

## INSTRUCCIONES

### **INSTRUCCIÓN N.º 1/2021 SOBRE CRITERIOS DE ACTUACIÓN EN LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS EN RELACIÓN CON LA ENTRADA EN VIGOR DEL RDL 8/2021**

La publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del día 5 de mayo de 2021 del Real Decreto-ley 8/2021, de 4 de mayo, *por el que se adoptan medidas urgentes en el orden sanitario, social y jurisdiccional, a aplicar tras la finalización de la vigencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2*, incluye una importante reforma de la Ley 29/1998, de 13 de julio, *reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (LJCA), que afecta al recurso de casación.

Dicha reforma se articula, sustancialmente, en dos decisiones de política legislativa:

La primera consiste en incorporar a la enumeración tasada de resoluciones que son susceptibles de recurso de casación los autos dictados por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional en los procedimientos previstos en el artículo 122 *quater* LJCA, es decir, en materia de autorización o ratificación de las medidas sanitarias necesarias y urgentes que afecten a derechos fundamentales cuando no se dirigen contra destinatarios individualizados.

La segunda novedad consiste en regular un procedimiento especial, que cabría calificar de *rápido* o *abreviado*, para la tramitación de ese recurso de casación. Es obvio que este tipo de medidas confluyen un factor de urgencia y temporalidad y un riesgo de dispersión de criterios derivado de que la competencia para adoptarlas puede corresponder a los distintos gobiernos, central o de cada una de las

comunidades y ciudades autónomas, o incluso a autoridades sanitarias de rango territorial inferior. La combinación de esos factores, en un contexto tan delicado como es el del ejercicio y disfrute de los derechos fundamentales, exige no solo la unificación de criterios interpretativos y aplicativos que permita asegurar la preservación del principio de igualdad en los términos del artículo 14 CE, sino que esa interpretación y aplicación igual de las leyes tenga lugar en tiempo hábil para la real y eficaz tutela de los derechos afectados.

En este aspecto procedimental, y dejando aparte alguna cuestión en materia de legitimación activa (art. 87 *ter*: 4) que no es relevante a los efectos que aquí interesan, la reforma de la LJCA se concreta, principalmente, en dos aspectos:

1. Se suprime, para estos casos, el requisito de interposición de recurso de reposición previo a la casación que en general exige el artículo 87.2. La dicción literal de la nueva norma no excluye posibilidad de interponerlo, sino su condición de *requisito necesario*. No obstante, resulta evidente que –al menos en lo que a la actuación del Ministerio Fiscal concierne– la propia lógica de aceleración del procedimiento, en atención a los intereses ya enunciados, aconseja que la utilización de esa vía de recurso quede reservada a aquellos supuestos excepcionales en que resulte patente la posibilidad de que la impugnación prospere, por versar sobre alguna cuestión (un error obvio de apreciación, por ejemplo) distinta del estéril propósito de intentar que un órgano judicial cambie de criterio inmediatamente después de haberse pronunciado, a partir de la mera reiteración –aunque sea mejorada– de los argumentos que acaba de rechazar.

Por tanto, en caso de que la discrepancia del Fiscal con la decisión judicial se considere de entidad suficiente para sustentar un recurso de casación, lo más útil y eficaz será, por regla general, su interposición directa.

2. El segundo y fundamental factor de aceleración viene dado, precisamente, por la supresión del trámite de preparación de la casación. El nuevo artículo 87 *ter* LJCA dispone en sus apartados 1 y 2 que el recurso se interpondrá directamente ante el Tribunal Supremo, debiendo el recurrente comunicar dicha interposición por escrito, en el mismo día, a la Sala *a quo*, que a su vez habrá de remitir testimonio de las actuaciones en el día siguiente hábil a la Sala Tercera del Alto Tribunal.

De acuerdo con el apartado 3 del mismo artículo, la interposición del recurso ha de formalizarse en el plazo de tres días desde la fecha de notificación del auto impugnado, cuyo testimonio deberá acompa-

ñarse al propio escrito de interposición. Hay que subrayar, además, que el contenido de dicho escrito no varía sustancialmente respecto de las reglas generales que rigen la casación ordinaria, en particular las referidas a la necesidad de señalar *la cuestión de interés casacional sobre la que se interesa se fije doctrina y las pretensiones relativas al enjuiciamiento del auto recurrido*.

Por todo ello, en caso de que sea el Fiscal quien recurre, la premura de estos plazos, la necesidad de practicar actuaciones simultáneas tanto ante el Tribunal Supremo como ante la Sala que ha dictado la resolución recurrida, y la imprescindible disponibilidad del tiempo y la información necesarios para que la Fiscalía del Tribunal Supremo pueda elaborar y presentar el escrito de interposición, exigen evidentemente la máxima celeridad y coordinación en las actuaciones de los órganos del Ministerio Fiscal implicados.

De ahí que resulte imprescindible protocolizar un mecanismo de comunicación y remisión de documentación con carácter inmediato, que permita la realización de los trámites exigidos en tiempo hábil y con el contenido apto para la efectiva defensa de las pretensiones procesales del Ministerio Fiscal.

Del mismo modo, en caso de que sea otra la parte recurrente –por regla general, la autoridad solicitante– conviene habilitar un mecanismo de anticipación que permita a la Fiscalía del Tribunal Supremo preparar con el mayor margen de tiempo posible su eventual oposición al recurso que dicha parte pueda interponer.

Por lo que se refiere a la naturaleza de los plazos procesales mencionados, obviamente sin perjuicio de las reglas generales que rigen en la materia (arts. 182 y ss. LOPJ), el nuevo artículo 87 *ter*. 5 LCJA contempla la posibilidad de solicitar *en el escrito de interposición* del recurso de casación que se habiliten los días inhábiles. Hay que concluir, por tanto, que esta posibilidad se ciñe a los plazos de tramitación del recurso de casación una vez interpuesto, y no incluye, por consiguiente, los plazos que conciernen a la propia interposición. Por tanto, los plazos a los que pueda concernir esta Instrucción han de considerarse referidos en todo caso a días hábiles.

En atención a las precedentes consideraciones, y con el fin de dar debido y eficaz cumplimiento a las funciones del Ministerio Fiscal en el marco del nuevo recurso de casación regulado por Real Decreto-Ley 8/2021, de 4 de mayo, las/los Ilmas./Ilmos. Sras./Sres. Fiscales deberán ajustarse a las siguientes pautas de actuación:

I. Los procedimientos a los que se refiere el artículo 122 *quáter* LJCA que tengan por objeto la aprobación o ratificación de medidas

restrictivas de derechos fundamentales con destinatarios no individualizados, subsiguientes a la terminación del vigente estado de alarma, se pondrán en conocimiento del Fiscal de Sala Delegado para el orden contencioso-administrativo, a quien deberán dirigirse, por las vías habituales de comunicación de la red de Fiscales especialistas, o a través de los Fiscales Jefes o Fiscales Superiores de las Comunidades Autónomas, las observaciones, consultas o dudas que puedan suscitarse acerca de la posición que cada caso concreto debe adoptar el Fiscal.

II. Una vez que la Sala del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Nacional notifique a la Fiscalía correspondiente el auto por el que acuerda o deniega la autorización o ratificación de medidas que haya solicitado la autoridad sanitaria, y cualquiera que sea el sentido de la resolución, el Fiscal encargado del asunto, directamente o a través de su Fiscal Jefe, remitirá copia de dicho auto al Fiscal de Sala Delegado para el orden contencioso-administrativo, a través de la dirección de correo electrónico [fiscalia.ts.contenciosoefiscal.es](mailto:fiscalia.ts.contenciosoefiscal.es).

Dicha comunicación habrá de efectuarse improrrogablemente en el mismo día en que se produzca la notificación judicial, y la Fiscalía remitente deberá asegurarse a través de cualquier medio idóneo (confirmación telefónica, etc.) de que dicha comunicación ha sido efectivamente recibida en la Fiscalía del Tribunal Supremo.

III. En caso de que la resolución judicial sea disconforme con la posición adoptada o las pretensiones formuladas por la Fiscalía, se acompañará a la copia del Auto:

2.1 Copia del acto o disposición administrativa en que se contienen las medidas sometidas a autorización o ratificación.

2.2 Una breve exposición de las razones por las que, a juicio de la Fiscalía actuante en la instancia, procede o no interponer recurso de casación, y, en caso de que lo entienda procedente, cuál es la cuestión de interés casacional que, según su criterio, debería concretamente ser objeto de pronunciamiento por la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2.3 La documentación complementaria que la Fiscalía remitente juzgue indispensable para la formación de criterio sobre la controversia planteada.

IV. Si la resolución judicial es disconforme con las pretensiones de la Administración sanitaria solicitante, sea cual sea la posición del Fiscal se remitirá al Fiscal de Sala, en esa misma comunicación o, en su defecto, a la mayor brevedad, cualquier documentación disponible –escrito de solicitud, documentos o informes adjuntos, etc.– que per-

mita conocer y concretar los motivos y la fundamentación jurídica de la pretensión formulada por dicha Administración.

V. Una vez recibida la documentación mencionada, en el caso de que la resolución recaída haya sido contraria a la posición del Fiscal, la Fiscalía del Tribunal Supremo decidirá sobre la interposición del recurso de casación, y, si considera procedente dicha interposición procederá a formalizarla ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Una vez interpuesto el recurso, lo comunicará por escrito, en esa misma fecha, a la Fiscalía de origen, cerciorándose de la efectiva recepción de la comunicación, para que dicha Fiscalía proceda en el mismo día, a su vez, a formular ante el Tribunal *a quo* el escrito previsto en el artículo 87 ter.2 LJCA.

A la referida comunicación la Fiscalía del Tribunal Supremo acompañará copia del escrito de interposición del recurso, a efectos de conocimiento de la Fiscalía de origen.

Asimismo, en los casos en que la Fiscalía que intervino en la instancia se haya mostrado partidaria de la interposición del recurso de casación y la Fiscalía del Tribunal Supremo decida no interponerlo, la Fiscalía del Tribunal Supremo informará sucintamente por escrito de los motivos de su decisión.