

NADIE PUEDE SER PRIVADO DE SU DERECHO  
AL RECURSO POR INCUMPLIR UN REQUISITO  
QUE NO ERA EXIGIBLE EN EL MOMENTO DE SU  
PRESENTACIÓN (COMENTARIO A LA SENTENCIA  
DEL TEDH DE 26 DE MAYO DE 2020,  
CASO GIL SANJUÁN CONTRA ESPAÑA)

CARMEN CHINCHILLA MARÍN  
Universidad de Alcalá

*Cómo citar/Citation*

Chinchilla Marín, C. (2020).

Nadie puede ser privado de su derecho al recurso por incumplir un requisito que no era exigible en el momento de su presentación (comentario a la Sentencia del TEDH de 26 de mayo de 2020, caso *Gil Sanjuán contra España*).

*Revista de Administración Pública*, 213, 263-296.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.11>

**Resumen**

La Sentencia del TEDH de 26 de mayo de 2020 ha estimado la demanda de una ciudadana española que, en su día, se vio privada, indebidamente, de su derecho de acceso al recurso de casación. Su recurso, como muchos otros en aquel momento, fue inadmitido como consecuencia de un cambio jurisprudencial que exigió el cumplimiento de un requisito *nuevo* que, aparte de no estar previsto en la ley, fue aplicado a recursos que ya estaban presentados sin dar a los recurrentes la posibilidad de cumplirlo. La interesada interpuso recurso de amparo y el Tribunal Constitucional lo desestimó en una Sentencia —la 53/2015— que tiene un importante voto particular. Finalmente, el TEDH ha declarado que el Tribunal Supremo violó el art. 6 del Convenio y vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva.

**Palabras clave**

Derecho de acceso al recurso; inadmisión de un recurso de casación por incumplimiento de un requisito que no era exigible en el momento de su presentación; los cambios jurisprudenciales y su aplicación retroactiva.

**Abstract**

The ECtHR Judgment of May 26, 2020 has upheld the claim of a Spanish citizen who was unduly deprived of her right to appeal before the Spanish Supreme Court. Her appeal before the national court was refused, like many others, on the grounds of a new requirement for filing appeals, unexpectedly introduced by the own Supreme Court. Other circumstances of the case deserve being highlighted: no legal provision had entitled the Supreme Court to introduce such a new requirement; this new requisite was applied to appeals which had been previously filed; and, in addition, affected appellants were not given the opportunity to fulfil the new requirements. After the refusal, the appellant brought the case before the Spanish Constitutional Court, which also dismissed the claim —Judgement 53/2015—, although a well-founded dissenting vote was issued. In the end, the ECHR has found that the Spanish Supreme Court had infringed Article 6 of the Convention and violated the right to effective judicial protection.

**Keywords**

Right of appeal; inadmissibility of an appeal for non-compliance with a requirement that was not enforceable at the time of being filed; the retroactive application of new case-law.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN: LA INADMISIÓN DE UN RECURSO DE CASACIÓN BASADA EN EL INCUMPLIMIENTO DE UN REQUISITO QUE NO ERA EXIGIBLE EN EL MOMENTO DE LA PREPARACIÓN DEL RECURSO: 1. Los requisitos exigibles a los escritos de preparación del recurso de casación según la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. 2. Los requisitos exigibles al escrito de preparación según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. II. EL CASO GIL SANJUÁN CONTRA ESPAÑA Y LA SENTENCIA DEL TEDH DE 26 DE MAYO DE 2020: 1. Los hechos y algunas consideraciones al hilo de los mismos. 2. El lento, costoso e inútil recorrido por los tribunales españoles. 3. El Tribunal de Estrasburgo dice la última palabra: 3.1. *Los términos en los que quedó fijado el debate en el proceso ante el TEDH.* 3.2. *Los principios generales de los que parte el TEDH para aplicarlos al caso concreto.* 3.3. *La aplicación al caso de estos principios y los argumentos que llevaron al TEDH a estimar la demanda de la señora Gil Sanjuán y a declarar que se había producido una vulneración del art. 6 del Convenio.* 4. Las consecuencias de la Sentencia del TEDH y los mecanismos de reparación de la vulneración del derecho fundamental de la demandante. III. REFLEXIÓN FINAL EN TORNO A DOS CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL: LAS CONSECUENCIAS DE LA INADMISIÓN INDEBIDA DE UN RECURSO DE CASACIÓN EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA DE RECURSOS Y LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES: 1. Las consecuencias de la inadmisión indebida de un recurso de casación en nuestro actual sistema de recursos. 2. La aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales: 2.1. *La exigencia de una motivación reforzada.* 2.2. *Los límites a la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales y los posibles mecanismos para evitar o paliar su imprevisibilidad.*

---

## I. INTRODUCCIÓN: LA INADMISIÓN DE UN RECURSO DE CASACIÓN BASADA EN EL INCUMPLIMIENTO DE UN REQUISITO QUE NO ERA EXIGIBLE EN EL MOMENTO DE LA PREPARACIÓN DEL RECURSO

La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que es objeto de este comentario estima la demanda de una ciudadana española que, en su día, se vio indebidamente privada de su derecho de acceso a un recurso previsto por la

ley: el recurso de casación. El Tribunal de Estrasburgo declara que nuestro Tribunal Supremo violó el art. 6 del Convenio Europeo por fundamentar la inadmisión del recurso en la aplicación de «un nuevo criterio» —relativo a los requisitos formales de los escritos de preparación— que el Tribunal Supremo había adoptado después de que la demandante hubiese presentado su escrito de preparación e, incluso, también el de interposición del recurso, y sin darle la oportunidad para que pudiera cumplirlo.

Sin perjuicio de reconocer la importancia de esta sentencia, que ha declarado que no se pueden exigir requisitos de admisión *nuevos* al escrito de preparación de un recurso presentado en un momento en el que dichos requisitos no eran exigibles, es inevitable preguntarse cómo es posible que una ciudadana española haya tenido que llegar hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para que declare algo tan obvio como eso: que un tribunal no puede privar a un ciudadano de su derecho al recurso si ha cumplido todos los requisitos que la ley le exigía en el momento de presentarlo.

Antes de llegar a Estrasburgo, y como es preceptivo, la demandante tuvo que agotar las vías internas para intentar que la vulneración de su derecho fundamental fuera reparada, en primer lugar, por el propio Tribunal Supremo, a través del incidente de nulidad y, en segundo lugar, por el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo. Ambos tribunales desestimaron su pretensión y, finalmente, el TEDH ha estimado su demanda en la Sentencia de 26 de mayo de 2020, de la sección tercera, que es objeto de este comentario.

Antes de adentrarnos en la exposición y comentario de esta sentencia conviene recordar qué requisitos debían cumplir los escritos de preparación de los recursos de casación, según la ley y según la jurisprudencia establecida en el momento de la presentación por parte de la demandante del escrito en cuestión.

## 1. LOS REQUISITOS EXIGIBLES A LOS ESCRITOS DE PREPARACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN SEGÚN LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

El art. 89 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), en su redacción entonces vigente, establecía, en su apdo. 1, que *en el escrito de preparación* «deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos». A continuación, y para un supuesto específico —los recursos de casación contra sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia—, el apdo. 2 de este mismo precepto exigía que en el escrito de preparación «habrá de justificarse que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia».

Si estas eran las exigencias para el escrito de preparación del recurso (a presentar ante la misma Sala que hubiera dictado la resolución recurrida), respecto del *escrito de interposición* (a presentar ante el Tribunal Supremo, una vez que la

Sala que había dictado la resolución recurrida hubiera declarado tener por preparado el recurso), la LJCA —en su art. 92.1— exigía que dicho escrito expresara razonadamente «*el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que se considere infringidas*».

Como ya expuse en su día, en un trabajo con el que di cuenta del entonces novedoso Auto del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 2011, que está en el origen de este asunto, y advertí sobre las gravísimas consecuencias que podría tener sobre recursos que ya estaban preparados e, incluso, interpuestos antes de esa fecha<sup>1</sup>, el significado de estos dos preceptos de la LJCA dejaba, en mi opinión, poco margen de duda, pues, atendiendo «al sentido propio de sus palabras», como establece el art. 3.1 del Código Civil, lo que dicen es lo siguiente:

- (i) En el escrito de preparación del recurso deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos de forma exigidos (art. 89.1).
- (ii) Solo en el supuesto de que el objeto del recurso fuese una resolución dictada por un Tribunal Superior de Justicia, entonces, en el escrito de preparación, había que justificar que una norma estatal o de derecho de la UE había sido relevante y determinante para el fallo.
- (iii) Expresar los motivos en que se amparara el recurso y, además, citar las normas o la jurisprudencia que se considerasen infringidas era un requisito que la ley exigía para el escrito de interposición, y solamente para dicho escrito (art. 92.1).

A pesar de la claridad con la que, en mi opinión, se había expresado el legislador, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso que ha dado origen a la Sentencia del TEDH basándose en que la recurrente no había mencionado en su escrito de preparación las concretas *infracciones normativas o jurisprudenciales* en que basaría su recurso; un requisito que, como acabamos de ver, la ley había establecido únicamente para el escrito de interposición y no para el de preparación. Lo más llamativo del caso es que ese requisito tampoco había sido exigido, hasta entonces, por el Tribunal Supremo.

## 2. LOS REQUISITOS EXIGIBLES AL ESCRITO DE PREPARACIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

En el trabajo al que antes me he referido, y que tuvo por objeto el controvertido Auto de 10 de febrero de 2011, di cuenta de cuál era el estado de la jurisprudencia —hasta muy pocos días antes de esa fecha— acerca de la cuestión de los requisitos exigibles a los escritos de preparación de los recursos de casación.

<sup>1</sup> «Nuevos criterios para la admisión del recurso de casación contra Sentencias y Autos de la Audiencia Nacional», *Justicia Administrativa*, 52, 2011, págs. 25-50.

Reproducir ahora esa larga exposición haría innecesariamente extenso, además de tedioso, el contenido de este epígrafe, por lo que me limitaré a hacer un resumen de la cuestión, remitiéndome para un estudio más detallado a la exposición que entonces hice.

Centrándome exclusivamente en el recurso de casación contra resoluciones de la Audiencia Nacional, la sección primera venía manteniendo dos criterios contrapuestos respecto de un requisito muy concreto que debían cumplir los escritos de preparación de los recursos: el referente a *los motivos* —que no a las infracciones— sobre los que iba a fundamentarse el recurso.

Según uno de los criterios, en el escrito de preparación no era necesario anunciar o anticipar *los motivos* casacionales porque la ley —art. 92.1, en relación con el art. 89.1 LJCA— únicamente lo exigía para el escrito de interposición<sup>2</sup>.

Así, en el Auto de 23 de abril de 2009 (recurso 3146/2008), tras exponer los distintos criterios mantenidos en la Sala y reconocer que no existía unanimidad respecto de la cuestión de si era o no necesario anticipar en dicho escrito *los motivos*, se dice que «así las cosas, hemos de clarificar y resolver definitivamente esta cuestión», en el sentido siguiente:

La exigencia legal de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, es aplicable solo respecto de las sentencias procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia (quedan excluidas las Sentencias de la Audiencia Nacional y los Autos).

Según el otro criterio, en el escrito de preparación de *todos* los recursos de casación, esto es, tanto de los que tuvieran por objeto resoluciones de los tribunales superiores de justicia, como aquellos cuyo objeto fuesen resoluciones de la Audiencia Nacional, era necesario anunciar *los motivos* casacionales, pero no era preciso justificar *las infracciones* de derecho, pues esa era una carga añadida exigible solo a los recursos contra resoluciones de los tribunales superiores de justicia. Así se establece en el Auto de 14 de octubre de 2010 (recurso de casación 573/2010), en el que, tras repasar los distintos criterios aplicados por la sección y subrayar la falta de unanimidad entorno a la cuestión de *los motivos*, se dice, de nuevo, que es «necesario clarificar» y «reconducir» la doctrina jurisprudencial en el sentido siguiente:

Esta exigencia legal primaria del art. 89.1, de necesaria y obligada anticipación o anuncio en el escrito de preparación de los motivos que se piensan esgrimir en la interposición, es aplicable tanto respecto de las sentencias y autos procedentes de los Tribunales Superiores de Justicia como respecto de los dictados por la Audiencia Nacional, si bien, como antes dijimos y es jurisprudencia consolidada, la carga añadida del apartado segundo del mismo precepto solo juega respecto de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Me remito a todos los autos que cito en las páginas 30 a 34 de mi trabajo.

<sup>3</sup> Me remito a todos los autos citados en las páginas 34 a 40 de mi trabajo.

En los numerosos autos que aplicaron uno y otro criterio, a veces incluso simultáneamente en el tiempo, hasta llegar al del 14 de octubre de 2010, hay dos cosas que, en mi opinión, quedan claras: la falta de unanimidad de la sección se producía respecto de la cuestión de si era o no necesario anunciar, en el escrito de preparación, los motivos casacionales y, en segundo lugar, si, además, había que hacerlo solo en los recursos contra resoluciones de los tribunales superiores de justicia o, también, en los planteados frente a resoluciones de la Audiencia Nacional. Por el contrario, existía unanimidad en considerar que, cuando se trataba de recursos contra resoluciones de la Audiencia Nacional, no era necesario «justificar», de forma añadida al anuncio de los motivos, las infracciones que a través de ellos se denunciaban. Así venía a reconocerlo el Auto de 14 de octubre de 2010, ya citado, al decir:

Ahora bien, no ha existido esa misma unanimidad a la hora de resolver si los motivos previstos en los apdos. a), b) y c) han de ser en todo caso anunciados en el escrito de preparación, *aunque no sea necesario «justificar» las infracciones que a través de ellos se denuncien*<sup>4</sup>.

Cuando parecía que el criterio respecto de *los motivos* ya estaba definitivamente aclarado, y aunque no faltó algún auto de la misma sección que, poco más de un mes después, retrocedió en el tiempo y aplicó, de nuevo, el criterio según el cual no era exigible anticipar los motivos casacionales en los escritos de preparación de los recursos de casación contra resoluciones de la Audiencia Nacional<sup>5</sup>, la sección primera dictó el famoso Auto de 10 de febrero de 2011, a partir del cual exigió un requisito más a los escritos de preparación —citar las normas y jurisprudencias infringidas— que, hasta ese momento, no solo no había sido exigido ni había estado en discusión, sino que, antes al contrario, y como hemos visto, había reconocido expresamente que no era necesario cuando se trataba de recurrir en casación resoluciones de la Audiencia Nacional. Así pues, a partir de ese momento, la sección mantuvo una nueva interpretación, según la cual en el escrito de preparación de los recursos de casación contra resoluciones de la Audiencia Nacional no solo es necesario anticipar los motivos, sino también expresar las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales denunciadas. Con ello —decía el propio auto— se venía a clarificar «aún más» la doctrina jurisprudencial.

Clarificar «aún más» consistía, en realidad, en añadir un requisito más —citar las infracciones— al que acababa de ser establecido en el Auto de 14 de octubre de 2010 —anticipar los motivos—, con la expresa finalidad de «clarificar» y «consolidar» la doctrina jurisprudencial. De hecho, la doctrina del Auto de 14 de octubre de 2010, a tenor de la cual, en los escritos de preparación de los recursos

<sup>4</sup> Las cursivas no están en el original.

<sup>5</sup> Auto de 25 de noviembre de 2010 (recurso de casación 2999/2010).

de casación contra resoluciones de la Audiencia Nacional, se tenían que anticipar los motivos, pero no las infracciones, estuvo aplicándose hasta muy pocos días antes de dictarse el auto que implantó el nuevo requisito<sup>6</sup>. Una vez establecido el nuevo requisito, la sección lo exigió a los recursos que ya estaban preparados y, con base en ello, los inadmitió. Y no fueron uno ni dos, sino muchos los recursos que fueron inadmitidos como consecuencia de la aplicación del nuevo criterio. Culminaba así una actuación de la sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo en la que se dieron las siguientes circunstancias: (i) se exigió a los recurrentes un criterio que no estaba en la Ley; (ii) se estableció jurisprudencialmente un nuevo requisito de forma repentina e inesperada, ya que se separaba de la doctrina que el órgano judicial acababa de sentar con pretensiones de aclararla y reconducirla; (iii) se impuso su cumplimiento a escritos que ya estaban presentados y (iv) no se dio a los recurrentes la oportunidad para que pudieran cumplir con ese nuevo requisito que, hasta entonces, no les era exigible. Si a todo ello se añade que, en muchos casos, como el que dio lugar a la sentencia que es objeto de comentario, no solo estaba presentado el escrito de preparación, sino también el escrito de interposición, la decisión del Supremo resulta todavía menos justificada, porque, como es bien sabido, en el escrito de interposición no solo están concretadas las infracciones, sino, además, desarrolladas en toda su extensión.

A la luz de todo lo expuesto, cabe concluir que la historia de los requisitos exigibles a los escritos de preparación de los recursos de casación contra resoluciones de la Audiencia Nacional es —dicho sea en pocas palabras— la historia de dos criterios jurisprudenciales de signo opuesto, en torno al requisito de la anticipación de *los motivos*, que en un momento dado quedó reconducido a uno solo y que, cuando ya estaba unificado y aclarado, se le añadió otro requisito más que no tenía nada que ver con este y que había sido expresamente excluido: concretar *las normas y la jurisprudencia infringidas*. Lo más pintoresco de toda esta historia es que, después de que, en abril de 2009, la sección dijera que venía a clarificar y resolver *definitivamente* esta cuestión (refiriéndose al requisito de los motivos), en octubre de 2010 la volvió a aclarar y reconducir, para, finalmente, en febrero de 2011, «clarificarla aún más»; si bien, esta vez ya no se refería al requisito de los motivos, único sobre el que había existido discrepancia, sino a un nuevo requisito —el de las infracciones— sobre el que la sección había mantenido siempre el criterio de que no era exigible al escrito de preparación de los recursos de casación contra resoluciones de la Audiencia Nacional.

Esta es la historia de la inadmisión por la sección primera de numerosos recursos que, lejos de estar defectuosamente preparados, estuvieron correctamente preparados porque cumplieron no solo con la ley, sino también con los criterios que la doctrina jurisprudencial, recientemente aclarada, exigía en el momento de su preparación. Si la sección decidió, después, añadir un nuevo requisito, dudo

<sup>6</sup> Auto de 3 de febrero de 2011 (recurso de casación 5090/2010).



que fuera para «aclarar aún más» lo que estaba perfectamente aclarado y constituía un criterio jurisprudencial consolidado, sino más bien para restringir —aún más— el acceso a un recurso reconocido en la ley y al que la ley, claramente, en mi opinión, no exigía los requisitos que fue «alumbrando» por etapas el Tribunal Supremo.

## II. EL CASO *GIL SANJUÁN CONTRA ESPAÑA* Y LA SENTENCIA DEL TEDH DE 26 DE MAYO DE 2020

### 1. LOS HECHOS Y ALGUNAS CONSIDERACIONES AL HILO DE LOS MISMOS<sup>7</sup>

La señora Gil Sanjuán interpuso en su día un recurso contencioso-administrativo contra la orden ministerial que aprobaba un deslinde en la zona marítimo-terrestre que afectaba a un terreno de su propiedad. Su recurso fue desestimado por sentencia de la Audiencia Nacional, de 8 de octubre de 2010, contra la que la interesada preparó un recurso de casación. En su escrito de preparación puso de manifiesto su intención de interponer el recurso, el carácter recurrible de la sentencia impugnada, su condición de recurrente en el proceso en el que se había dictado y el cumplimiento del plazo para la presentación del escrito. Además de ello, había precisado los concretos motivos en los que el recurso iba a fundarse. Una vez que la Audiencia Nacional tuvo por preparado su recurso, y dentro del plazo que le fue otorgado para ello, la señora Gil Sanjuán formuló su escrito de interposición ante el Tribunal Supremo y este, por diligencia de ordenación de 10 de enero de 2011, lo tuvo por presentado.

Con posterioridad a dicha presentación, con fecha de 28 de octubre de 2011, la sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo dio un trámite de alegaciones a la recurrente poniéndole de manifiesto la posible existencia de una causa de inadmisión de su recurso, consistente en no haber indicado, en el escrito de preparación, las correspondientes infracciones normativas y jurisprudenciales que habría de desarrollar posteriormente en un escrito —el de interposición— que, como acabo de decir, ya estaba presentado ante el Tribunal Supremo en ese momento.

---

<sup>7</sup> Para la exposición de los hechos he seguido no solo lo que se dice en la sentencia del TEDH, sino también en la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/2015, puesto que se trata de los mismos hechos y en esta segunda aparecen expuestos con mayor detalle. Me he permitido hacer algunos comentarios al hilo de los mismos, puesto que los hechos, en este caso, son, en realidad, las distintas resoluciones judiciales —autos y sentencias— que fueron dictándose, siempre en el mismo sentido de negar a la demandante su acceso al recurso, hasta llegar a la sentencia del TEDH.

Tras realizar la recurrente las correspondientes alegaciones defendiendo que su recurso debía ser admitido por haberse presentado en un momento en el que el Tribunal Supremo no exigía que en el escrito de preparación se precisasen las normas y jurisprudencia que se considerasen infringidas, la sección, por Auto de 9 de febrero de 2012, resolvió inadmitir el recurso por su defectuosa preparación, argumentando que la recurrente, en su escrito de preparación, únicamente había anunciado los motivos del recurso, pero no había hecho referencia alguna a las normas o jurisprudencia supuestamente infringidas.

Contra el auto de inadmisión, la recurrente planteó el incidente de nulidad de actuaciones, basado en la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24, en relación con los arts. 9 y 117 de la Constitución y art. 6.1 del Convenio de Roma). En el incidente de nulidad de actuaciones, argumentó que el Tribunal Supremo había inadmitido su recurso por no cumplir con un requisito que no había sido previsto por el legislador; que derivaba de una interpretación jurisprudencial contraria a la literalidad y finalidad expresa de la norma; y que, además, había sido aplicado con efecto retroactivo y sin posibilidad de subsanación.

Como era previsible, ya que el incidente de nulidad de actuaciones es resuelto por el mismo órgano judicial que supuestamente ha vulnerado el derecho fundamental cuya tutela se solicita, fue desestimado por un auto, de 13 de septiembre de 2012, del que quiero destacar el párrafo siguiente:

Ciertamente, la doctrina reiterada por esta Sala desde el Auto de 10 de febrero de 2011 (rec. 2927/2010) incorpora nuevas exigencias al escrito de preparación del recurso de casación, respecto de las comprendidas en los criterios expuestos sistemáticamente en precedentes de la Sala [...] culminando así la evolución jurisprudencial que ya apuntaba el Auto de esta Sala de 14 de octubre de 2010.

Reconoce, pues, el Tribunal Supremo que el requisito que estaba exigiendo cumplir a un recurso preparado con anterioridad al 10 de febrero de 2011, era una «nueva exigencia» que el Tribunal había «incorporado» a partir de esa fecha; y lo justifica diciendo que la incorporación de esa nueva exigencia se producía como culminación de una evolución jurisprudencial «apuntada» ya pocos meses antes, concretamente, en el Auto de 14 de octubre de 2010 al que aquí ya me he referido<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Para ser precisa, el Auto que desestima el incidente de nulidad y en el que se alude a la evolución jurisprudencial que ya estaba apuntada en el Auto de 14 de octubre de 2010 se refiere exactamente al Auto dictado en el recurso 951/2010, y no al dictado, en la misma fecha, en el recurso 573/2010, que es el que yo he expuesto en este trabajo. No obstante, a los efectos que aquí importan, no cambia nada, puesto que la doctrina jurisprudencial se reitera en ambos autos, lo cual es lógico, pues, aunque los ponentes sean distintos, los autos son de la misma sección y fueron dictados en la misma fecha.

Sin embargo, y como sabemos, lo que hizo ese auto de 14 de octubre de 2010 fue aclarar y reconducir a uno solo los dos criterios contrapuestos que coexistían en la sección sobre una cuestión muy concreta: la necesidad o no de anticipar, en el escrito de preparación, los motivos casacionales. Por eso, cuesta entender que el Tribunal dijese que la nueva exigencia estaba ya «apuntada» en esa evolución jurisprudencial, cuando, como acabo de decir, la cuestión que resolvió ese auto fue la de si, en el escrito de preparación, había que anunciar o no *los motivos*, y no la de si había que concretar *las normas y jurisprudencia infringidas*. ¿Es razonable afirmar que un auto en el que se trató del requisito de la anticipación de los motivos y se fijó un criterio con el fin de aclarar y reconducir las diferencias que había en el seno del propio órgano judicial respecto de ese requisito, «apuntaba» ya que el siguiente paso iba a ser exigir un requisito más, que nada tenía que ver con el de los motivos casacionales? ¿Es razonable, cuando, además, en ese auto se había dicho que solo para los recursos contra resoluciones de los tribunales superiores de justicia resultaba exigible justificar *de forma añadida* las infracciones que se iban a denunciar a través de los motivos casacionales?

En mi opinión no lo es. Y, sin embargo, la demandante ha tenido que recorrer un largo camino para que el TEDH haya terminado dándole la razón. Un camino que la ha llevado desde Murcia (2007) hasta Estrasburgo (2020), pasando por Madrid y haciendo allí varias «paradas», una en la Audiencia Nacional, dos en el Tribunal Supremo y una cuarta y última en el Tribunal Constitucional.

## 2. EL LENTO, COSTOSO E INÚTIL RECORRIDO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Como ya he adelantado, si la recurrente quería remediar lo que consideraba una vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en la vertiente de acceso al recurso, tenía que promover el denominado incidente de nulidad de actuaciones ante el mismo órgano judicial que había inadmitido su recurso, solicitándole que declarara que había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva y que, en consecuencia, anulara el auto de inadmisión. La interesada así lo hizo y la sección primera de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, como era previsible, desestimó su pretensión, reiterando su criterio y explicando, como ya sabemos, que la nueva exigencia incorporada era la culminación de una evolución ya apuntada unos meses antes. Se cerraban así, definitivamente, las puertas del Tribunal Supremo, tras haber cumplido con el formalismo de agotar la vía judicial previa con un recurso claramente inútil, pero que, como todos, exige tiempo y dinero, más aún cuando, como ocurrió en este caso, tanto en la inadmisión de la casación como en la desestimación del incidente de nulidad la demandante fue condenada en costas.

Llegados a este punto, a la demandante le quedaba, finalmente, un último recurso que, por su configuración actual, tiene algo de ilusorio: el recurso de amparo. La recurrente lo interpuso y el Tribunal Constitucional, en su Sentencia

53/2015, de 16 de marzo, lo desestimó con base en los siguientes argumentos que expongo de forma muy sucinta:

- Corresponde al Tribunal Supremo la última palabra sobre la admisibilidad de los recursos de casación, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales. En consecuencia, el control que el Tribunal Constitucional debe realizar de las resoluciones judiciales sobre los requisitos de admisión de los recursos tiene carácter externo y es más limitado, si cabe, cuando se trata de recursos de casación.
- El control que corresponde al Tribunal Constitucional solo puede abarcar el examen de si se ha realizado una selección o interpretación arbitraria, manifiestamente irrazonable o fruto de un error patente.
- En el presente caso, el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta la finalidad particular del trámite de preparación en el marco general del recurso de casación y ha orientado la nueva exigencia a la mejor consecución de ese fin. Por ello, el criterio plasmado en los autos impugnados por la recurrente —el de inadmisión del recurso de casación y el de desestimación del incidente de nulidad— no solo constituye un ejercicio legítimo de las facultades interpretativas que el art. 123 CE reserva al Tribunal Supremo, sino que contiene asimismo una ponderación suficiente de los fines propios de la norma y de las consecuencias que su aplicación genera en la esfera del recurrente.
- No existe un derecho adquirido a una determinada jurisprudencia, y la evolución jurisprudencial no es en sí misma contraria a la correcta administración de justicia.

Con base en estos argumentos, el Tribunal termina haciendo un reproche a la demandante de amparo para justificar que, en su caso, y a diferencia de lo que había sucedido en el caso resuelto por la STC 7/2015, en el que se había estimado la demanda de amparo, no se dieron «las excepcionales circunstancias» entonces apreciadas, ya que la recurrente no procedió como lo hizo la demandante de amparo en ese recurso que sí fue estimado por el Tribunal.

¿Qué es lo que debió hacer la recurrente y, más exactamente, su abogado, que no hizo y que, de haberlo hecho, hubiera merecido el otorgamiento del amparo? Para responder a esa pregunta es necesario exponer lo que ocurrió en el caso resuelto por la STC 7/2015, lo cual me dará también la ocasión para dar cuenta del interesante y, en mi opinión, acertado voto particular que, luego, fue reiterado en la STC 53/2015<sup>9</sup>.

En la STC 7/2015, dictada por el Pleno, el amparo se estimó porque se dio una circunstancia muy especial: la entidad mercantil recurrente apenas tuvo

<sup>9</sup> Se trata del voto particular de J. A. Xiol Ríos, al que se adhirieron A. Asua Batarrita, L. I. Ortega Álvarez y F. Valdés Dal-Ré.

conocimiento de que el Tribunal Supremo había dictado el primer auto de inadmisión exigiendo el nuevo requisito al escrito de preparación e, incluso, antes de que el Tribunal le diera trámite de audiencia para alegar sobre la posible existencia de una causa de inadmisión, presentó ante el Tribunal Supremo un «escrito complementario de adecuación», citando las normas y la jurisprudencia que consideraba infringidas y dando cumplimiento, así, al nuevo requisito. En ese caso, la entidad recurrente —en palabras del Tribunal Constitucional— «extremó su diligencia» al presentar el escrito de «adecuación» al nuevo requisito y, a pesar de ello, la sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo inadmitió su recurso.

El Pleno del Tribunal Constitucional, en su Sentencia 7/2015, manifiesta que:

[...]a la demandante le había sido imposible cumplir con esas exigencias procesales anteriormente, en tanto que al presentar el escrito de preparación las mismas no eran necesarias, obedeciendo su imposición a un cambio jurisprudencial posterior.

En mi opinión, lo dicho tendría que haber bastado, por sí solo, para que el Tribunal Constitucional hubiera otorgado el amparo a quien vio inadmitido un recurso por no cumplir con un requisito sobrevenido que el propio Tribunal reconoce que era imposible de cumplir en el momento de presentar el escrito de preparación. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional inadmitir un recurso en esas circunstancias no fue ni irracional ni arbitrario. Lo que sí fue irracional, según la sentencia, es que el Tribunal Supremo inadmitiera el recurso sin ponderar las circunstancias concurrentes, a saber: la diligencia con la que actuó la recurrente; la imposibilidad de cumplir con los requisitos procesales en el momento precedente; y la satisfacción de las finalidades del escrito de preparación a través del escrito de adecuación presentando. Por esto último —haber presentado un escrito de «adecuación»— es por lo que se otorgó el amparo en aquel caso, pues, como claramente dice la sentencia, «si no hubiera satisfecho dicha carga procesal, acomodándose al cambio jurisprudencial con la presentación del referido escrito, la conclusión que habríamos alcanzado sería precisamente la contraria, desestimando la invocada vulneración».

Así, pues, ya sabemos lo que no hizo y debería haber hecho la recurrente para obtener el amparo del Tribunal Constitucional en el caso resuelto por la STC 53/2015: cumplir con una «carga procesal», a pesar de que ninguna ley la prevé, ni menos aún la exige, y «adecuarse» a unas reglas que no eran aplicables en el momento en que presentó su escrito de preparación.

El Tribunal Constitucional, como ya he dicho, no considera irracional que el Tribunal Supremo exija cumplir un requisito de imposible cumplimiento, pero, en cambio, impone un estándar de «diligencia extrema» a quien pretende acceder a un recurso previsto en la ley y, a pesar de haber cumplido todas las exigencias que la ley impone, se ve sorprendido con la exigencia de un nuevo requisito que,

visto el estado en el que se encontraba la jurisprudencia en el momento de presentar su escrito de preparación, era de todo menos previsible.

No es de extrañar, por ello, que cuatro de los diez magistrados que integraron el Pleno en aquella ocasión, ya que dos de ellos se habían abstenido, expresaran su discrepancia en el voto particular al que ya me he referido y que, en esencia, fue corroborado por el TEDH en su sentencia de 26 de mayo de 2020. Los argumentos del voto son, fundamentalmente, dos: i) no se puede inadmitir un recurso con base en una causa legalmente inexistente y ii) los cambios de jurisprudencia y su carácter retroactivo no son absolutos.

En relación con el primer argumento, los magistrados discrepantes afirman lo siguiente:

- No corresponde al Tribunal Constitucional revisar la aplicación judicial de las normas sobre admisión de recursos, salvo en los casos de inadmisión declarada con base en una causa legalmente inexistente. «Retengamos esto», añaden, subrayándolo, los magistrados.
- En el presente caso, la inadmisión impugnada se ha basado en una causa legalmente inexistente porque la exigencia de que se citen las normas o la jurisprudencia que se consideren infringidas se establece como requisito del escrito de interposición (art. 92.1 LJCA) y no para el escrito de preparación (art. 89.1 LJCA). Considerar este requisito embebido en los requisitos de forma del escrito de preparación «violenta el texto de la ley».
- La cuestión no reside en que el Tribunal Supremo haya realizado una nueva interpretación de la LJCA, sino en que esta interpretación, al incorporar nuevos requisitos que alteran el sistema establecido por el legislador, conduce a resultados irrazonables que no superan el canon definido por el Tribunal en relación con la inadmisión de los recursos.

Por lo que respecta al segundo argumento, referente a la cuestión de si existen o no límites a la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales, los magistrados manifiestan lo siguiente:

- Los cambios jurisprudenciales están sometidos a las garantías constitucionales no solo en lo que se refiere a la exigencia de motivación, sino también al alcance temporal de las consecuencias que se pueden derivar del nuevo criterio jurisprudencial.
- La jurisprudencia es de aplicación inmediata a todos los casos sometidos a los tribunales a los que la norma sea aplicable por razones temporales, con arreglo a lo que se ha calificado como principio de retroactividad mínima y de la aplicación inmediata del nuevo criterio.
- Sin embargo, la eficacia retroactiva de los cambios de criterio jurisprudencial que se deduce de este principio no es absoluta, pues no puede prevalecer

- cuando implica el sacrificio de derechos o valores que la Constitución protege frente a la aplicación retroactiva de las normas.
- Resulta inadmisibles que aquello que está vedado al legislador y, en general a los poderes públicos (art. 9.3 CE), esté abierto, sin la debida justificación, a la interpretación de la ley por el camino de la evolución de la jurisprudencia con idénticos efectos.
  - La eficacia temporal del cambio de criterio jurisprudencial debe ser templada cuando su aplicación se traduce, en la práctica, en la exigencia de un requisito procesal de carácter formal del que depende la acción o el recurso que no se entendía exigible en el momento de la presentación del escrito correspondiente.
  - Nadie puede ser obligado a cumplir lo que no es exigible y los actos se rigen por las reglas vigentes en el momento de su producción. Por tanto, se vulnera el derecho de acceso a la jurisdicción si se aplica un requisito formal acorde con un cambio de criterio jurisprudencial a actos realizados cuando no existía o no se conocía la nueva doctrina y no habiendo sido posible a la parte ajustarse al nuevo criterio, puesto que no se le concedió oportunidad alguna de subsanación.

Para terminar, advierte con razón el voto particular de los riesgos que podrían derivarse del criterio establecido en la sentencia, pues podría entenderse que los defectos de los escritos de preparación del recurso de casación son subsanables con carácter general, en contra de la jurisprudencia ordinaria y constitucional existente hasta el momento. Por eso, los magistrados discrepantes manifiestan que la diligencia especial que demostró la recurrente no resultaba exigible.

Por el contrario, y como ya sabemos, la mayoría de los magistrados que dictaron la sentencia que desestimó el amparo de la señora Gil Sanjuán consideró que no merecía la estimación de su recurso porque «no procedió del modo expuesto», esto es, porque no completó su escrito de preparación para ajustarlo al nuevo criterio jurisprudencial, «ni siquiera después de que le fuera notificada la providencia mediante la que el Tribunal Supremo abrió el trámite de alegaciones sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisión derivada del defecto advertido». Así, pues, una vez más, la culpa la tuvo la recurrente y, sobre todo, su abogado, por no subsanar o adecuar su escrito de preparación.

Llegados a este punto, todas las vías judiciales internas habían quedado agotadas y todas habían resultado igualmente inútiles para obtener la tutela de su derecho de acceso al recurso. Quedaba todavía una última posibilidad y la recurrente quiso agotarla. Acudió, entonces, al TEDH y este, como ya sabemos, le dio la razón, declarando que el Tribunal Supremo, al inadmitir su recurso de casación, había violado el art. 6 del Convenio. Con ello, la última palabra en este lamen-

table asunto, que el magistrado J. R. Chaves ha calificado de «culebrón mezclado con la tragedia», la ha dicho, afortunadamente, Estrasburgo<sup>10</sup>.

### 3. EL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO DICE LA ÚLTIMA PALABRA

Aunque es verdad que, en circunstancias normales, el Tribunal Supremo tiene la última palabra sobre la inadmisión de los recursos de casación, no debe ser así, en mi opinión, cuando se dan las condiciones que se dieron en este caso, es decir, cuando la inadmisión se basa en una causa que no está en la ley y que, además, es el resultado de un cambio jurisprudencial imprevisible y sobrevenido, que se aplica a actuaciones procesales realizadas con anterioridad, sin dar al recurrente la posibilidad de cumplir «la nueva exigencia» que el Tribunal «ha incorporado» *a posteriori*. Y cuando el Tribunal Constitucional, con la excepción de los magistrados antes citados, considera que esa decisión no es irracional, sino que está dentro del ejercicio legítimo de la potestad del Tribunal Supremo, tampoco debería ser la suya la última palabra en el asunto. En este caso, esa última palabra la ha pronunciado el TEDH en la sentencia cuyo contenido paso a exponer ahora.

#### 3.1. Los términos en los que quedó fijado el debate en el proceso ante el TEDH

En el proceso seguido ante el TEDH la parte demandante alegó que, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo, cuando presentó su escrito de preparación del recurso, no solamente no existía el requisito de indicar las normas y jurisprudencia que se consideraban infringidas, sino que, además, no era previsible que existiera. Asimismo expuso que el Tribunal Supremo inadmitió su recurso sin tener en cuenta las circunstancias del caso, particularmente el hecho de que su demanda solo hubiera sido examinada por una instancia judicial, en un asunto que afectaba a su derecho a la propiedad. Además, concluía la demandante, no se le había dado la oportunidad de subsanar las posibles deficiencias que pudieran atribuirse al escrito de preparación, como consecuencia de los nuevos criterios, ya que lo que el Tribunal Supremo le dio fue un trámite de audiencia para que alegara sobre la posible existencia de motivos de inadmisibilidad, pero no un plazo para que pudiera subsanar esos defectos sobrevenidos.

Por su parte, el Gobierno argumentó que el criterio del Tribunal Supremo requiriendo que el escrito de preparación contuviese una exposición sucinta de las normas o jurisprudencia supuestamente infringidas

<sup>10</sup> J. R. Chaves, «Estrasburgo frena el formalismo y la retroactividad de los requisitos procesales», en *delJusticia.com*. El magistrado afirma que hay casos judiciales que se presentan como culebrones mezclados con la tragedia, que pueden tener un final feliz de la mano del TEDH.



[...]no era arbitrario o irrazonable, y era además previsible a la vista de la evolución jurisprudencial en este sentido, que era más rigurosa cuando se trataba de interpretar los requisitos de forma del recurso de casación. Dicha interpretación resultaba de la lectura combinada de las disposiciones legales relevantes, y en consecuencia estaba prevista por la ley (apdo. 27)<sup>11</sup>.

Sorprende la rotundidad de las expresiones de la Abogacía del Estado si se tienen en cuenta las dos circunstancias siguientes: por un lado, que el Auto que, por primera vez, estableció el nuevo requisito e inadmitió, por no haberlo cumplido, un recurso de casación que se presentó cuando dicho requisito no se exigía, se dictó en un caso en el que fue la Abogacía del Estado la que, según el Tribunal Supremo, había formulado «defectuosamente» el escrito de preparación. Por otro lado, en el caso resuelto por la STC 7/2015, la Abogacía del Estado solicitó que se otorgase el amparo a la entidad demandante, argumentando que:

[...]la aplicación retrospectiva o retroactiva de la máxima jurisprudencial contenida en el Auto de 10 de febrero de 2011, inexistente cuando se presentó el escrito de preparación del recurso de casación, para inadmitir el recurso precisamente porque no se preparó conforme a ella, supone imponer retroactivamente un novedoso régimen procesal desfavorable a la realización de un acto procesal totalmente concluido que vulnera el art. 24.1 CE en su vertiente de acceso a los recursos.

Y, en el propio recurso de amparo de la señora Gil Sanjuán —resuelto por la STC 53/2015—, si bien es cierto que el abogado del Estado solicitó que «se dictara sentencia con arreglo a Derecho», calificó de irrazonable «exigir, para la realización de un acto procesal agotado, el cumplimiento de unos requisitos de forma que razonablemente no se conocían en el momento en que se efectuó dicho acto procesal, provocando así una violación del derecho de acceso al recurso».

Puede resultar comprensible que, ante el TEDH, dada su posición procesal de parte demandada, la Abogacía del Estado dijese que la exigencia con carácter retroactivo del nuevo requisito de admisibilidad no era ni arbitraria ni irrazonable y, además, era previsible. Lo que me resulta más difícil de entender es que dijese que el Tribunal Supremo «concedió a la demandante un plazo de diez días para formular alegaciones, y en consecuencia se le había ofrecido la oportunidad de subsanar dichos defectos, pero en su lugar la demandante insistió en que debería haberse admitido el escrito de preparación presentado» (apdo. 28). Y que, además, reiterase que «esta fase procedimental le había proporcionado a la demandante la posibilidad de subsanar los defectos en su escrito de preparación» (apdo. 28). Sorprende todo ello porque no es cierto que el Tribunal Supremo diese a la recurrente la posibilidad de subsanar. Primero, porque subsanar, en estos casos,

---

<sup>11</sup> Cito la versión de la sentencia traducida por el Ministerio de Justicia. La versión original está en inglés. Para acceder a ambas versiones: [https://hudoc.echr.coe.int/spa#{"ite-mid":\["001-202539"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/spa#{).

no es posible, como reconoce la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional y, segundo, porque lo que el Tribunal Supremo concedió a la parte fue un trámite para «alegar» sobre si concurría o no una causa de inadmisibilidad. ¿Cómo puede decirse, entonces, que el Tribunal Supremo dio a la recurrente la oportunidad de subsanar? Es más, aunque hubiera sido posible subsanar, que no lo era, ¿para qué iba a darle el Tribunal Supremo un trámite de subsanación a la demandante si el supuesto defecto —no citar las normas y la jurisprudencia que se consideran infringidas— ya había quedado «subsano», dado que en el escrito de interposición, que ya estaba presentado en el Tribunal Supremo cuando se abrió el trámite de inadmisión, no solo se citaban las normas y la jurisprudencia, sino que es de suponer que estarían desarrolladas, como corresponde a los escritos de interposición de los recursos de casación?

Al TEDH no le convenció, en absoluto, el argumento del Gobierno y lo rechazó en los términos siguientes:

El Tribunal Supremo en ningún momento (implícita o explícitamente) requirió o invitó a la demandante a subsanar cualquier posible defecto surgido en el escrito de preparación como resultado de los nuevos criterios. Mediante Auto de 28 de octubre de 2011, se le concedió un plazo para formular alegaciones sobre la posible existencia de ciertos motivos de inadmisión en el escrito de preparación. Así lo confirma el hecho de que el Tribunal Supremo no reprochó a la demandante la falta de subsanación del escrito de preparación, ni en su Auto de 9 de febrero de 2012 inadmitiendo el recurso de casación de la demandante, ni en su Auto de 13 de septiembre de 2012 desestimando el incidente de nulidad interpuesto por aquella. [...]. Lo que resulta coherente con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, que ha reiterado que cualquier defecto en el escrito de preparación como resultado de un incumplimiento de los requisitos de forma establecidos en el art. 89.1 de la Ley 29/1998 no podía ser subsanado, y que el plazo previsto en el art. 93.3 de la citada Ley para formular alegaciones ofrecía a los recurrentes la posibilidad de oponerse a los posibles motivos de inadmisión del escrito de preparación o del recurso de casación, y por tanto no constituía un trámite procedimental para subsanar posibles defectos u omisiones que afectasen a dicha presentación (apdo. 41).

Para el TEDH, como veremos en el epígrafe siguiente, el hecho de no haber dado a la recurrente la oportunidad de cumplir un requisito que no podía haber cumplido en el momento de presentar su recurso fue un elemento definitivo para estimar la demanda.

### 3.2. *Los principios generales de los que parte el TEDH para aplicarlos al caso concreto*

El TEDH empieza por reiterar los principios generales sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, contenidos en su Sentencia de 5 de abril de 2018, *Zubac contra Croacia*, exponiéndolos en los apdos. 30 y 31 de su sentencia en los siguientes términos:

- El art. 6 del Convenio no obliga a los Estados a establecer tribunales de apelación o de casación, pero cuando tales tribunales existan deben respetarse las garantías del citado precepto, en el sentido de garantizar un derecho efectivo a la tutela judicial. No obstante, las condiciones para admitir un recurso de casación pueden ser más estrictas que las de un recurso ordinario.
- El formalismo excesivo puede ir en contra de la exigencia de garantizar un derecho a la tutela judicial efectiva de forma práctica y eficaz con arreglo al art. 6.1 del Convenio, y esto suele ocurrir en los casos en los que «se establece una norma procesal particularmente exigente», que impide que la acción de un demandante sea examinada en cuanto al fondo.
- El análisis de una queja por exceso de formalismo será, por lo general, el resultado de un examen del asunto en su conjunto, considerando las circunstancias particulares del caso.
- La seguridad jurídica y la adecuada administración de la justicia son dos elementos esenciales para diferenciar entre un excesivo formalismo y una aplicación tolerable de las formalidades procesales.
- El derecho a la tutela judicial efectiva se vulnera cuando las normas dejan de servir a los fines de la seguridad jurídica y de una adecuada administración de la justicia, y pasan a formar una especie de barrera que impide al recurrente que su caso sea resuelto en cuanto al fondo por el órgano jurisdiccional competente.

Conviene aclarar que, en contra de lo que podría parecer a la luz de la literalidad de algunas expresiones empleadas en la sentencia, el TEDH no está reduciendo el problema del excesivo formalismo al establecimiento de «normas procesales particularmente exigentes», sino que, para el Tribunal, el excesivo formalismo puede estar tanto en la norma en sí como en su interpretación y aplicación por los órganos judiciales. Así lo pondría de manifiesto el hecho de que, en la versión original de la Sentencia, se hable de «a *particularly strict construction* of a procedural *rule*», en lugar de, como se hace en la traducción española, «los asuntos en los que se establece una norma procesal particularmente exigente». Y esto es importante, en mi opinión, porque en el caso examinado, y aunque como ya he advertido, el TEDH no le haya dado la trascendencia que en mi opinión tiene, el problema no estaba en la norma, que era clarísima, sino en que el Tribunal Supremo, como con toda razón se dice en el voto particular a la STC 7/2015, «violó el texto de la ley». Siendo así, en mi opinión, más que en un exceso de formalismo, en lo que incurrió nuestro Tribunal Supremo fue en el más grave de los «antiformalismos», al exigir un requisito que no estaba previsto en la ley. De «formalismo excesivo» cabría calificar el hecho de inadmitir un recurso con el argumento de que en el escrito de preparación no estaban citadas las normas y la jurisprudencia infringidas, cuando el Tribunal Supremo tenía ya el escrito de interposición, en el que sí estaban citadas. Eso sería excesivo formalismo; pero exigir un requisito que no está en la ley y exigirlo de manera inmediata, a partir

del momento en que el Tribunal lo «incorpora», a escritos presentados anteriormente, sin dar al recurrente un trámite para que lo cumpla, más que de exceso de formalismo, creo que debería calificarse de arbitrariedad.

3.3. *La aplicación al caso de estos principios y los argumentos que llevaron al TEDH a estimar la demanda de la señora Gil Sanjuán y a declarar que se había producido una vulneración del art. 6 del Convenio*

El Tribunal de Estrasburgo comienza por resumir lo que había ocurrido con el recurso de casación de la demandante, subrayando que dicho recurso fue inadmitido debido al incumplimiento de unos «nuevos criterios» que incorporaron «nuevos requisitos», «y aun cuando el art. 89.1 de la Ley 29/1998 no establecía expresamente una relación de requisitos de forma que debía cumplir el escrito de preparación», y a pesar de que fueron establecidos en una decisión —la de 10 de febrero de 2011— que fue dictada después de que la demandante hubiera presentado tanto el escrito de preparación como su recurso de casación (apdo. 32).

A continuación, el Tribunal enumera los casos en los que, con anterioridad, se habían presentado demandas contra España, basadas en la inadmisión de recursos de casación por incumplimiento de los requisitos formales exigibles al escrito de preparación de los mismos, y especifica que todos esos casos «están relacionados con la (especialmente exigente) interpretación o aplicación por parte del Tribunal Supremo de los requisitos de admisión del escrito de preparación del recurso de casación legalmente establecidos» (apdos. 34 y 35). A la vista de ello, podríamos decir que, en materia de inadmisión de recursos de casación por parte del Tribunal Supremo español, con base en una interpretación particularmente estricta de los requisitos formales, en Estrasburgo llovía sobre mojado.

No obstante, en el caso de la señora Gil Sanjuán, la cuestión planteada no era exactamente la misma que se había suscitado en los supuestos anteriores, pues, como el propio Tribunal explica, su caso planteaba «cuestiones respecto a la aplicación retroactiva de nuevos criterios en relación con la admisión y requisitos de forma de un escrito de preparación del recurso de casación establecidos por el Tribunal Supremo después de la fecha de remisión del escrito de preparación y de interposición del recurso de casación por parte de la demandante» (apdo. 35). De acuerdo con ello, entiende el Tribunal que lo que estaba en juego, en este caso, era el principio de seguridad jurídica, y que «no se trataba simplemente de un problema de interpretación de una norma, en la forma habitual, sino más bien de una interpretación poco razonable de un requisito procedimental que impide el examen de una queja en cuanto al fondo» (apdo. 36). No obstante, en la versión original de la sentencia, en inglés, lo que dice el Tribunal no es exactamente eso y conviene, por ello, transcribir el párrafo en cuestión en la lengua original:

[...]the issues raised by the present case concern the principle of legal certainty. They do not merely involve a problema of interpretation of a legal provision in the usual way but rather an unreasonable construction of a procedural requirement which prevented a claim from being examine don the merits.

En mi opinión, esta afirmación del Tribunal es muy importante puesto que distingue entre «interpretar» una norma «en la forma habitual» y «construir irrazonablemente» un requisito procesal. Con ello creo que el Tribunal está confrontando la legítima función de interpretar el derecho con la de «crear» el derecho de forma irrazonable, es decir, construyendo un requisito que no puede extraerse de la norma aplicable al caso.

Pese a la importancia que, en el caso planteado, tiene esa distinción, ya que el requisito de que se trata no estaba en la ley, el Tribunal no extrae de ella particulares consecuencias, sino que considera que lo que tiene que valorar para dar respuesta a la demanda es: (i) si los nuevos criterios eran previsibles; (ii) si la demandante tuvo la oportunidad de subsanar los posibles defectos surgidos como consecuencia de los nuevos criterios; y (iii) si se puede considerar que la decisión del Tribunal Supremo inadmitiendo su recurso de casación supuso «excesivo formalismo» (apdo. 37).

Con este planteamiento, en mi opinión, el Tribunal abandona el criterio que acababa de formular, referido a la «construcción irrazonable» de un requisito procesal que excedería de la interpretación de la norma en la forma habitual, para acogerse al criterio del «excesivo formalismo» en la aplicación de la norma. En mi opinión, se trata de dos criterios muy distintos y, en el caso planteado, el problema, como acertadamente dijo el propio Tribunal, no era simplemente de interpretación de la norma (en la forma habitual), sino de «construcción» —o, lo que es lo mismo, creación— irrazonable de una regla y su aplicación al caso con efecto retroactivo. Sin embargo, como ya he dicho, el TEDH construyó su sentencia y estimó la demanda a partir del «excesivo formalismo» en la aplicación de la norma. Así queda puesto de manifiesto en el párrafo siguiente:

Este Tribunal estima que la decisión del Tribunal Supremo de inadmitir el recurso de casación de la demandante equivalía a un excesivo formalismo que implicaba una aplicación poco razonable y particularmente exigente de las normas procedimentales que restringía injustificadamente su derecho a la tutela judicial efectiva (apdo. 45).

Los fundamentos de derecho sobre los que se asienta esta conclusión son, resumidamente expuestos, los siguientes:

- La tutela judicial efectiva exige que las disposiciones legales y la jurisprudencia, en especial en lo que respecta a las normas sobre la forma, los plazos y la prescripción, sean accesibles, claras y previsibles (apdo. 38).

- Los nuevos criterios en los que el Tribunal Supremo basó su inadmisión no eran previsibles ni coherentes con la jurisprudencia existente en el momento en que la demandante presentó tanto su escrito de preparación como su recurso de casación (apdo. 39).

Para realizar esta afirmación, el Tribunal de Estrasburgo tiene muy en cuenta la secuencia temporal de los cambios jurisprudenciales, que ya conocemos, y atribuye mucha importancia, como no podía ser de otra manera, al hecho de que el Tribunal Supremo, menos de un mes antes de que la demandante presentara su escrito de preparación del recurso, hubiera establecido, en su auto de 14 de octubre de 2010, unos criterios que tenían por objeto aclarar la jurisprudencia relativa a los requisitos formales del escrito de preparación, con la particularidad de que el Tribunal Supremo «hizo hincapié» en la necesidad de corregir las incoherencias de su propia jurisprudencia. Si a todo ello se añade, como afirma el TEDH, que los criterios establecidos menos de un mes antes de que la demandante presentara su escrito, fueron posteriormente confirmados por varias decisiones, algunas, incluso, dictadas después de que hubiera presentado su escrito de preparación, la conclusión es que en el momento en que lo presentó «no había indicios de ninguna evolución jurisprudencial perceptible que se separara de los criterios establecidos en los Autos del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2010. Por lo tanto, la demandante no tenía motivos para creer que el Tribunal Supremo se apartaría de su jurisprudencia anterior» (apdo. 39).

- La aplicación retroactiva de unos requisitos formales que no existían en el momento en que la demandante presentó su escrito y que el Tribunal desarrolló después, obliga a preguntarse si la demandante tuvo la oportunidad de subsanar los posibles defectos surgidos como resultado de los nuevos criterios, cuestión respecto de la cual —señala el Tribunal— las partes discrepan sobre si la demandante tuvo tal oportunidad o no (apdo. 40). Frente a la afirmación del Gobierno, afirmando que el Tribunal Supremo sí había dado dicha oportunidad a la demandante, la respuesta del TEDH, como ya sabemos, fue contundente: «[...]el Tribunal Supremo en ningún momento (implícita o expresamente) requirió o invitó a la demandante a subsanar cualquier posible defecto surgido en el escrito de preparación del recurso como resultado de los nuevos criterios» (apdo. 41). Basándose en esto, concluye que «[...]el Tribunal Supremo aplicó la nueva interpretación de los requisitos formales de un escrito de preparación con carácter retroactivo y automático, sin ofrecer a la demandante la posibilidad de subsanar cualquier nuevo defecto, independientemente de las consecuencias para su derecho a obtener una resolución en cuanto al fondo» (apdo. 42).
- Los órganos jurisdiccionales nacionales, en particular el Supremo, no determinaron el incumplimiento de los requisitos atendiendo a «la interpretación jurisprudencial existente en el momento de su presentación» (apdo. 43).

De esta última frase se deduce, a *sensu contrario*, lo que, en mi opinión, es una obviedad: el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad debe examinarse a la luz de las reglas que resulten de aplicación en el momento de presentar los recursos y no de las que resulten de aplicación en el momento de su admisión o inadmisión. De ahí que el Tribunal de Estrasburgo rechace, con contundencia, la idea de que la demandante hubiera incurrido en negligencia alguna:

No puede decirse que la demandante o su representante legal actuaran de forma negligente o se equivocaran al interponer el recurso, o que no mostraran la diligencia necesaria para llevar a cabo las acciones procedimentales pertinentes. Es por ello que el Tribunal dictamina que la demandante no debe soportar las consecuencias negativas de la aplicación de los nuevos criterios del Tribunal Supremo en un procedimiento pendiente que provocaron la denegación de tutela por parte del Tribunal Supremo (apdo. 43).

Con lo dicho era suficiente, en mi opinión, para dictar el fallo que el Tribunal de Estrasburgo dictó y que ya conocemos. De hecho, así llega, incluso, a reconocerlo al manifestar que esas consideraciones:

[...]son suficientes para que el Tribunal pueda concluir que la incertidumbre en el requisito procesal aplicado con carácter retroactivo en el procedimiento pendiente de la demandante, sin que se le ofreciera la posibilidad de subsanar cualquier nuevo defecto surgido en su escrito de preparación del recurso de casación, limitó su derecho a la tutela judicial efectiva hasta el punto que se vio afectada la esencia misma esencia de ese derecho (apdo. 44).

Sin embargo, el Tribunal todavía considera oportuno hacer dos últimas consideraciones que me parecen muy importantes. La primera es que la pretensión de la demandante fue examinada por una sola instancia jurisdiccional; y la segunda que el recurso de la demandante se inadmitió porque no había indicado en su escrito de preparación las normas o jurisprudencias supuestamente infringidas, cuando esa información debía incluirse en el recurso de casación o, más precisamente, en el escrito de interposición, que ya había recibido el Tribunal Supremo. Es decir, que asumiendo que cumplió con este requisito, pues de no haber sido así el Tribunal Supremo hubiera inadmitido su recurso con base en dicho incumplimiento, la demandante quedó privada de su derecho al recurso por no haber dicho en su escrito de preparación algo que, aunque hubiese tenido que decir, que no es el caso, ya estaba dicho en su escrito de interposición que ya tenía el Tribunal Supremo en el momento en que le dio trámite para alegar sobre la posible existencia de una causa de inadmisión. Esto, según el Tribunal de Estrasburgo, constituye «un excesivo formalismo» que implica «una aplicación poco razonable y particularmente exigente de las normas procedimentales que restringía injustificadamente su derecho a la tutela judicial efectiva» (apdo. 45). En consecuencia, el Tribunal declara la vulneración del art. 6.1 del Convenio (apdo. 46).



Me pregunto cuántas veces hubiera tenido que decir lo mismo el Tribunal de Estrasburgo si todas las personas —que fueron muchísimas— cuyos recursos de casación fueron inadmitidos como consecuencia de la aplicación del nuevo criterio establecido en el auto del 10 de enero de 2011 hubieran presentando una demanda ante el TEDH. Pero, por lo que puede saberse hasta ahora, solo la señora Gil Sanjuán terminó planteando su asunto ante el Tribunal de Estrasburgo, lo que no debería extrañarnos dado que el camino que hay que recorrer para ello es largo, costoso y está lleno de sinsabores.

Se me dirá que, como enseña el refrán, quien algo quiere, algo le cuesta y, ciertamente, así es. Pero lo que quiero poner de manifiesto con mi reflexión acerca del escasísimo número de ciudadanos cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados que termina su «peregrinaje» judicial con una demanda ante el TEDH es que, de alguna manera, ese hecho acaba formando también parte del sistema porque, en definitiva, facilita o, al menos, no dificulta que los tribunales puedan adoptar decisiones como la que se adoptó en este caso, en la confianza o casi seguridad de que solo un porcentaje muy pequeño de los «damnificados» plantearán un recurso de amparo y, no digamos, una demanda en Estrasburgo.

#### 4. LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DEL TEDH Y LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN DE LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA DEMANDANTE

Hasta hace muy poco tiempo, obtener una sentencia favorable en Estrasburgo, en un caso de las características del que aquí estamos estudiando, solo hubiera supuesto para la demandante el derecho a obtener una indemnización que, a juzgar por la práctica seguida por este tribunal, incluida esta misma sentencia, probablemente hubiera tenido más de simbólica que de reparadora. Sin embargo, partir de 2015, y tras una reforma del art. 102 de la LJCA<sup>12</sup>, se añadió un supuesto más al recurso de revisión, estableciendo ahora su apartado segundo lo siguiente:

Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

<sup>12</sup> Disposición final 3.3 de la Ley Orgánica 7/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.



A la vista de esto, el Tribunal de Estrasburgo considera que la forma más adecuada de compensar a la demandante sería colocarla en la situación en la que hubiera estado si su derecho a la tutela judicial efectiva no se hubiera vulnerado y, por tanto, lo que corresponde es «reabrir» el procedimiento, si la demandante así lo solicita, esto es, dicho con otras palabras, admitir su recurso de casación, si así lo solicita y siempre que, como todo parece indicar que así lo hizo, hubiera cumplido el resto de los requisitos exigibles, de acuerdo con la ley, en el momento de la presentación de sus escritos.

Además de ello, considera el Tribunal que la demandante «debe haber sufrido cierta angustia» que no puede ser compensada por la mera constatación de que ha sufrido una vulneración de su derecho fundamental o con la admisión de su recurso. En consecuencia, el TEDH le otorga una indemnización de 9600 euros en concepto de daños morales, más 10000 euros por los gastos y costas satisfechos en las distintas instancias judiciales.

No sabemos hasta qué punto la demandante, que vio afectado su derecho de propiedad por un acto administrativo dictado en 2007 y pretendió defenderlo, en 2010, ante el Tribunal Supremo, mediante un recurso al que tenía derecho, habrá visto o no verdaderamente compensados los daños sufridos durante todos estos años, sobre todo teniendo en cuenta que, ahora, tendrá que interponer un recurso de revisión si quiere que su casación sea finalmente admitida por el Tribunal Supremo. Lo que sí es seguro es que, gracias a su perseverancia, el Tribunal de Estrasburgo, en sentido opuesto a lo que antes habían resuelto el Tribunal Supremo —por dos veces consecutivas— y el Tribunal Constitucional, le ha dado la razón declarando que su derecho a la tutela judicial efectiva ha sido vulnerado, y subrayando que ni ella ni su representante legal actuaron negligentemente ni cometieron error alguno. Quizá «el error» lo cometieron otros.

### III. REFLEXIÓN FINAL EN TORNO A DOS CUESTIONES DE CARÁCTER GENERAL: LAS CONSECUENCIAS DE LA INADMISIÓN INDEBIDA DE UN RECURSO DE CASACIÓN EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA DE RECURSOS Y LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES

#### 1. LAS CONSECUENCIAS DE LA INADMISIÓN INDEBIDA DE UN RECURSO DE CASACIÓN EN NUESTRO ACTUAL SISTEMA DE RECURSOS

El caso aquí analizado, y el de tantos otros recursos de casación que, en su día, fueron inadmitidos por idénticas razones, ha puesto de manifiesto algo que debería ser obvio: *nadie puede ser privado de su derecho fundamental a los recursos previstos en la ley si, en el momento en que presenta su recurso, cumple con todos los requisitos que en dicho momento son exigibles*. Por eso, en la sentencia que he comentado, el TEDH concluye que el Tribunal Supremo español violó el art. 6.1

del Convenio por haber exigido a la demandante el cumplimiento de un requisito nuevo, sin darle la oportunidad de cumplirlo en el único momento en que hubiera podido hacerlo, es decir, una vez que el Tribunal le hizo saber que había cambiado su jurisprudencia interpretando que lo que, a lo largo de doce años de aplicación de la LJCA, no había considerado exigible, ahora sí lo era.

Lo que sucedió entonces fue muy grave y no lo describiré con mis propias palabras, sino con las de los cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que firmaron el voto particular a la Sentencia 7/2015. Según ellos, en opinión que comparto, el Tribunal Supremo «violentó» el texto de la ley al considerar que el requisito de citar las normas y la jurisprudencia infringidas, en el escrito de preparación del recurso, estaba incluido en el art. 89.1 de la LJCA. Con esto, y como también dicen los magistrados, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación basándose en «una causa que debe considerarse legalmente inexistente». No se puede decir más claro: aquellos recursos de casación fueron inadmitidos por una causa que no estaba prevista en la ley.

Por si fuera poco, y como ya sabemos, los recurrentes no pudieron «remediar» la situación a la que el Tribunal Supremo los había llevado al exigirles, con carácter retroactivo, un criterio nuevo y legalmente inexistente, ya que ni el Tribunal les dio la oportunidad para ello, ni la ley preveía forma alguna para hacerlo. Por eso, la sentencia que he comentado ha dado tanta importancia al hecho de que el Tribunal Supremo exigiera a la demandante cumplir *en un momento ya pasado* un requisito *establecido a posteriori*, sin darle la posibilidad de poder cumplirlo una vez que había sido establecido. Y es lógico que el TEDH haya llegado a esa conclusión porque, por continuar diciéndolo con las palabras del voto particular ya citado, nadie puede ser obligado a lo imposible.

La gravedad de una decisión como la adoptada por el Tribunal Supremo se acentúa, como muy bien ha querido subrayar el TEDH, en un caso en el que solo había una instancia jurisdiccional, lo que supuso que la demandante, a pesar de haber cumplido todos los requisitos exigidos por la ley para acceder al recurso de casación, se viese privada de defender, ante el Tribunal Supremo, su derecho de propiedad y otros de naturaleza procesal cuya vulneración había planteado en su recurso. En otro lugar me he referido a cómo, transcurridos más de cuarenta años desde que se aprobó la Constitución, la tutela judicial de los derechos de los ciudadanos no se encuentra en su mejor momento en nuestro país. Esto es debido a la conjunción de una serie de circunstancias que, quizá, una o, incluso, hasta dos por separado no hubieran producido el efecto que acabo de describir, pero todas juntas han abocado, irremediablemente, a una pérdida drástica en el nivel de protección efectiva de los derechos de los ciudadanos<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> «La tutela de los derechos fundamentales en España tras la reforma del recurso de amparo y del recurso de casación» (en prensa), en *La Administración pública en el Estado social y democrático de Derecho*, IX Jornadas de Derecho Administrativo y Público general, celebradas en Santo Domingo (República Dominicana, 6-9 de noviembre de 2018).

Las circunstancias a las que me refiero son, resumidamente expuestas, las siguientes: en primer lugar, en el ámbito del contencioso-administrativo, incluido el sancionador, no está garantizada la doble instancia judicial, lo cual ha merecido, recientemente, una condena a España por parte del TEDH<sup>14</sup>; en segundo lugar, el incidente de nulidad de actuaciones, previsto para los casos en los que las posibles vulneraciones de derechos fundamentales se producen en una resolución contra la que no cabe recurso alguno, se resuelve por el mismo órgano que supuestamente las ha cometido, por lo que resulta ser un instrumento de escasísima utilidad; en tercer lugar, el recurso de casación es, en la actualidad, un recurso extraordinario de carácter predominantemente objetivo, al que solo puede accederse si la cuestión que plantea tiene interés casacional para la formación de la jurisprudencia. En cuarto y último lugar, el recurso de amparo que la Constitución prevé para la tutela de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional —ciertamente, no para todos los casos, sino «en su caso», como dice el art. 53.2 CE— es también un recurso objetivo y todavía más extraordinario que el de casación, que solo será admitido si presenta especial trascendencia constitucional para la interpretación y general eficacia de la Constitución.

Todas estas circunstancias juntas, puesta una detrás de otra por obra de las sucesivas reformas legislativas, hacen que, a día de hoy, los ciudadanos estemos menos protegidos frente a posibles vulneraciones de nuestros derechos por parte de los órganos judiciales, mientras que los órganos judiciales están más «blindados» frente a las posibles decisiones arbitrarias que puedan llegar a adoptar, que si bien es cierto no son habituales en nuestros órganos judiciales, no puede negarse que las haya.

## 2. LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LOS CAMBIOS JURISPRUDENCIALES

Más allá del supuesto analizado en la sentencia del TEDH y de las circunstancias concretas que se dieron en ese caso y en otros muchos sustancialmente idénticos, la actuación del Tribunal Supremo puso sobre la mesa una cuestión de alcance general y de enorme complejidad: ¿se puede aplicar un cambio jurisprudencial con carácter retroactivo?

La respuesta que el TEDH ha dado a esta pregunta, en el caso resuelto por la sentencia que aquí he comentado, ha sido muy clara: no se puede aplicar retroactivamente un cambio jurisprudencial, consistente en exigir un requisito nuevo, sin dar al afectado la oportunidad de cumplirlo.

---

<sup>14</sup> STEDH de 30 de junio de 2020, asunto *Saqueti Iglesias c. España* (demanda 50514/13). Véase Cobreros Mendazona (2020), «El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional», RVAP, 118, págs. 17-48 y el comentario de B. Lozano Cutanda a esta Sentencia publicado en este mismo número de la RAP.

Una respuesta igualmente clara y más interesante aún, en mi opinión, por tener un mayor alcance en relación con la cuestión planteada, fue la del voto particular emitido en la STC 7/2015. Allí se dijo, como ya sabemos, que la eficacia retroactiva de los cambios de jurisprudencia no es absoluta, ya que no puede prevalecer cuando implica el sacrificio de los derechos o valores que la Constitución protege frente a la aplicación retroactiva de las normas. Resultaría inadmisibles —se dice en el voto— que aquello que está vedado al legislador y, en general, a los poderes públicos, por el art. 9.3 CE, «estuviera abierto, sin la debida justificación, a la interpretación de la ley por el camino de la evolución de la jurisprudencia con idénticos efectos».

Comparto plenamente estas afirmaciones y, aunque no pretendo profundizar sobre una cuestión tan importante y compleja como es la de los cambios jurisprudenciales y su alcance temporal, terminaré, no obstante, exponiendo cuál es mi opinión al respecto, pues en un trabajo de estas características no podría dejar de hacerlo, aunque ello no constituya, obviamente, el objeto del mismo.

### 2.1. *La exigencia de una motivación reforzada*

A la vista de lo que sucedió en el caso aquí comentado, convendría empezar por distinguir, aunque no siempre sea fácil, entre lo que es cambiar de criterio al interpretar una norma y lo que es «crear» —judicialmente— una norma en contra de lo que dice la norma, por mucho que con ello, además, se esté cambiando el criterio con el que se venía aplicando dicha norma durante un dilatado periodo de tiempo. En mi opinión, en el primer caso, si la decisión judicial no traspasa los límites del espacio que corresponde en sentido estricto a la interpretación del derecho («la interpretación de una disposición de la manera habitual» de la que habla el TEDH), estaremos ante un problema de seguridad jurídica y de confianza legítima, mientras que, en el segundo caso, estaremos ante un problema de arbitrariedad y de vulneración del principio de división de poderes, pues el poder judicial no solo se habrá puesto en el lugar del legislador, reescribiendo la ley en contra de la letra de la ley, sino que, además, habrá ido mucho más lejos de lo que el legislador puede ir (art. 9.3 CE) si aplica retroactivamente, y en sentido restrictivo para los derechos, la regla de creación jurisprudencial. Por eso creo que, en la primera hipótesis, la cuestión a resolver es la de si la nueva interpretación del derecho puede o no aplicarse a situaciones consolidadas en el pasado (por ejemplo, un recurso ya presentado), pero en la segunda, en mi opinión, esa disyuntiva ya ni se plantea porque sencillamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) prohíbe que los tribunales “hagan” la ley, en contra de la letra de la ley y, además, pretendan aplicarla con efecto retroactivo y sin una publicación oficial previa que garantice su general conocimiento por los ciudadanos.

Dicho esto, partiendo de que se trate de un cambio jurisprudencial, en sentido estricto, es decir, de un cambio en la forma de interpretar una norma, pero

sin el añadido de violentarla, la primera exigencia que debe cumplir el órgano judicial es la de motivar ese cambio, ya que si bien es cierto que no existe un derecho adquirido a que la jurisprudencia se mantenga inalterable y que, antes al contrario, es de la propia esencia del derecho que su interpretación evolucione con los cambios de la sociedad, la seguridad jurídica exige que esos cambios se expliquen y sean racionales, de forma que quede descartado que el cambio en la interpretación de la ley obedezca a una decisión arbitraria del órgano judicial.

El problema no está, sin embargo, en la exigencia de motivación del cambio jurisprudencial, que creo que nadie pone en duda, sino en algo más complejo; a saber: si un cambio de jurisprudencia, cuando la misma puede considerarse consolidada, es decir, mantenida durante un largo período de tiempo, exige o no una motivación especial o, en otras palabras, si en esos casos resulta exigible al órgano judicial una motivación reforzada. Así lo ha defendido, por ejemplo, V. Farreres Comella en un artículo, publicado en *El País*, a propósito del asunto del impuesto de actos jurídicos documentados sobre las hipotecas:

[...]cuando la jurisprudencia se ha afianzado de manera rotunda en un espacio temporal tan amplio, existe una presunción a favor de su continuidad. Ello es así, a fin de preservar la seguridad jurídica y la igualdad. La carga argumentativa recae sobre quienes afirman que esa jurisprudencia es errónea. Para satisfacer esta carga, no basta con exponer las razones por las que se estima que el nuevo criterio es preferible al anterior. Se exige algo más: esas razones deben ser muy convincentes, hasta el punto de derrotar las razones que apuntan en la dirección de mantener la jurisprudencia consolidada, por la necesidad de proteger la seguridad y la igualdad ya mencionadas<sup>15</sup>.

El propio Tribunal Supremo, en sus Sentencias 1669/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, dictadas por el Pleno, precisamente, en el asunto al que se refería en su artículo el autor antes citado, ha exigido, para los cambios jurisprudenciales, cuando se trata de una jurisprudencia consolidada, una motivación y justificación reforzada o especial:

[...]la noción de jurisprudencia está estrechamente asociada a su continuidad por encima de la composición personal de los órganos judiciales y de eventuales cambios de criterio que se funden exclusivamente en la modificación de dicha composición. Sólo así, además, queda debidamente asegurado el respeto al principio de seguridad jurídica y la confianza legítima de todos los operadores jurídicos en la estabilidad de un marco normativo y de decisión judicial que la asegure. *La modificación de una jurisprudencia requiere evidentemente una motivación suficiente y expresa, pero debe estar además justificada, tanto más cuanto más consolidada sea, en razones jurídicas relevantes que vayan más allá del criterio jurídico personal de los magistrados que integran un órgano judicial colegiado.* Como es evidente, esto no

<sup>15</sup> V. Farreres Comella (2018), «La importancia de la jurisprudencia: a propósito del lío de las hipotecas», *El País*, 5 de noviembre.

supone negar la posibilidad de que un órgano judicial varíe la previa jurisprudencia, posibilidad que ya hemos dejado sentada; supone, en cambio, afirmar que *admitir un cambio jurisprudencial sin que haya habido ninguna modificación normativa ni fáctica y sin que se aduzca para fundarla ningún principio jurídico que no haya sido tenido en cuenta con anterioridad, sino tan solo una diferente interpretación de las mismas normas y principios jurídicos* por la nueva composición del Tribunal, puede llevar al arbitrio judicial y a que una eventual alteración coyuntural de la composición de un órgano judicial colegiado —como no es insólito que ocurra por diversas razones legales— conduzca a la modificación de la jurisprudencia. En tal sentido es aplicable la máxima del *common law stare decisis et quia non movere*. *El valor de la jurisprudencia está en estrecha dependencia con el principio de seguridad jurídica, el cual requiere, en su proyección sobre la actividad jurisprudencial, la previsibilidad de las resoluciones judiciales*, que es un factor de competitividad del sistema jurídico en un entorno global, y tal previsibilidad no queda asegurada si la jurisprudencia queda al albur de cualquier cambio ocasional en la composición de un órgano colegiado. *Otra cosa es, como es natural, si el cambio jurisprudencial se justifica con la modificación de factores jurídicos, no necesaria o únicamente de las normas directamente concernidas, o fácticos, o bien en la invocación de principios o presupuestos sistemáticos novedosos o no aplicados previamente*. No resulta un fundamento suficiente, por el contrario, basar un cambio jurisprudencial en la mera discrepancia con criterios interpretativos previos de las mismas normas jurídicas sin más apelación que al disenso subjetivo con la interpretación anterior y con la sola invocación del principio de legalidad, que avala del mismo modo tanto a la jurisprudencia existente previamente como a la que se pretende establecer<sup>16</sup>.

Del párrafo transcrito que, en mi opinión, contiene un pronunciamiento muy importante y novedoso y no exento de controversia<sup>17</sup>, pueden deducirse los siguientes criterios: (i) no existe un derecho a la invariabilidad de la jurisprudencia, pero sí a su previsibilidad, porque así lo exige el principio de seguridad jurídica y confianza legítima; (ii) dado que la noción de jurisprudencia está estrechamente asociada a su continuidad, la ruptura con esa continuidad exige una motivación expresa, suficiente y justificada, no en cualquier razón, sino solamente en razones que tengan entidad propia y diferenciada de lo que constituya, sin más, el criterio interpretativo del derecho aplicable al caso por parte de los miembros que, en un momento dado, integran un órgano judicial; (iii) por eso, cuando existe un criterio jurisprudencial consolidado y no se ha producido ninguna modificación jurídica,

<sup>16</sup> Sentencia 1669/2018, de 27 de noviembre, recurso de casación 5911/2017, ponente E. Espín Templado. En idéntico sentido, y de la misma fecha, la Sentencia 1671/2018, recurso de casación 1653/2017, ponente J. Rodríguez Zapata. La sentencia, dictada por el Pleno, cuenta con varios votos particulares. Las cursivas no están en el original.

<sup>17</sup> Prueba de ello son los sólidos argumentos defendidos, en contra del criterio de la mayoría, en los votos particulares formulados por J. M. Sieira; por P. Lucas, al que se adhieren I. Perelló, J. M. del Riego y D. Córdoba; por F. J. Navarro, al que se adhieren E. Calvo, A. Aguayo y J. Cudero; y por F. Román.

ya sea esta normativa o fáctica, el cambio jurisprudencial debe estar fundamentado en algún principio o valor jurídico que, hasta ese momento, no había sido tomado en consideración por el órgano judicial. En otras palabras, cuando un Tribunal, durante años, viene interpretando una norma en un sentido, es legítimo que un buen día la interprete en el sentido contrario, pero para ello no basta con decir que lo que se veía antes de una manera, se ve ahora de otra, sino que habrá que justificar ese cambio explicando que si en un momento posterior se ve de otra manera es porque así lo impone tal o cual principio jurídico que hasta ese momento no había sido tomado en consideración, o no lo había sido en un sentido determinado.

No se trata, por tanto, de motivar, simplemente, por qué la ley puede interpretarse en un determinado sentido, pues ello es exigible a cualquier resolución judicial, tenga o no un precedente en un sentido u otro. Sin motivación, una resolución judicial, aunque sea la primera vez que interpreta una norma, resulta simplemente arbitraria, por carecer de razones o de fundamento. Cuando estamos hablando de un cambio jurisprudencial que supone la ruptura con un criterio anteriormente establecido y consolidado en el tiempo, en mi opinión, es necesario algo más: es preciso justificar qué hay de nuevo —no en las normas a aplicar ni en los hechos, pues en tal caso no estaríamos ante un cambio de criterio jurisprudencial— para interpretar el derecho de una manera distinta —incluso, radicalmente distinta— a como se venía interpretando hasta ese momento; qué principio o valor jurídico, hasta ese momento no considerado, o considerado hasta entonces en un determinado sentido y no en otro, justifica romper con el criterio anterior en el que legítimamente podía confiar el ciudadano que acude a los tribunales solicitando la tutela judicial efectiva de sus derechos. Este es el plus de motivación y justificación que exige, en mi opinión, la seguridad jurídica y la confianza en la estabilidad del ordenamiento jurídico plasmado en una determinada interpretación jurisprudencial; un plus o necesidad de justificación que será mayor, como afirma el Tribunal Supremo en las sentencias citadas, tanto más cuanto más consolidada sea esa jurisprudencia.

Una motivación o justificación de estas características, resulta, además, en mi opinión, especialmente exigible cuando se trata de cambios jurisprudenciales que llevan consigo el sacrificio de un derecho que no habría sido tal de haberse mantenido el criterio jurisprudencial precedente al cambio. Ese sería el caso cuando se trata de interpretar normas sobre requisitos procesales de cuyo cumplimiento depende el ejercicio de los derechos de acceso a la jurisdicción y al recurso.

Por otro lado, los cambios en la forma de interpretar los requisitos procesales están, quizás, más necesitados que ningún otro de esa justificación reforzada, pues, a diferencia de las cuestiones materiales o de fondo que, normalmente, se ven afectadas por los cambios sociales, no puede decirse lo mismo sobre las reglas de contenido procesal que establecen requisitos de naturaleza puramente técnica, como son los plazos, las exigencias formales de los escritos de interposición del recurso y otros parecidos que están menos expuestos a los cambios sociales y que, raramente, son susceptibles de ser influidos por aquellos.



Volviendo, por un momento, de nuevo al tema que estuvo en el origen de la sentencia del TEDH que aquí he comentado: ¿qué fue lo que cambió para que el Tribunal Supremo exigiera un requisito más para tener por preparado el recurso de casación que no había exigido durante doce años de aplicación de la LJCA, y que tampoco había exigido pocos meses antes cuando dijo que estaba aclarando la cuestión de los requisitos que tenían que cumplir estos escritos? ¿Qué cambió para que en un auto dictado por el mismo órgano judicial unos días antes del auto que añadió el nuevo requisito no lo exigiera y unos días después sí?

No es fácil determinar a qué se debió el cambio, ya que, aunque es verdad que, en el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo fundamentó la exigencia del nuevo criterio (la cita de las normas y jurisprudencia infringidas) en la necesidad de dar sentido a la fase de preparación del recurso y que esta pudiera cumplir la finalidad que le es propia, ese había sido también el argumento que empleó para justificar, unos meses antes, la exigencia del requisito de la anticipación de los motivos, en un auto en el que, como nos consta, al mismo tiempo había considerado que la justificación de la infracción solo era exigible cuando el recurso de casación se planteara contra sentencias de los tribunales superiores de justicia. Es decir, que con el mismo argumento que empleó en el auto de 10 de febrero de 2011 para exigir el nuevo requisito de la cita de las normas y jurisprudencia infringidas había concluido, unos meses antes, que la justificación de las infracciones no era necesaria. No hubo, pues, en mi opinión, en el auto que estableció el nuevo requisito una explicación específica que justificase esa nueva exigencia, sino solo la mera repetición de lo dicho en autos anteriores, añadiendo, sin explicar a qué se debía el añadido, que había que indicar, también, los concretos preceptos o la jurisprudencia, y que esa exigencia era tal «tanto cuando la resolución impugnada procede de los Tribunales Superiores de Justicia como de la Audiencia Nacional y cualquiera que sea el motivo del art. 88.1 que se utilice». El Tribunal Supremo, en mi opinión, no explicó su cambio de criterio, sino que, simplemente, añadió el nuevo requisito.

## 2.2. *Los límites a la aplicación retroactiva de los cambios jurisprudenciales y los posibles mecanismos para evitar o paliar su imprevisibilidad*

Respecto de la cuestión general del alcance temporal de los cambios de jurisprudencia, en mi opinión, cuando de cumplir requisitos procesales formales se trata, la incorporación de un requisito nuevo, como consecuencia de un cambio jurisprudencial, exige dar la oportunidad de cumplirlo a quien no lo hizo por la sencilla razón de que no sabía, ni podía intuir, que el requisito en cuestión resultaría exigible en el futuro. En estos casos, es posible evitar la aplicación inmediata del cambio jurisprudencial que, de producirse, traería consigo el sacrificio de un derecho. El criterio a seguir, pues, sería que, en los casos en los que todavía hay margen para cumplir una exigencia derivada de un cambio jurisprudencial, hay que dar la posibilidad de cumplirla. O dicho con las palabras del tantas veces



citado voto particular: «la eficacia temporal del cambio jurisprudencial debe ser templada cuando su aplicación se traduce, en la práctica, en la exigencia de un requisito procesal de carácter formal del que depende la acción o el recurso que no se entendía exigible en el momento de la presentación del escrito». Una forma de «templar» la eficacia temporal del nuevo criterio jurisprudencial sería, en mi opinión, dar a la recurrente la posibilidad de adaptarse a ese nuevo criterio, cuando todavía sea posible hacerlo<sup>18</sup>.

Ahora bien, el problema tiene una solución más difícil cuando, en lugar de tratarse del cumplimiento de requisitos procesales o, incluso, materiales que todavía pueden cumplirse cuando la jurisprudencia «incorpora» una nueva exigencia, se trate, por el contrario, de cuestiones respecto de las cuales el cambio de jurisprudencia se produce cuando ya no es posible volver atrás para ofrecer la posibilidad de adaptación al nuevo criterio. En estos casos, la situación es mucho más compleja porque el nuevo criterio jurisprudencial ha de aplicarse con carácter inmediato en el caso donde ha surgido y, por lo tanto, como viene diciendo el Tribunal Constitucional, con un mínimo efecto retroactivo (STC 95/1993).

Para estos supuestos, podrían existir mecanismos que si bien no pueden evitar el problema que supone aplicar un «nuevo Derecho» —en el sentido de una nueva interpretación del Derecho— al caso ya planteado en el que surge, sí pueden paliar o reducir los efectos indeseables que, para la seguridad jurídica e, incluso, para el derecho de defensa supone la aplicación de una nueva e *imprevisible* interpretación jurisprudencial. Cabría, por ejemplo, y como ya lo ha hecho en alguna ocasión el Tribunal Supremo, que el órgano judicial que está en proceso de modificar su criterio advirtiera que su jurisprudencia está en proceso de cambio o «en tránsito»<sup>19</sup>. Si así lo hiciera, estaríamos ante una evolución gradual de la jurisprudencia y, por lo tanto, ante un cambio que, precisamente, por ser gradual y haber sido anunciado —explícita o implícitamente—, no podría decirse que ha roto la confianza legítima en la estabilidad del ordenamiento jurídico; ni tampoco podría calificarse de imprevisible, por no ser ni repentino ni inesperado y no haber roto, por consiguiente, esa presunción a favor de su continuidad que, como bien dice V. Farreres, existe cuando la jurisprudencia se ha afianzado de manera rotunda en un espacio temporal amplio.

---

<sup>18</sup> A este propósito resulta muy interesante el auto del Tribunal Supremo, de 1 de marzo de 2017, recurso 88/2016, en el que la Sala de lo Contencioso-administrativo acordó retrotraer las actuaciones para que el recurrente pudiese presentar, si así lo estimase oportuno, el escrito de complemento de sentencia previsto en los arts. 267.5 LOPJ y 215.2 LEC para los casos de incongruencia omisiva. La sala razona que el incumplimiento de este requisito no podía llevar, sin más, a la inadmisión del recurso de casación, pues sería desproporcionado hacer recaer sobre el recurrente, con un desenlace de inadmisión, las consecuencias anudadas a la no utilización del cauce de subsanación referido.

<sup>19</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2005, recurso 260/2004, y de 29 de mayo de 2006, recurso 309/2004.

Otra posible solución sería que el órgano judicial que prevé un cambio drástico en una jurisprudencia ya consolidada abriera un trámite específico para que las partes pudieran alegar sobre ese posible nuevo criterio jurisprudencial y, además, sobre la posible justificación en la que el Tribunal podría fundamentar su cambio; justificación esta que, lógicamente, el órgano judicial debería poner también en conocimiento de las partes con ocasión de la apertura del trámite en cuestión. Si la interpretación de la ley que podría desembocar en un posible cambio jurisprudencial no hubiera estado presente en el debate procesal por no haber sido planteada por ninguna de las partes, considero que la apertura de ese trámite es una exigencia del art. 24 de la Constitución para no causar indefensión y, además, está prevista en el art. 33.2 de la LJCA. Pero aunque el posible cambio jurisprudencial hubiera formado parte del debate, creo que la única forma de respetar *en plenitud* el derecho de defensa, y también de atemperar las consecuencias negativas de la imprevisibilidad de un cambio jurisprudencial en un supuesto en el que resulte inevitable aplicarlo, por primera vez, al caso ya planteado en el que dicho cambio surge, sería la de dar a las partes la oportunidad de alegar lo que a su derecho convenga frente a la posibilidad de que el tribunal que ha de sentenciar su caso se aparte de su jurisprudencia para sentar otra de signo contrario. En mi opinión, no es lo mismo alegar y defenderse frente a una determinada interpretación del derecho, propuesta por una de las partes y que, además, tiene en su contra un consolidado criterio jurisprudencial, que poder alegar contra una interpretación del derecho que, contradiciendo y abandonando esa jurisprudencia consolidada, el órgano judicial podría hacer suya estableciéndola a partir de ese momento. En este último caso, y ante la existencia de una posibilidad real de cambio de jurisprudencia, se trataría de ejercer el derecho de defensa desde la perspectiva específica del principio de la confianza legítima en la estabilidad de la jurisprudencia consolidada, dando a la parte que puede verse perjudicada por el cambio jurisprudencial la oportunidad de oponerse al mismo y de argumentar, específicamente, en contra de la posible justificación en la que pueda fundamentarse el cambio, es decir, de defender el mantenimiento de la jurisprudencia consolidada hasta ese momento y que es, precisamente, la que ampara su pretensión. Es una diferencia sutil, sí, pero es una diferencia.

A todo lo dicho, y con todo el respeto a los criterios de organización interna del Tribunal Supremo, cabría añadir una última consideración: en garantía del acierto en la decisión y de la ponderación a la hora de adoptarla, cuando se trate de cambios de jurisprudencia drásticos, tanto por su contenido —esto es, por la entidad de la distancia que marquen respecto del criterio hasta entonces consolidado— como por sus efectos —es decir, por la intensidad con la que afecten a los ciudadanos y a sus derechos—, dichos cambios deberían ser decididos por el Pleno de la Sala, y no por una sección.