

INSTRUCCIÓ NÚM. 1/2021 sobre criteris d'actuació en els recursos contenciosos administratius en relació amb l'entrada en vigor del RDL 8/2021

La publicació en el *Butlletí Oficial de l'Estat* del dia 5 de maig de 2021 del Reial decret llei 8/2021, de 4 de maig, pel qual s'adopten mesures urgents en l'ordre sanitari, social i jurisdiccional, a d'aplicar després de la finalització de la vigència de l'estat d'alarma declarat pel Reial decret 926/2020, de 25 d'octubre, pel qual es declara l'estat d'alarma per contenir la propagació d'infeccions causades pel SARS-CoV-2, inclou una important reforma de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LJCA), que afecta el recurs de cassació.

Aquesta reforma s'articula, substancialment, en dues decisions de política legislativa:

La primera consisteix a incorporar en l'enumeració taxada de resolucions que són susceptibles de recurs de cassació les actuacions dictades per les sales de l'àmbit contenciós administratiu dels tribunals superiors de justícia i de l'Audiència Nacional en els procediments que preveu l'article 122 quater LJCA, és a dir, en matèria d'autorització o ratificació de les mesures sanitàries necessàries i urgents que afectin drets fonamentals quan no s'adrecen contra destinataris individualitzats.

La segona novetat consisteix a regular un procediment especial, que es podria qualificar de *ràpid* o *abreujat*, per a la tramitació d'aquest recurs de cassació. És obvi que aquest tipus de mesures conflueixen en un factor d'urgència i temporalitat i un risc de dispersió de criteris derivat del fet que la competència per adoptar-les pot correspondre als

diferents governs, central o de cadascuna de les comunitats i ciutats autònomes, o fins i tot a autoritats sanitàries de rang territorial inferior. La combinació d'aquests factors, en un context tan delicat com és el de l'exercici i gaudi dels drets fonamentals, exigeix no només la unificació de criteris interpretatius i aplicacions que permeti assegurar la preservació del principi d'igualtat en els termes de l'article 14 CE, sinó que aquesta interpretació i aplicació igual de les lleis tingui lloc dins el termini hàbil per a la tutela real i eficaç dels drets afectats.

En aquest aspecte procedimental, i deixant a banda alguna qüestió en matèria de legitimació activa (article 87 ter 4) que no és rellevant als efectes que aquí interessen, la reforma de la LJCA es concreta, principalment, en dos aspectes:

1. Se suprimeix, per a aquests casos, el requisit d'interposició de recurs de reposició previ a la cassació que en general exigeix l'article 87.2. La dicció literal de la nova norma no exclou la possibilitat d'interposar-lo, sinó la seva condició de *requisit necessari*. No obstant això, resulta evident que –almenys pel que fa a l'actuació del Ministeri Fiscal– la mateixa lògica d'acceleració del procediment, en consideració als interessos ja enunciats, aconsella que la utilització d'aquesta via de recurs quedi reservada a aquells supòsits excepcionals en què resulti patent la possibilitat que la impugnació prosperi, per versar sobre alguna qüestió (un error obvi d'apreciació, per exemple) diferent del propòsit estèril d'intentar que un òrgan judicial canviï de criteri immediatament després d'haver-se pronunciat, a partir de la mera reiteració –tot i que sigui millorada– dels arguments que acaba de rebutjar.

Per tant, en cas que la discrepància del fiscal amb la decisió judicial es consideri d'entitat suficient per sustentar un recurs de cassació, el més útil i eficaç és, per regla general, la seva interposició directa.

2. El segon i fonamental factor d'acceleració està determinat, precisament, per la supressió del tràmit de preparació de la cassació. El nou article 87 ter LJCA disposa en els seus apartats 1 i 2 que cal interposar el recurs directament davant el Tribunal Suprem, i el recurrent ha de comunicar aquesta interposició per escrit, en el mateix

dia, a la Sala *a quo*, que al seu torn ha de trametre un testimoniatge de les actuacions el dia següent hàbil a la Sala Tercera de l'alt tribunal.

D'acord amb l'apartat 3 del mateix article, la interposició del recurs ha de formalitzar-se en el termini de tres dies des de la data de notificació de la interlocutòria impugnada, el testimoniatge de la qual s'ha d'adjuntar al mateix escrit d'interposició. Cal subratllar, a més, que el contingut d'aquest escrit no varia substancialment pel que fa a les regles generals que regeixen la cassació ordinària, en particular les referides a la necessitat d'assenyalar *la qüestió d'interès cassacional sobre la qual interessa que es fixi una doctrina i les pretensions relatives a l'enjudiciament de la interlocutòria contra la qual es recorre*.

Per tot això, en cas que sigui el fiscal qui recorre, la urgència d'aquests terminis, la necessitat de practicar actuacions simultànies tant davant el Tribunal Suprem com davant la sala que ha dictat la resolució contra la qual es recorre, i la imprescindible disponibilitat del temps i la informació necessaris perquè la Fiscalia del Tribunal Suprem pugui elaborar i presentar l'escrit d'interposició, exigeixen evidentment la màxima celeritat i coordinació en les actuacions dels òrgans del Ministeri Fiscal implicats.

Per això resulta imprescindible protocol·litzar un mecanisme de comunicació i remissió de documentació amb caràcter immediat, que permeti la realització dels tràmits exigits dins el termini hàbil i amb el contingut apte per a la defensa efectiva de les pretensions processals del Ministeri Fiscal.

De la mateixa manera, en cas que sigui una altra la part recurrent –per regla general, l'autoritat sol·licitant– convé habilitar un mecanisme d'anticipació que permeti a la Fiscalia del Tribunal Suprem preparar amb el major marge de temps possible la seva oposició eventual al recurs que aquesta part pugui interposar.

Pel que fa a la naturalesa dels terminis processals esmentats, òbviament sens perjudici de les regles generals que regeixen en la matèria (articles 182 i següents LOPJ), el nou article 87 ter 5 LCJA té en compte la possibilitat de sol·licitar en l'escrit d'interposició del

recurs de cassació que s'habilitin els dies inhàbils. Cal concloure, per tant, que aquesta possibilitat se ceneix als terminis de tramitació del recurs de cassació una vegada interposat, i no inclou, per consegüent, els terminis que concerneixen la mateixa interposició. Per tant, els terminis que puguin concernir aquesta instrucció s'han de considerar referits en qualsevol cas a dies hàbils.

Tenint en compte les consideracions anteriors, i per tal de donar degut i eficaç compliment a les funcions del Ministeri Fiscal en el marc del nou recurs de cassació regulat per Reial decret llei 8/2021, de 4 de maig, els fiscals i les fiscals han d'ajustar-se a les pautes d'actuació següents:

I. Els procediments a què es refereix l'article 122 quater LJCA que tinguin per objecte l'aprovació o ratificació de mesures restrictives de drets fonamentals amb destinataris no individualitzats, subsegüents a la terminació de l'estat d'alarma vigent, s'han d'informar al fiscal de sala delegat per a l'ordre contenciós administratiu, a qui han d'adreçar-se, per les vies habituals de comunicació de la xarxa de fiscals especialistes, o a través dels fiscals en cap o fiscals superiors de les comunitats autònomes, de les observacions, consultes o dubtes que puguin suscitar-se sobre la posició que cada cas concret ha d'adoptar el fiscal.

II. Una vegada que la Sala del Tribunal Superior de Justícia o de l'Audiència Nacional notifiqui a la Fiscalia corresponent la interlocutòria per la qual acorda o denega l'autorització o ratificació de mesures que hagi sol·licitat l'autoritat sanitària, i sigui quin sigui el sentit de la resolució, el fiscal encarregat de l'assumpte, directament o a través del seu fiscal en cap, ha de trametre una còpia d'aquesta interlocutòria al fiscal de sala delegat per a l'ordre contenciós administratiu, a través de l'adreça de correu electrònic

fiscalia.ts.contencioso@fiscal.es.

Aquesta comunicació s'ha d'efectuar improrrogablement en el mateix dia que es produeixi la notificació judicial, i la Fiscalia remitent s'ha d'assegurar a través de qualsevol mitjà idoni (confirmació telefònica, etc.) que aquesta comunicació ha estat efectivament rebuda a la Fiscalia del Tribunal Suprem.

III. En cas que la resolució judicial sigui disconforme amb la posició adoptada o les pretensions formulades per la Fiscalia, s'ha d'adjuntar a la còpia de la interlocutòria:

2.1. Una còpia de l'acte o disposició administrativa que conté les mesures sotmeses a autorització o ratificació.

2.2. Una breu exposició amb les raons per les quals, segons el parer de la Fiscalia actuant en la instància, és procedent o no interposar un recurs de cassació, i, en cas que ho entengui procedent, quina és la qüestió d'interès cassacional que, segons el seu criteri, hauria de ser concretament objecte de pronunciament per part de la Sala Tercera del Tribunal Suprem.

2.3. La documentació complementària que la Fiscalia remitent jutgi indispensable per a la formació de criteri sobre la controvèrsia plantejada.

IV. Si la resolució judicial és disconforme amb les pretensions de l'Administració sanitària sol·licitant, sigui quina sigui la posició del fiscal, s'ha de trametre al fiscal de sala, en aquesta mateixa comunicació o, si no, al més aviat possible, qualsevol documentació disponible –escrit de sol·licitud, documents o informes adjunts, etc.– que permeti conèixer i concretar els motius i la fonamentació jurídica de la pretensió formulada per aquesta Administració.

V. Una vegada rebuda la documentació esmentada, en cas que la resolució dictada hagi estat contrària a la posició del fiscal, la Fiscalia del Tribunal Suprem ha de decidir sobre la interposició del recurs de cassació, i, si considera procedent aquesta interposició, l'ha de formalitzar davant la Sala Tercera del Tribunal Suprem. Una vegada interposat el recurs, ho ha de comunicar per escrit, en aquesta mateixa data, a la Fiscalia d'origen, i s'ha de cerciorar de la recepció efectiva de la comunicació, perquè aquesta Fiscalia formuli durant el mateix dia, al seu torn, davant el Tribunal *a quo* l'escrit que preveu l'article 87 ter 2 LJCA.

La Fiscalia del Tribunal Suprem ha d'adjuntar una còpia de l'escrit d'interposició del recurs a la comunicació esmentada, a l'efecte d'informar la Fiscalia d'origen.

Així mateix, en els casos en què la Fiscalia que va intervenir en la instància s'hagi mostrat partidària de la interposició del recurs de cassació i la Fiscalia del Tribunal

Suprem decideixi no interposar-lo, la Fiscalia del Tribunal Suprem ha d'informar succintament per escrit dels motius de la seva decisió.

Madrid, 5 de maig de 2021

Signat: Dolores Delgado García

FISCAL GENERAL DE L'ESTAT

**EXCMS./ES. SRS./SRES. FISCALS SUPERIORS, IL·LMS./ES. SRS./SRES. FISCALS
EN CAP PROVINCIALS I D'ÀREA, IL·LMS./ES. SRS./SRES. FISCALS**