quedan impunes y el justiciable queda desamparado por la ausencia de mecanismos efectivos de depuración de estas.

## Referencias bibliográficas

- Alonso de Leonardo-Conde, A. (2020). Medidas propuestas por el CGPJ para agilizar la justicia tras el Estado de Alarma en el ámbito contencioso-administrativo. *Diario La Ley*, 9623, de 29 de mayo, 1-5.
- Álvarez Menéndez, E. (2018). *El recurso de casación en materia tributaria*. Aranzadi.
- Aparicio, E. (2020a). Una primera aproximación a las medidas organizativas y procesales para el orden contencioso-administrativo a la vista del primer documento de trabajo del CGPJ. *Almacén de Derecho*, 9 de abril. <http://www.almacenederecho.org>.
- Aparicio, E. (2020b). Algunas ideas para mejorar las medidas procesales propuestas por CGPJ para el orden contencioso-administrativo. [Blog]. *In dubio pro administrado*, 14 de abril. <http://www.indubioproadministrado.wordpress.com/>
- Baño León, J. M.<sup>a</sup> (2020). El nuevo carácter potestativo del incidente de nulidad previo al recurso de amparo. *REL*, 225, 96-100.
- Cáncer Minchot, P. (2017). Nulidad de actuaciones y recurso de casación contencioso-administrativo. *Abogacía Española*, 8 de mayo. <http://www.abogacia.es>
- Cancio, R. C. (2019). Desafíos procesales en el nuevo régimen casacional. En R. Castillejo (Dir.) y C. Alonso Salgado y B. J. Varela Gómez (Coords.), *Tratado sobre el Proceso Administrativo* (pp. 605-664). Tirant lo Blanch.
- Casado, L. (2019). *Los recursos en el proceso contencioso-administrativo: restricciones y limitaciones*. Tirant lo Blanch.
- Castiñeira, F. (2019). Vulneración a la tutela judicial efectiva. Comentario a la STC 112/2019: Nueva doctrina constitucional sobre la admisibilidad del recurso de

- amparo. *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, 4 de diciembre. <http://www.elderecho.com>
- Chaves García, J. R. (2019). Los errores procesales no tienen recurso de casación que los corrija. [Blog]. *El Rincón Jurídico de José Ramón Chaves*, 6 de septiembre. <http://www.delajusticia.com/>
- Colomer Hernández, I. (2017). Capítulo 2. Recurso Ordinario de Apelación. En A. Palomar Olmeda (Dir.), *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. (3.<sup>a</sup> ed., Tomo I, pp. 203-342). Aranzadi.
- Córdoba Castroverde, D. (2015). El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo. *El Derecho: Noticias Jurídicas y Actualidad Jurídica*, 29 de octubre. <http://www.elderecho.com>
- Díez-Picazo Giménez, L. M. (2019) Reflexiones sobre la justicia administrativa en España. En F. López Ramón y J. Valero Torrijos (Coords.), *20 años de la Ley de lo Contencioso-Administrativo. Actas del XIV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Murcia 8-9 de febrero de 2019* (pp. 633-647). INAP.
- Fernández Farreres, G. (2015). Sobre la eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el nuevo recurso de casación «para la formación de jurisprudencia». *REDA*, 174, 93-131.
- Fresneda Plaza, F. (2006). Juicio crítico del sistema de recursos. En F. J. Pueyo Calleja (Dir.), *Diagnóstico de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Perspectivas de futuro* (pp. 209-291). CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial.
- Gifreu Font, J. (2016). Reflexiones críticas en torno al control jurisdiccional de la actividad urbanística de los entes locales. *RDUyMA*, 310, 35-92.
- Gómez Fernández, D. (2017). La necesaria reforma del sistema contencioso-administrativo para acabar con la desprotección de los Derechos Fundamentales de los ciudadanos. *Abogacía Española*, 11 de octubre. <http://www.abogacia.es>
- Gómez Fernández, I. y Montesinos Padilla, C. (2018). Una década de incidente de nulidad de actuaciones: ¿aclaración, reforma o supresión? *REDC*, 113, 71-102.
- González López, A. (2018a). *Manual práctico del recurso de casación contencioso-administrativo*. IVAP.
- González López, A. (2018b). La necesaria generalización del recurso de apelación contencioso-administrativo. *Asociación de Letradas y Letrados del Gobierno Vasco (ALEGO-EJALE)*, 29 de octubre. <http://www.alego-ejale.com>
- González López, A. (2019). Breve análisis del recurso de casación: ajustes necesarios para que cumpla su verdadera función y repaso por la doctrina más relevante. *XV Congreso del Ilustre Colegio de la Abogacía de Málaga*. Málaga, 17 de octubre (texto no publicado, facilitado por su autora).
- Hinojosa Martínez, E. (2018). *Los medios de impugnación en el proceso contencioso-administrativo*. Wolters Kluwer.
- Huelin Martínez de Velasco, J. (2011). La elevación del umbral para acceder a los recursos en el orden contencioso-administrativo como medida de agilización procesal. El caso particular del recurso de casación. *Actualidad Administrativa*, 21.
- Laguna de Paz, J. C. (2017). El control judicial de la discrecionalidad administrativa. *REDA*, 186, 83-108.
- López Menudo, F. (2018). El recurso de casación: ¿jurisprudencia y/o justicia? *RAP*, 207, 13-41.

- Muñoz Aranguren, A. (2018). La deseable generalización de la doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa. *REDA*, 193, 157-178.
- Padrós Reig, C. (2019). La exigua tasa de admisión del recurso de amparo constitucional. *RAP*, 209, 307-347.
- Parejo Alfonso, L. (2018). Algunas reflexiones sobre la novedad del recurso de casación en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 100, 339-355.
- Pérez Estrada, M. J. (2019). El agotamiento de la vía judicial previa en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: casación y/o nulidad de actuaciones. *Revista General de Derecho Procesal*, 49, 1-32.
- Quintana Carretero, J. P. (2018). El recurso de casación autonómica del orden contencioso-administrativo. En R. C. Cancio Fernández y L. M. Cazorla Prieto (Dirs.), *El Interés Casacional Objetivo en su Interpretación Auténtica. Pautas hermenéuticas y cuestiones procesales en la nueva casación contenciosa* (pp. 293-323). Aranzadi.
- Quintana, J. P. (Coord.), Castillo, R. y Escribano, P. (2019). *Guía práctica del recurso de casación contencioso-administrativo*. (2.ª ed.). Dykinson.
- Rando Burgos, E. (2018). El procedimiento abreviado en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: críticas, elogios y propuestas. *RGDA*, 48, 1-29.
- Razquin Lizarraga, J. A. (2016). El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015. *RVAP*, 104-I, 135-178.
- Ruiz López, M. Á. (2016). *La reforma del recurso de casación contencioso-administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sánchez Morón, M. (2016). *Derecho Administrativo. Parte General*. (12.ª ed.). Madrid: Tecnos.
- Sospedra Navas, F. J. (2014). Capítulo XIV. El recurso de apelación. En A. Ezquerria Huerva y J. Oliván del Cacho (Dirs.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa* (pp. 799-840). Tirant lo Blanch.
- Sospedra Navas, F. J. (2019). Capítulo 12. Propuestas para una reconstrucción del sistema de recursos en la LJCA. En J. Cudero Blas y J. Ponce Solé (Coords.), *Balance y perspectivas de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en su XX aniversario* (pp. 203-218). Tirant lo Blanch.
- Varela Gómez, B. J. (2019). Generalización de la apelación contra resoluciones definitivas en la instancia. En R. Castillejo (Dir.) y C. Alonso Salgado y B. J. Varela Gómez (Coords.), *Tratado sobre el Proceso Administrativo* (pp. 589-604). Tirant lo Blanch.