

MANUEL ORTELLS RAMOS

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (ESTUDI GENERAL DE VALÈNCIA)



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL**

PARTE GENERAL Y OTROS ESTUDIOS II

© Manuel Ortells Ramos

<https://www.bubok.es/libros/187485/>

ISBN: 978-84-614-1750-6



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL
GENERAL Y OTROS ESTUDIOS II**

2004_ El Tribunal Supremo español: Un tribunal en busca de identidad	03
2007_ La administración de Justicia	68
2008_ Los medios de impugnación y los recursos: Marco constitucional y criterios político y técnico-jurídicos para su configuración	131
PROCESO ADMINISTRATIVO	
1999_ Notas sobre la prueba en los procesos sobre materias administrativa t tributaria	179
_ La tutela cautelar en el nuevo proceso contencioso-administrativo	205
2004_ Interpretación y aplicación del Derecho Autonómico en el orden contencioso-administrativo	242
PROCESO LABORAL	
1974_ Las llamadas “prácticas de verano”: Algunas cuestiones jurídico-prácticas	293
1994_ Notas sobre la tutela cautelar en el proceso laboral	305

EL TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL: UN TRIBUNAL EN BUSCA DE IDENTIDAD (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO

I.- EL PUNTO DE PARTIDA: EL TS EN EL MOMENTO DE LA APROBACIÓN DE LA CE DE 1978. LOS RASGOS GENERALES DE LA “CRISIS DE IDENTIDAD”

II. DE LA SUPREMACÍA ABSOLUTA A UNA SUPREMACÍA “SALVO LODISPUESTO”

1.-El TS, el TC y el artículo 123.1 CE

A) Los puntos de fricción entre las jurisdicciones (competencias genéricas) del TC y del TS

a) La competencia exclusiva del TC para la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones con rango de ley, el valor jurídico de las sentencias interpretativas y el valor jurídico de la doctrina jurisprudencial del TC

b) Las potestades del TC en el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales “materiales”

c) El recurso de amparo por violación de derechos fundamentales de carácter procesal: la imprecisión en el contenido esencial de estos derechos y problemas con determinados efectos del otorgamiento del amparo

a') La concepción por el TC del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva

b') Efectos del otorgamiento del amparo por violación de un derecho fundamental de carácter procesal: nulidad de la resolución del TS, firmeza de la sentencia de instancia y desconocimiento de la competencia funcional del TS

B) Las reacciones del TS frente a los excesos en el ejercicio de la jurisdicción por el TC

2.- La difícil realidad de la supremacía de los tribunales supranacionales en sus respectivos ámbitos

A) Problemas respecto de los medios para dar cumplimiento específico a las sentencias del TEDH en el ordenamiento español

a) Juicio de revisión contra la sentencia del tribunal ordinario que hubiera adquirido firmeza

b) La declaración de nulidad con base en el art. 240.2 LOPJ y el incidente de nulidad post sentencia firme del art. 241 LOPJ

c) El recurso de amparo ante el TC

d) La tesis del TS sobre su posición respecto del TEDH

B) El planteamiento de cuestión prejudicial de Derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o las “aduanas judiciales nacionales”

* Este texto constituyó la base de la conferencia que impartí el día 21 de julio de 2004, en la clausura del XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, celebrado en Ciudad de México. Publicado en dos partes en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional. Proceso y Constitución*, Nº 3, enero-junio 2005, pp. 227-270 y Nº 4, julio-diciembre 2005, pp. 189-217, México, Ed. Porrúa e Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

III.- UN “SIN PERJUICIO” DE LA SUPREMACÍA DEL TS (ART. 152.1 CE) QUE ACABA “CON PERJUICIO”: LAS COMPETENCIAS DEL TS Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE (EN) LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

1.-Pluralidad de ordenamientos en el Estado español y requerimientos de la misma para la ordenación del Poder Judicial

2.-Dos vías para la “pérdida de supremacía” del TS en la casación civil: el régimen legal de la competencia funcional en atención al carácter estatal o autonómico de la norma infringida y el acuerdo interpretativo de la Sala de lo Civil del TS sobre los requisitos de admisión de la casación

A) El régimen legal de la competencia funcional para conocer del recurso de casación

B) El acuerdo interpretativo de la Sala de lo Civil del TS sobre los requisitos de admisión de la casación

3.-La pérdida de “supremacía” del TS en la casación contencioso-administrativa: imprecisa regulación de la competencia funcional en caso de doble infracción y práctica restrictiva de la Sala Tercera del TS respecto de los requisitos de admisión de la casación ante la misma

A) La defectuosa regulación de la competencia funcional en caso de doble infracción

B) La práctica restrictiva de la Sala Tercera del TS respecto de los requisitos de admisión de la casación ante la misma

4.-La Sala Primera y la Sala Tercera del TS bajo “estado de necesidad”: el volumen de recursos en el período de 1995 a 2002

IV.- EL OTRO FACTOR DE LA CRISIS: CARGA DE TRABAJO DE LAS SALAS DEL TS Y CAPACIDAD DE ASUMIRLA

1.-Carga y capacidad de trabajo de las Salas del TS: años 1995 a 2002

2.-Las hipotéticas soluciones: ¿Más magistrados? ¿Menos recursos? ¿De qué modo menos recursos?

A) El número de magistrados del TS español. El previsible resultado de su incremento

B) Restricción de asuntos que pueden acceder a la casación ante el TS

3.-La doctrina jurisprudencial del TC sobre la igualdad en la aplicación de la ley: deber de cada órgano jurisdiccional y principio inspirador del régimen de los recursos

V.- EL DESCUBRIMIENTO DE UNA “FUNCIÓN CONSTITUCIONAL” DEL TRIBUNAL SUPREMO.

¿HACIA UNA TRANSFORMACIÓN DE LAS POTESTADES DE ESTE TRIBUNAL?

1.-Los recursos de casación para unificación de doctrina o la garantía ex post de la igualdad en la aplicación de la ley

A) Los recursos de casación llamados “para unificación de doctrina”

B) Una garantía ex post de la igualdad en la aplicación de la ley

2.-Las propuestas de garantías “preventivas” de la igualdad en la aplicación de la ley: la ambigua exigencia de una norma que establezca la eficacia vinculante de la “jurisprudencia” y los medios para la fijación preventiva de la misma

A) Norma expresa de vinculación de los tribunales a la doctrina jurisprudencial del TS y significado de la desvinculación

B) Régimen restrictivo de la potestad de desvinculación. ¿Qué resta de la independencia del juez? ¿Potestad “normativa” para el Tribunal Supremo?

a) *Transformación o supresión parcial de la independencia del juez*

b) *¿Potestad “normativa” para el TS?*

c) *El deber de sentenciar en diálogo con la doctrina jurisprudencial*

I.- EL PUNTO DE PARTIDA: EL TS EN EL MOMENTO DE LA APROBACIÓN DE LA CE DE 1978. LOS RASGOS GENERALES DE LA “CRISIS DE IDENTIDAD”**

En diciembre de 1978, antes de la aprobación de la CE, el TS español se llamaba supremo y, efectivamente, lo era. Ningún órgano jurisdiccional tenía potestad para enjuiciar las actuaciones y las sentencias de aquel tribunal, y manifestarse, de ese modo, como situado en un grado superior al mismo.

España carecía de auténtica constitución y de jurisdicción constitucional. El TS no estaba, ciertamente, investido de las funciones propias de esa jurisdicción, pero tampoco otro tribunal, con rasgos de especialidad, estaba encargado de garantizar en concreto el valor normativo supremo de una Constitución. Las llamadas Leyes Fundamentales del Reino, en parte contenían la organización de un poder único, dependiente realmente de su titular dictatorial, y, en parte, proclamaciones de derechos jurídicamente vacías, y, por tanto, no tutelables jurisdiccionalmente, más allá de lo que un legislador sin legitimidad democrática pudiera establecer en las leyes ordinarias.

Por otro lado, España no formaba parte del Consejo de Europa, ni había firmado y ratificado el CEDH. Por tanto, un asunto judicialmente resuelto en España no tenía posibilidad de ser sometido a las instituciones de garantía jurisdiccional de los derechos reconocidos en el Convenio mencionado.

Tampoco España era miembro de las Comunidades Europeas, de modo que la jurisdicción del TJCE, principalmente en su competencia de unificar la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario -ordenamiento que goza de primacía sobre los de los Estados miembros- no podía proyectar su sombra sobre la potestad de enjuiciamiento del TS español.

La CE de 1978 consolidó al TS,¹ y, al mismo tiempo, contenía el germen de uno de los factores de la crisis de identidad que atraviesa actualmente este tribunal.

Normas constitucionales se refieren al mismo y regulan su posición superior en la organización judicial del Estado (art. 123.1 y 152.1, párrafo segundo, CE), el nombramiento de su Presidente (art. 122.2 y 123.2 CE) e incluso algunas de las competencias del Tribunal (arts. 71.3 y 102.1 CE). Como la CE es una constitución

** Relación de siglas y abreviaturas: **BJC**: Boletín de Jurisprudencia Constitucional. **CEDH**: Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. **CGPJ**: Consejo General del Poder Judicial. **LDPJ**: Ley de Demarcación y Planta Judicial. **LEC**: Ley de Enjuiciamiento Civil. **LJCA**: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. **LOPJ**: Ley Orgánica del Poder Judicial. **LOTIC**: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. **LPL**: Ley de Procedimiento Laboral. **RJ**: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi. **RTC**: Repertorio de Jurisprudencia del TC Aranzadi. **STC**: Sentencia del Tribunal Constitucional. **STS**: Sentencia del Tribunal Supremo. **TC**: Tribunal Constitucional. **TEDH**: Tribunal Europeo de Derechos Humanos. **TJCE**: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. **TS**: Tribunal Supremo. **TSJ**: Tribunal Superior de Justicia.

¹ Enfatiza este aspecto, DELGADO BARRIO, J., “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Tribunal Supremo, Madrid, 2000, pág. XXXVI.

rígida y establece un sistema de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes ordinarias -que, en la forma de ley orgánica, han de completar la ordenación de la organización judicial- las normas constitucionales mencionadas tienen una indudable trascendencia para la consolidación de este órgano jurisdiccional.²

Pero, al mismo tiempo, la CE matizó la posición de supremacía del TS con la salvedad de “lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE). Esto anuncia la problemática delimitación de la jurisdicción (competencia genérica)³ del TS con la del TC (arts. 159-165 CE). Y, en un precepto de consecuencias menos obvias (el art. 93 CE), la CE establece los requisitos para celebrar tratados “por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución”, entre las que se encuentra la potestad jurisdiccional con eficacia inmediata en el ámbito de la soberanía española (art. 117 CE). La puerta está abierta para que un tribunal de aquella organización o institución pueda recibir una competencia que le habilite para enjuiciar actuaciones y sentencias del TS español.

El otro factor de la crisis de identidad -que es el excesivo número de asuntos pendientes ante el Tribunal- no tenía una especial incidencia en la etapa histórica inmediatamente precedente a la CE de 1978. Incluso puede decirse que reformas producidas en la competencia del TS en 1973 y en 1977 contribuyeron a que el TS definiera su identidad como supremo, reduciendo sus competencias de enjuiciamiento en primera instancia. La tradicional tendencia en la legislación española a equiparar el rango del órgano administrativo cuya actuación es enjuiciada y la del órgano jurisdiccional competente para el enjuiciamiento, unida a la fuerte centralización del Estado en ese momento, había conducido a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del TS a una situación difícil, que se intentó resolver trasvasando competencia para conocer en primera instancia a órganos jurisdiccionales de grado inferior.

Desde los años ochenta, el TS atraviesa una “crisis de identidad”, cuyos rasgos generales pueden sintetizarse, plásticamente, diciendo que ha dejado de ser supremo y quiere dejar de ser tribunal.

Ha dejado de ser supremo. De Derecho, por la supremacía atribuida al TC en materia constitucional, cuya articulación legal no ha logrado hacerse o, en todo caso, aplicarse de manera que ambos tribunales ejerzan su jurisdicción sin tensiones estériles. Pero también ha dejado de ser supremo de hecho, porque la falta de capacidad para asumir, en un tiempo razonable, la resolución de la gran cantidad de asuntos que penden ante él, le imposibilita manifestar su supremacía jurisdiccional en todos los litigios no afectados por la salvedad en favor del TC.

² La constitucionalización de parte del régimen del TS ha tenido consecuencias en recursos de inconstitucionalidad contra la LOPJ, la LDPJ y otras leyes que afectaban a las atribuciones de competencia al TS y a los TSJ.

³ Para esta acepción de jurisdicción resulta más apropiado el término “competencia genérica”, porque se trata de atribuir clases de asuntos o materias a diferentes clases de tribunales, aunque con diferencias respecto de la competencia objetiva. Véase, sobre esto, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, con MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ, JUAN SÁNCHEZ, BONET NAVARRO, BELLIDO PENADÉS, CUCARELLA GALIANA, MARTÍN PASTOR, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003, págs. 227-228.

La pérdida de la condición de supremo está entre las causas de la crisis. La pérdida de la condición de tribunal podría venir de la mano de alguno de los remedios que se proponen para la misma.

En el ordenamiento español, los tribunales no crean Derecho, ni vinculan, con una determinada interpretación de la norma en un caso concreto, a otros tribunales en el momento en que deban sentenciar sobre un caso sustancialmente igual. En cuanto ordenamiento adscrito al sistema de *civil law*, los jueces -todos y cada uno de ellos- son considerados por la Constitución y las leyes como aplicadores de la ley, con independencia y responsabilidad.

Algunas propuestas de reforma de las competencias funcionales y de las potestades del TS van dirigidas a que la ley establezca, expresamente, el valor vinculante de la doctrina jurisprudencial del TS, que, de ese modo, pasaría a ocupar una posición bien distinta a la de un tribunal de justicia en un sistema de *civil law*.

En estos rasgos de la “crisis de identidad” del TS español nos proponemos profundizar a continuación.

II. DE LA SUPREMACÍA ABSOLUTA A UNA SUPREMACÍA “SALVO LO DISPUESTO”

La limitación *de iure* de la supremacía del TS se produce, de una parte, por el establecimiento de un sistema de jurisdicción constitucional concentrada, atribuida a un tribunal especial, que también tiene encomendada la tutela jurisdiccional especial de derechos fundamentales, y, de otra parte, por la posibilidad, abierta por la CE y hecha ya realidad, de dar eficacia en España a la potestad de órganos jurisdiccionales de organizaciones e instituciones supranacionales. Ahora bien, así como la limitación que deriva de la jurisdicción del TC es efectiva y se percibe como tal por el TS, las limitaciones que provienen de la jurisdicción del TJCE y del TEDH, aunque no dejan de ser jurídicamente reconocidas, no resultan tan constrictivas para el TS.

1.- El TS, el TC y el artículo 123.1 CE

Dice el art. 123.1 CE que: “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

El alcance de esa salvedad lo fija la CE, la LOTC, y, en términos reales y efectivos, se manifiesta en la práctica del TC. Esa práctica no ha sido siempre pacíficamente aceptada por el TS, que ha reaccionado, en ocasiones, ejercitando sus potestades como respuesta -inmediata o diferida, pero en todo caso clara- a resoluciones del TC que estimaba invasoras de su competencia.

A) Los puntos de fricción entre las jurisdicciones (competencias genéricas) del TC y del TS

La delimitación de las jurisdicciones del TC y del TS (o de los tribunales ordinarios en general) es difícil de trazar de modo perfecto, desde el momento en que el enjuiciamiento jurídico de ambos tribunales coincide parcialmente, aunque sean diferentes las potestades de resolución de las que la ley les inviste.

Dado que la Constitución tiene valor normativo y supremo -lo que recuerda, pero no establece, el art. 5.1 LOPJ-, el TS (cualquier tribunal ordinario) no puede prescindir de interpretar y aplicar los preceptos de la Constitución al interpretar y aplicar las leyes ordinarias. En unos casos, hallará, de ese modo, una interpretación de la ley ordinaria conforme a la Constitución (art. 5.3 LOPJ: "... cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional"). En otros casos, precisamente ese enjuiciamiento le llevará a plantear la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC (art. 5.2 y 3 CE), si, por el rango de la norma o por su carácter postconstitucional, el tribunal ordinario no puede resolver prescindiendo de su aplicación por estimarla inconstitucional.

Por su parte, el TC, en cuanto juzgador de leyes y de actos que han debido ser realizados de conformidad con la ley, no puede dejar de interpretar las leyes ordinarias, para determinar si tienen interpretaciones conformes a la Constitución, o, en su caso, si el acto enjuiciado se funda, o no, en una de esas interpretaciones. A partir de este enjuiciamiento ejerce diferentes potestades de resolución previstas en la Constitución y en la ley. Específicamente: potestades de declaración de inconstitucionalidad, de emisión de sentencias interpretativas, de concesión del amparo; y esto último simplemente, o con planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad ante el Pleno del TC.

La probabilidad de que deban hacerse estos enjuiciamientos parcialmente coincidentes es alta. La CE es rica en previsiones normativas no exclusivamente referidas a la organización de los poderes públicos, y, en particular, lo es en el catálogo de derechos fundamentales que reconoce.⁴

No siempre la existencia de zonas tangentes, e incluso secantes, entre la jurisdicción del TC y la del TS genera fricción entre ambos tribunales.

a) La competencia exclusiva del TC para la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones con rango de ley, el valor jurídico de las sentencias interpretativas y el valor jurídico de la doctrina jurisprudencial del TC

En los supuestos mencionados en el epígrafe, la potestad jurisdiccional del TC tiene por objeto la disposición legal abstracta a la que el TS (y cualquier otro tribunal ordinario) se halla sujeto en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

La declaración de inconstitucionalidad de una disposición con rango de ley - como consecuencia de un recurso o de una cuestión de inconstitucionalidad- no genera ninguna fricción entre el TC y el TS. La CE (arts. 161.1, a, y 164) y la LOTC (arts. 27-29, 38-40) establecen, con total precisión, esta competencia exclusiva del TC y la eficacia de su ejercicio: la nulidad de una o varias disposiciones legales o de partes de las mismas, que resultan expulsadas del ordenamiento con sujeción al cual un tribunal ordinario debe resolver.

⁴ DE LA OLIVA SANTOS, A., "Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión", en *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996, págs. 10-13; PÉREZ TREMPES, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, págs. 208-209.

No es esencialmente distinto lo que ocurre en caso de sentencia interpretativa de inconstitucionalidad, aunque formalmente se pierde la nitidez de la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad de un preciso texto normativo. Las sentencias interpretativas -que no están expresamente previstas por la LOTC, aunque sí implícitamente consideradas en su art. 40.2-, descansan en la posibilidad de distinguir entre texto normativo y norma. La última es el resultado de la interpretación, la cual, en la medida en que ha permitido llegar a resultados conformes a la Constitución, excluye que se declare la inconstitucionalidad y la nulidad de un texto normativo o parte de él, aunque se declaren inconstitucionales algunas interpretaciones del mismo, o sólo conformes a la Constitución alguna o algunas de las interpretaciones posibles.

Esto tiene para el TS (y, en general, para los tribunales ordinarios) efectos en dos ámbitos distintos, aunque relacionados:

1º) Ha quedado modificada la norma a la que estos tribunales se hallan sujetos, bien por la exclusión de una o varias interpretaciones inconstitucionales, bien por la reducción a una sola interpretación constitucionalmente conforme.⁵

2º) La doctrina jurisprudencial formada respecto del texto normativo que ha sido objeto de una sentencia interpretativa deberá entenderse corregida por la doctrina derivada de la sentencia del TC (art. 40.2 LOTC).⁶ De ese modo, los efectos jurídicos que el ordenamiento español de algún modo vincula a la doctrina jurisprudencial -principalmente previstos en el régimen de los recursos de corte casacional- quedan vinculados a la doctrina correctora resultante de la sentencia del TC.

Tampoco esta vía de incidencia del TC en la que podríamos llamar, esquemáticamente, “premisa mayor” del enjuiciamiento encomendado a los tribunales ordinarios, ha llegado a plantear tensiones entre TC y TS.

Un aparente paso más en la incidencia de la potestad jurisdiccional del TC sobre la tarea de enjuiciamiento del TS (y de los tribunales ordinarios en general) vendría dado por lo dispuesto en el art. 5.1 LOPJ. Este precepto dispone que el deber de interpretación y aplicación de las normas infraconstitucionales según los preceptos y principios constitucionales, será cumplido “conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”. Es decir: los tribunales ordinarios no sólo están vinculados por la Constitución, sino por el modo en que el TC la interpreta, generando doctrina jurisprudencial sobre la Constitución.

Podría entenderse que esto significa extender el efecto jurídico antes considerado (corrección de la doctrina jurisprudencial del TS) más allá del supuesto de una inconstitucionalidad declarada mediante sentencia interpretativa. Si así fuera, el art. 5.1 LOPJ sería inconstitucional por contrario al art. 164.1 CE, según el cual: “Las (sentencias) que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos”. Esta comprensión debe ser excluida, porque el art. 5.1

⁵ SANTOS VIJANDE, J. M., *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Comares, Granada, 1995, págs. 100-102.

⁶ SANTOS VIJANDE, *Doctrina y jurisprudencia*, págs. 97-100.

LOPJ no se refiere a la doctrina jurisprudencial del TS formada en la interpretación y aplicación de la ley, sino a la doctrina jurisprudencial sobre la Constitución, que sólo puede ser formada por el TC como supremo intérprete de la misma (art. 1 LOTC). Esta doctrina, ciertamente, es formada con independencia del tipo de proceso en que el TC resuelva, porque, cualquiera sea el proceso, la única regla de juicio del TC es la Constitución.⁷

Lo que el art. 5.1 LOPJ sí que tiene de novedoso es la formulación normativa de una vinculación no sólo a la Constitución, sino al modo de interpretarla el TC, a su doctrina jurisprudencial sobre la Constitución. Respecto de la doctrina jurisprudencial del TS no existe, con carácter general, una norma similar, aunque sí normas que permiten el acceso a la casación precisamente contra la sentencia que diverja de la doctrina jurisprudencial del TS. En definitiva, salvo en caso de violación de derechos fundamentales, en el que es admisible el amparo ante el TC,⁸ la protección de la supremacía interpretativa del TC sobre la Constitución -que es lo que le habilita para formar esta doctrina jurisprudencial vinculante- sólo cuenta, precisamente, con el instrumento de ese acceso a la casación por infracción de la doctrina jurisprudencial constitucional.⁹

b) Las potestades del TC en el recurso de amparo por violación de derechos fundamentales “materiales”

Las potestades del TC en los procesos de inconstitucionalidad no son causa de fricción con el TS (con los tribunales ordinarios en general), porque los efectos de aquéllas se producen sobre la ley y su interpretación. Los jueces ordinarios se hallan sujetos a los efectos del ejercicio de esas potestades del mismo modo que lo están a la ley. Pero el TC no resuelve aplicando la norma al caso litigioso del que conoce el tribunal ordinario. Ésta función sigue correspondiendo al tribunal ordinario.

Diferentemente, en los recursos de amparo de los derechos que la CE reconoce como derechos fundamentales, el ámbito de enjuiciamiento del TC coincide plenamente con el del tribunal ordinario para la tutela del derecho fundamental ante una lesión concreta del mismo.

Recordemos que, en Derecho español, no hay acceso directo al TC para la tutela en amparo de los derechos fundamentales, con la única excepción de los derechos lesionados por acto no legislativo de las Cámaras (art. 42 LOTC). De acuerdo con las previsiones constitucionales (arts. 53 y 161.1, a, CE) hay que agotar previamente las posibilidades de tutela ante los tribunales ordinarios (art. 43 LOTC).

La vía judicial previa presenta exigencias distintas y plantea problemas diferentes en la relación entre el TC y los tribunales ordinarios en función de que se trate de la tutela de derechos fundamentales materiales o procesales.

⁷ SANTOS VIJANDE, *Doctrina y jurisprudencia*, págs.114-122.

⁸ SANTOS VIJANDE, *Doctrina y jurisprudencia*, págs.124-126.

⁹ SANTOS VIJANDE, *Doctrina y jurisprudencia*, págs.121-124, 127-128.

Consideraremos, ahora, las cuestiones relativas a la tutela de derechos fundamentales materiales. La CE reconoce el derecho a la igualdad -como no discriminación ilegítima- (art. 14); a la vida y a la integridad física y moral (art. 15); a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16); a la libertad y seguridad personal (art. 17); al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18); al secreto de las comunicaciones personales (art. 18); a la libertad de expresión e información (art. 20); los derechos de reunión (art. 21) y de asociación (art. 22), a la participación en asuntos políticos y al acceso a funciones y cargos públicos (art. 23), a la legalidad penal y sancionadora (art. 25), a la educación y a la libertad de enseñanza (art. 27), a la libertad de sindicación y de huelga (art. 28); en fin, el derecho de petición (art. 29).

La previsión de la vía judicial previa respecto de estos derechos conduce a que el TC no sólo enjuicie la lesión inicial del derecho fundamental –la cual, salvo excepciones,¹⁰ no será imputable a un tribunal- sino también las resoluciones de los tribunales ordinarios, para determinar si las mismas, con la denegación de la tutela, han lesionado también el derecho fundamental correspondiente.¹¹

Lo anterior debe ocurrir, y ocurre efectivamente, en la práctica del TC,¹² a pesar de la incorrecta e imprecisa limitación al respecto que parece establecer el art.44, 1, b, LOTC.¹³

Dejando a un lado que este precepto, por interpretación literal y sistemática, sólo parece aplicable a los casos en que la lesión de un derecho fundamental “sea imputable de un modo inmediato y directo a una acción u omisión de un órgano judicial”, su estricta aplicación haría imposible que el TC tutelara un derecho fundamental que haya sufrido una concreta lesión, no reparada por el tribunal ordinario en la vía judicial previa. Por dos razones:

1ª) La tutela del derecho fundamental en amparo por el TC lo es en concreto y por una lesión concreta; no se trata de una oportunidad para que el TC sienta doctrina sobre el contenido esencial de un derecho fundamental. Por consiguiente, es imposible que el TC juzgue “con independencia de los hechos (...) acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer (...)”.

¹⁰ Principalmente, las excepciones se producirán en los derechos reconocidos en los arts.17, 18.2 y 25 CE -dado que la ley atribuye a los jueces los correspondientes poderes de restricción de derechos y de aplicación de la ley penal-, aunque también es posible que un acto judicial, realizado en determinado proceso, lesione, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y de información.

¹¹ GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi, Pamplona, 1998, págs.170-176.

¹² Puede verse una amplísima referencia de casos en GÓMEZ AMIGO, *La sentencia estimatoria*, págs.184-194.

¹³ Dice este artículo en la parte que interesa: “1. Las violaciones de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: (...) b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional”.

2ª) Una cosa es la vía judicial previa preceptiva y otra -completamente excluida por absurda, al comportar la negación de la jurisdicción de amparo del TC en caso de lesión de un derecho fundamental de carácter material- que el TC no pueda, en caso de que el tribunal ordinario haya desestimado la petición de tutela, llegar a la conclusión de que el derecho fundamental sí que ha sido lesionado y otorgar la tutela.

Todo lo más puede entenderse que la aplicación del art. 44, 1, b, LOTC, también en los recursos de amparo por lesión inicialmente no judicial de derechos fundamentales materiales, significa que el TC no puede modificar el estricto juicio de hecho del tribunal ordinario. Es decir, el juicio dirigido a establecer cuáles son los hechos ciertos relevantes en el caso.¹⁴

Pero, en todo caso, lo que sí puede el TC es:¹⁵

1º) Tomar conocimiento de cuáles son los hechos fijados como ciertos.

2º) Calificarlos o apreciarlos con vistas a la aplicación de las normas legales y constitucionales que deban ser tenidas en cuenta para la decisión.

3º) Revisar la interpretación y aplicación que el tribunal ordinario ha hecho, en el caso, de las leyes ordinarias, para determinar si han sido conformes a la CE o si esta conformidad no es posible, de modo que el TC no sólo deba estimar el amparo, sino incluso plantear al Pleno la cuestión de inconstitucionalidad.

4º) Interpretar y aplicar la disposición constitucional que reconoce el derecho fundamental, estableciendo el contenido esencial del mismo.

Y, con fundamento en todo lo anterior, reconocer en concreto el derecho fundamental lesionado y restablecer a su titular en el ejercicio y disfrute del mismo.

Los derechos fundamentales materiales o de carácter sustancial tienen un contenido objetivable, radicado directamente en la Constitución y no dependiente de un ámbito de legítima decisión de los tribunales, adoptada con independencia. En esto se diferencian -como luego veremos- de los derechos fundamentales de carácter procesal, especialmente del principal entre los mismos: el derecho a la tutela judicial efectiva.

La antes apuntada coincidencia de los enjuiciamientos del TS y del TC puede conducir, y ha conducido, a que el TC haya anulado sentencias del TS, por estimar que estas sentencias habían negado, erróneamente, protección a un derecho fundamental lesionado. No obstante, más allá del prurito personal y profesional de los magistrados del TS en entender que era la suya -y no la del TC- la solución jurídicamente más acertada, el TS no ha argumentado una negación *de iure* de la supremacía de la potestad del TC para la tutela concreta de un derecho fundamental.

¹⁴ DE LA OLIVA SANTOS, “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en *Tribunal Constitucional*, págs. 45-46, en nota 29; GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria*, págs. 174-175.

¹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en *Tribunal Constitucional*, págs. 15-23.

Valga, en este aspecto, la referencia a la STS (Sala de lo Civil) 5 noviembre 2001, RJ 2002\677, que, por lo que se refiere a la cuestión -diferentemente valorada por los dos tribunales; el TC otorgó el amparo, mediante STC (Sala Primera) 139/2001, de 18 de junio, anulando una anterior sentencia del TS- de si se había o no producido intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de determinada persona, se pliega a lo declarado por el TC diciendo:

“Efectivamente, el artículo 5-1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proclama que los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes, según interpretación que en sus resoluciones realice el Tribunal Constitucional sobre derechos y principios constitucionales.

Por ello, esta Sala debe proclamar, por imperativo legal, que las fotografías aparecidas en la revista «Diez Minutos» de fecha 9 de agosto de 1990 suponen un ataque a la intimidad de Alberto C. A., que aparece en las mismas; y así, se está formalmente de acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional, que afecta a la presente cuestión”.¹⁶

El TS sí que ha mantenido, en cambio, la reivindicación de su jurisdicción frente al TC cuando éste, tras reconocer el derecho fundamental, ha extendido de algún modo su decisión a pronunciamientos ajenos al contenido esencial del mismo, como la determinación de una concreta cuantía de la indemnización por la lesión causada. El pronunciamiento del TS sobre la cuantía de la indemnización por una lesión del derecho a la intimidad (STS (Sala de lo Civil) 20 julio 2000, RJ 2000\6184) fue anulado por la STC (Sala segunda) 186/2001, de 17 de septiembre; el TS aprovechó un caso similar -el que constituye objeto de la STS (Sala de lo Civil) 5 noviembre 2001, RJ 2002\677)- para justificar, con detalle, la corrección procesal y de fondo de su enjuiciamiento sobre la cuantía de la indemnización.

c) El recurso de amparo por violación de derechos fundamentales de carácter procesal: la imprecisión en el contenido esencial de estos derechos y problemas con determinados efectos del otorgamiento del amparo

El art. 24 CE reconoce un elenco muy amplio de derechos fundamentales de carácter procesal.¹⁷

Con ocasión de la tutela en amparo de estos derechos por el TC sí que existe el riesgo de invasión por éste de la jurisdicción propia del TS (de los tribunales ordinarios).

¹⁶ En similares términos se había pronunciado la STS (Sala de lo Civil) 20 julio 2000, RJ 2000\6184, precedida por la STC (Sala segunda) 115/2000, de 5 de mayo, que había estimado el amparo por violación del derecho a la intimidad y anulado la STS (Sala de lo Civil) 31 diciembre 1996, RJ 1996\9226, que no había considerado existente tal lesión.

¹⁷ El artículo 24 CE dice: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

Ese riesgo se manifiesta, principalmente, de los dos modos que examinamos a continuación.

a') La concepción por el TC del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva

El artículo 24 CE reconoce que “Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

La doctrina jurisprudencial del TC, que nos permite conocer cómo concibe éste el contenido esencial de este derecho, deja claro que ese contenido no comprende la posibilidad de someter al TC la que ha sido cuestión litigiosa ante los tribunales ordinarios, para que el TC se pronuncie sobre si la tutela fue bien o mal denegada. Esta interpretación (que el TC ha repudiado expresamente en varias sentencias así, por ejemplo, la 118/1989, 3 de julio y la 146/1991, 1 julio) debe rechazarse, porque supondría lo siguiente: la afirmación de que se ostenta un derecho o interés legítimo precisado de tutela y la existencia de una sentencia desestimatoria (que sería el acto presuntamente lesivo del derecho a obtener la tutela jurisdiccional), permitiría plantear ante el Tribunal Constitucional el mismo objeto procesal de anteriores instancias en toda su extensión, para que examinara, con los mismos e incluso con nuevos materiales, si la tutela había sido o no correctamente denegada. Ahora bien, esto es contrario a la Constitución, no sólo por la posición en que sitúa al Tribunal Constitucional respecto a los tribunales ordinarios y por la conversión del amparo en una segunda o tercera instancia, sino por contradecir la clara disposición del art. 53.2 CE. En efecto, de admitirse esta interpretación, la tutela mediante amparo no se limitaría a los derechos y libertades acotadas por este precepto constitucional, sino que alcanzaría, de modo indirecto, a todos los derechos e intereses legítimos.

Objeto del derecho a la tutela judicial efectiva no lo es, en consecuencia, una resolución estimatoria de las pretensiones deducidas, sino simplemente una resolución jurisdiccional de fondo, fundada en derecho, cualquiera sea su sentido, favorable o adverso.¹⁸

Además, este derecho no está reconocido por el art. 24.1 CE de modo incondicional, sino que la propia Constitución presupone su configuración legislativa (art. 53.1 -directamente- y 117.3 CE -en cuanto somete el ejercicio de la potestad jurisdiccional a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan-). A esa configuración legislativa habrá que ajustar su ejercicio para que los órganos jurisdiccionales lo reconozcan (SSTC 68/1991, 8 de abril; 145/1991, 1 de julio).

En efecto, “el artículo 24.1 reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el bien entendido que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor, y que aunque normalmente recaiga sobre el fondo, puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas se encuentra

¹⁸ Véanse entre otras, STC 5 octubre 1983, Sala 2.ª, BJC 1983-31, págs. 1292-1298; STC 8 noviembre 1983, Sala 1.ª, BJC 1983-31, págs. 1333-1341; STC 1/1991, 14 de enero; STC 32/1991, 14 de febrero; STC 96/1991, 9 de mayo.

que el órgano judicial instado no se considere competente. Ello supone que el artículo 24.1 no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional, sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas” (STC 8 junio 1981, Sala 1.^a, BJC 1981-4, pág. 258).

Tampoco se viola el derecho si no hay resolución de fondo por interponerse la pretensión en procedimiento inadecuado; o si no se dicta tal resolución porque la oposición de una parte tiene el efecto legal de excluir que se obtenga en el procedimiento en que se instó, aunque no en otro; o si quienes interpusieron la pretensión carecían de la legitimación necesaria para obtener ese pronunciamiento de fondo.¹⁹

El TC, al determinar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, debe tener presente que también es norma constitucional la de que los jueces deben decidir sobre el otorgamiento de la tutela judicial con sujeción a la ley y al Derecho, pero, al tiempo, con independencia frente a toda otra indicación sobre cómo hacer efectiva esa sujeción.²⁰

En definitiva, la protección en amparo por el TC de este derecho fundamental queda enfrentada a una alternativa: limitar la protección a la declaración de inconstitucionalidad de leyes (procesales) o asumir riesgos de invasión del ámbito de decisión propio de los tribunales ordinarios (específicamente, en su caso, del TS).

La primera opción estaría justificada en que es un derecho de configuración legal. Sólo si una ley lo limita inconstitucionalmente y el juez, ateniéndose a esa ley, hace efectiva la limitación por ella establecida, estarían fundados, al mismo tiempo, la inconstitucionalidad de la ley y el amparo por la concreta lesión del derecho. Lo segundo sin lo primero significaría reconocerle al juez un amplio campo de decisión libre de la ley y directamente sujeto a la Constitución. Por el contrario, en el modelo constitucional, es la ley la que, amplia e inmediatamente, debe regir la actividad judicial, de modo que, si la ley es conforme a la Constitución, la consecuencia será la evitación de lesiones al derecho a la tutela judicial efectiva.²¹

La segunda opción -que es la efectivamente seguida, porque la Constitución²² y la LOTC no excluyen el amparo ante el TC a causa de la lesión por los tribunales

¹⁹ Las doctrinas enunciadas se sientan, respectivamente, en la STC 17 junio 1982, Sala 1.^a, BJC 1982-16/17, págs. 619-623, en la STC 8 noviembre 1983, Sala 1.^a, BJC 1983-31, págs. 1342-1347, y, la relativa a la legitimación, en las STC 6 julio 1983, Sala 2.^a, y 30 julio 1983, Sala 1.^a, ambas en BJC 1982-28/29, págs. 951-956 y 1018-1024.

²⁰ Véase ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, págs. 35-45.

²¹ RUBIO LLORENTE, F., “El recurso de amparo constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, págs. 164-165; RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Jurisdicción y Justicia constitucionales”, en *La jurisdicción constitucional en España*, págs. 233-235.

²² Hay cierto debate acerca de si la Constitución permitiría excluir del amparo ante el TC los casos de lesión de derechos fundamentales de carácter procesal: con datos a favor de esa posibilidad, RUBIO LLORENTE, “El recurso de amparo constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en*

ordinarios de derechos fundamentales procesales- es inevitable desde el momento en que el TC, sin necesidad de anular la ley procesal por inconstitucionalidad, ni tener siquiera que plantearlo al Pleno, debe examinar si el tribunal ordinario ha resuelto con lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por no haber seguido una interpretación de la ley constitucionalmente conforme.

El problema, al fin y a la postre, es de límites en esa inevitable necesidad de que el TC penetre en el ámbito de decisión propio de los tribunales ordinarios. El TC procura respetarlos, no sólo por el deber jurídico de no extralimitar su jurisdicción, sino también por el motivo práctico de no alentar un incremento de recursos de amparo, que desborden su capacidad de resolución en un plazo razonable.

No obstante, en el diseño que ha hecho el TC del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, existen resquicios peligrosos que favorecen una extensión anormal de la jurisdicción del TC a costa de la de los tribunales ordinarios.

Principalmente se trata de las cuestiones siguientes:

1ª) En virtud de la conexión sistemática entre el art. 24.1 CE y el art. 120 de la misma -que establece el deber de motivación de las sentencias- el TC ha entendido que la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la respuesta judicial, con independencia de cómo se pronuncie sobre la pretensión, esté motivada. Realmente ésta parece una exigencia prudente, porque se limita a los aspectos formales de la resolución; además, concretamente, a un aspecto nítidamente establecido por un precepto constitucional. El riesgo, no obstante, surge cuando el TC, para no tolerar cumplimientos sólo ficticios de ese requisito formal, entra a examinar la suficiencia de la motivación.²³

2ª) Los tribunales han de resolver no arbitrariamente, sino sujetos a la ley y al Derecho. El TC ha llegado a sostener -entrando en el fondo estricto del asunto decidido por el tribunal ordinario- que “la tutela judicial no es efectiva cuando un tribunal decide sobre la base de un error patente o sobre la base de una selección y/o interpretación de la norma aplicable arbitraria o manifiestamente irrazonable, porque

España, págs. 127-134; SALA SÁNCHEZ, P., “Discurso ... en acto inaugural del año judicial”, en *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, Tribunal Supremo, Madrid, 1994, págs. 35-36; en contra de la misma, DE LA OLIVA SANTOS, A., “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en *Tribunal Constitucional*, págs. 58-64.

²³ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en *Tribunal Constitucional*, 36-43; LÓPEZ GUERRA, L., “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 47-48; MANZANARES SAMANIEGO, J.L., “La delimitación de competencia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional*, pág. 77; SALA SÁNCHEZ, P., “Discurso ... en acto inaugural del año judicial”, en *La delimitación de funciones entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria en la protección de los derechos fundamentales*, Tribunal Supremo, Madrid, 1994, pág. 20; BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 62-65.

en tales casos la decisión judicial no puede decirse que esté fundada en Derecho”.²⁴ También ha sostenido el TC que otro supuesto de vulneración del derecho al aplicar las normas al fondo de los casos litigiosos “consiste en que el tribunal se desvincule claramente del sistema de fuentes establecido, esto es, que el tribunal, tras reconocer la aplicabilidad de una determinada norma jurídica, deje de aplicarla y la sustituya por otra o no siga los controles normativos dispuestos por el ordenamiento jurídico”.^{25 26}

3ª) El principio de igualdad (art. 14 CE), en su vertiente de igualdad en la aplicación de la ley, abre otra vía para que el TC entre en el examen del fondo de la resolución del tribunal ordinario. El TC ha entendido que aquel principio impone al juez resolver del mismo modo casos iguales a otros que él mismo hubiera decidido en el pasado, o que motive las razones por las que ha estimado que debe dar una resolución diferente. A su vez, sobre esta motivación de la divergencia el TC puede no conformarse con la comprobación de su existencia formal, y entrar a examinar la suficiencia de la misma.²⁷

Por alguna de las tres vías mencionadas, el TC puede acabar entrando -con motivo del amparo del derecho a la tutela judicial efectiva- en el propio juicio sobre la cuestión de fondo realizado por el tribunal ordinario y, además, en casos en que no está implicado un derecho fundamental de carácter material o sustantivo. De este manera, contra toda apariencia, el derecho fundamental que consideramos garantiza algo más que un pronunciamiento sobre el fondo: garantiza, en algunos supuestos, un determinado sentido o contenido de tal pronunciamiento.

b') Efectos del otorgamiento del amparo por violación de un derecho fundamental de carácter procesal: nulidad de la resolución del TS, firmeza de la sentencia de instancia y desconocimiento de la competencia funcional del TS

La estimación del amparo por violación de un derecho fundamental de carácter procesal debería conducir, en todo caso y por el contenido del derecho, a que se repusieran las actuaciones a la etapa procesal oportuna, para que, ahora con respeto al derecho reconocido en concreto por el TC, continuar las actuaciones, o concluir las si la reparación de la lesión sólo requiere modificar la resolución que hubiera puesto fin al proceso.²⁸

²⁴ BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, pág. 71.

²⁵ BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial*, pág. 74.

²⁶ También sobre esta cuestión, DE LA OLIVA SANTOS, “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en *Tribunal Constitucional*, págs. 31-36; MANZANARES SAMANIEGO, “La delimitación de competencia entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional*, pág. 76; SALA SÁNCHEZ, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La delimitación de funciones*, pág. 20.

²⁷ SALA SÁNCHEZ, P., “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La delimitación de funciones*, pág. 35-36; RUBIO LLORENTE, F., “El recurso de amparo constitucional”, en *La jurisdicción constitucional en España*, pág. 149 y nota en la misma.

²⁸ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en *Tribunal Constitucional*, págs. 52-53.

El TC no siempre ha actuado así. En algunos casos, después de anular la sentencia considerada lesiva del derecho fundamental, ha declarado la firmeza de la sentencia de instancia, por considerar que ésta sí que había sido respetuosa con aquel derecho. En ocasiones, la sentencia anulada ha sido la del TS, siendo declarada firme la sentencia de instancia, que el Supremo antes había anulado en casación.

En estos casos el TC resuelve el fondo del asunto litigioso planteado ante los tribunales ordinarios -aunque sea mediante la técnica de hacer firme una sentencia de sentido determinado dictada sobre el asunto- y puede privar al TS del ejercicio de su competencia funcional.

Dos de esos casos han sido especialmente notables, porque, con ocasión de los mismos, se ha exteriorizado una posición de abierta discrepancia del TS frente al modo de resolver el TC.

El primer caso versaba sobre una declaración de paternidad, en cuyo proceso se propuso, con arreglo al artículo 127 del Código Civil, la práctica de pruebas biológicas. El juez de primera instancia estimó que la negativa del supuesto padre a someterse a tales pruebas, aunque concurrían otros indicios, no era suficiente para declarar la paternidad del demandado. La Audiencia Provincial, en apelación, entendió que, establecido un principio de prueba a partir de diversos indicios acreditados en el proceso, la negativa del demandado a prestar la colaboración necesaria para la práctica de la prueba biológica, cuyos resultados tienen gran fiabilidad, significaba la admisión implícita de su paternidad, sin que estuviera justificado negar la colaboración con base en razones de preservación de su dignidad, salud e intimidad. El Tribunal Supremo había reconocido en otros casos la posibilidad de concluir la paternidad, con base en esta conducta del demandado, cuando concurren otros elementos probatorios de carácter indirecto. No obstante, en este caso el TS (STS [Sala de lo Civil] 30 de abril de 1992) casó la sentencia de la Audiencia y desestimó la demanda, por entender que no concurrían elementos fácticos suficientes para atribuir a la negativa del demandado los efectos extraídos por la Audiencia Provincial. La sentencia del TS fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, con fundamento en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a los medios de prueba pertinentes (art. 24 CE). La STC (Sala Primera) 7/1994, de 17 de enero, estimó al amparo, declaró nula la sentencia del Tribunal Supremo y firme la de la Audiencia Provincial.

En el segundo caso, una persona de notoriedad social en España había demandado a la entidad titular de un medio de comunicación, con fundamento en que el contenido de un reportaje publicado violaba su derecho a la intimidad. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó la apelación y la demanda, lo que incluía un pronunciamiento de condena a indemnizar. El TS (STS [Sala de lo Civil] 31 diciembre 1996, RJ 1996\0226) casó la sentencia de la Audiencia y desestimó la demanda en todas sus partes.

El TC (STC [Sala Segunda] 115/2000, de 5 de mayo, TC 2000\115) estimó el amparo por entender, contra la tesis del TS, que sí había existido violación del derecho a la intimidad, y anuló la sentencia del TS.

El TS resolvió nuevamente (STS [Sala de lo Civil] 20 julio 2000, RJ 2000\6184). Estimó la demanda en cumplimiento de la sentencia de TC, ordenó la

publicación de la sentencia en la revista, y, en cuanto a la condena a indemnización, fijó su importe en veinticinco mil pesetas. Digamos que la sentencia de la Audiencia Provincial, en su momento anulada por el TS, la había cifrado en diez millones de pesetas. Contra esta sentencia se interpuso, de nuevo, recurso de amparo, con el doble fundamento de violación del derecho a la intimidad -el TS, al fijar la indemnización, enjuició de nuevo la intromisión en ese derecho, y la minimizó frente a lo ya declarado por el TC- y de infracción del derecho a la tutela judicial efectiva -por falta de motivación suficiente del pronunciamiento sobre la indemnización-.

El TC (STC [Sala Segunda] 186/2001, de 17 de septiembre, RTC 2001\186), estima el amparo, considerando infringidos ambos derechos, y, establece las consecuencias de la estimación del siguiente modo:

“En el presente caso el otorgamiento del amparo comporta la declaración de nulidad de la Sentencia impugnada [art. 55.1 a) LOTC]. Pero el restablecimiento de la recurrente en la integridad de su derecho fundamental [art. 55.1 c) LOTC] exige, dadas las particulares circunstancias del supuesto enjuiciado en este caso, que nuestro fallo no se limite a declarar tal nulidad y a acordar la devolución de las actuaciones para que sobre ellas se produzca un nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo, puesto que, de una parte, estamos ante un vicio «in iudicando» y, de otra, a diferencia de lo acaecido en ocasiones precedentes, habiéndose ya pronunciado por dos veces al respecto el órgano judicial frente a cuyo último pronunciamiento se nos demanda amparo, el pleno restablecimiento del derecho a la intimidad personal y familiar exige aquí, en función de las concretas características del caso, excluir dicha devolución con el objeto de que la reparación procedente no se dilate en términos inadmisibles al resultar remitida a un proceso que puede prolongarse indefinidamente y que, en consecuencia, por su misma duración, podría hacer ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado. En consecuencia procede declarar la nulidad de la Sentencia dictada por la Sala Primera del Tribunal Supremo el 20 de julio de 2000 y, a los fines indicados, declarar que, en cuanto al «quantum» indemnizatorio, ha de estarse en ejecución de nuestro fallo a la cantidad acordada en concepto de indemnización por el fallo de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de enero de 1993, cuya fundamentación resulta acorde con las exigencias del derecho fundamental expresadas en la STC 115/2000”

En ambos casos, la razón determinante para que el TC, explícita o implícitamente, declarara firmes las respectivas sentencias de segunda instancia ha sido evitar que la restitución procesal del asunto ante los tribunales ordinarios comportara una dilación indebida de la resolución definitiva del proceso ante los mismos, dilación que convertiría en ilusoria la obligada reparación del derecho fundamental lesionado.²⁹

Lo cierto es que, en el primer caso, la STC no sólo restaura al actor en el ejercicio del derecho a la prueba, imponiendo un especial valor probatorio al hecho de negarse el demandado a prestar su colaboración para la práctica de pruebas biológicas de paternidad, sino que declara el hecho y la consecuencia jurídica de una paternidad. En el segundo caso, más allá de garantizar una motivación suficiente, sustituye los juicios del TS sobre la prueba de los hechos relevantes y la apreciación de los mismos para el cálculo de una indemnización, por los realizados en una sentencia de segunda instancia que, por cierto, le llegó al TC ya anulada por el TS. La renovada lesión del derecho a la intimidad -que el TC atribuye a la segunda sentencia del TS- no parece

²⁹ LÓPEZ GUERRA, “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional*, págs. 52-54.

aceptable, una vez la lesión había sido judicialmente reconocida, se había señalado una indemnización pecuniaria y la reparación *in natura* que significa la publicación de la sentencia.

B) Las reacciones del TS frente a los excesos en el ejercicio de la jurisdicción por el TC

El carácter supremo del TC, en cuanto entienda estar actuando en el ámbito de su jurisdicción, comporta que sólo él mismo puede definir sus límites (art. 4 LOTC)³⁰ y que no está previsto ningún instrumento jurídico para que un hipotético tercer órgano decida eventuales divergencias sobre la jurisdicción o la competencia entre el TC y el TS.

Eso no ha sido óbice para que el TS, especialmente su Sala de lo Civil, haya exteriorizado su reacción frente a lo que ha estimado como excesos jurisdiccionales del TC, aunque ha instrumentado esa exteriorización mediante el ejercicio de sus competencias legales.

Una primera muestra está constituida por la STS (Sala de lo Civil) 5 noviembre 2001, RJ 2002\677. Esta sentencia se dictó después de haber sido anulada en amparo por el TC (STC [Sala Primera] 18 junio 2001, RTC 2001\139) una precedente sentencia de la Sala de lo Civil del TS que, a su vez y por no estimar producida ilegítima intromisión en el derecho a la propia imagen, había anulado en casación la dictada en segunda instancia por la Audiencia Provincial.

El TS -tal vez para encauzar preventivamente unas actuaciones cuyo desarrollo amenaza con ser similar al del segundo caso que hemos expuesto en el apartado inmediatamente anterior; tal vez aprovechando la oportunidad procesal para exponer con detalle la justificación de sus decisiones en ese mismo caso- expone, con una motivación teñida de reproches al TC, su crítica la STC [Sala Segunda] 186/2001, de 17 de septiembre, RTC 2001\186.

Los argumentos básicos son estos dos:

1º) El TC utiliza, para dar soporte a la indemnización, hechos probados y apreciaciones de los mismos contenidos en una sentencia que, en el momento de pronunciarse el TC, ya no subsistían por haber sido anulados por el TS al estimar la casación; por el contrario desconoce los del pronunciamiento de instancia que, con arreglo a ley, había emitido el TS tras anular en casación la sentencia de la Audiencia.

2º) Sin perjuicio de denunciar el carácter contradictorio de las dos sentencias del TC en punto a si la gravedad de las intromisiones en el derecho a la intimidad afecta a la esencia constitucional del derecho o, por el contrario, es tema de legalidad ordinaria que sólo repercute en la cuantía de la indemnización, el TS argumenta que la indemnización que fijó en el caso no era simbólica, como demuestra un elenco de dieciocho casos que expone para evidenciar la proporcionalidad.

³⁰ Dice este artículo que: “1. En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional.

2. El Tribunal Constitucional apreciará, de oficio o a instancia de parte, su falta de jurisdicción o de competencia”.

La más notable reacción del TS es la que se manifiesta en la reciente STS (Sala de lo Civil) 23 enero 2004, RJ 2004\1, que condena los magistrados del TC por responsabilidad civil contraída en el ejercicio de sus cargos, a causa de haber acordado la inadmisión, sin motivación, de un recurso de amparo.

La Sala de lo Civil del TS es, en efecto, objetivamente competente para conocer de las demandas de responsabilidad civil contra los magistrados del TC por hechos realizados en el ejercicio de su cargo (art. 56.2º LOPJ). La cuestión, que la sentencia mencionada resuelve afirmativamente en su fundamento jurídico 4º,³¹ es si el TS puede pronunciarse sobre la antijuridicidad o ilicitud de una resolución de dirección procesal del TC, dictada en un proceso de amparo pendiente ante él. El Pleno del TC, mediante acuerdo de 3 de febrero de 2004, lo niega:

“El examen o enjuiciamiento acerca de si se hallan o no ajustadas a Derecho las resoluciones dictadas por este Tribunal en los procesos constitucionales de los que conoce, y en este caso en el de amparo, es materia vedada, por principio, a la jurisdicción ordinaria, incluido el Tribunal Supremo, sin que, por tanto, pueda éste, con ocasión de pronunciarse sobre la exigencia de responsabilidad civil, y cualquiera sea el resultado al que llegue sobre la procedencia de la acción resarcitoria, enjuiciar en cuanto al fondo la juridicidad de las resoluciones de este Tribunal de las que se hace derivar el daño invocado por el particular perjudicado.

Ello es así, por cuanto la delimitación entre la jurisdicción ordinaria, que culmina el Tribunal Supremo, y la jurisdicción atribuida a este Tribunal Constitucional aparece contenida en el art. 123.1 de la Constitución, a cuyo tenor: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales». Declaración que se completa con lo dispuesto en el art. 161.1 b) CE, en el que se atribuye al Tribunal Constitucional la jurisdicción para conocer del recurso de amparo, en los casos y formas que la Ley establezca. Esta referencia a la Ley lo es, obviamente, a la LOTC.

Pues bien, conforme al art. 4º.1 de dicha Ley Orgánica «En ningún caso se podrá promover cuestión de jurisdicción o competencia al Tribunal Constitucional», mandato claramente orientado no sólo a impedir la formal promoción de conflictos sino también a preservar y hacer inmune a cualquier injerencia el ámbito jurisdiccional que la Constitución y

³¹ En sus párrafos más significativos, dice así: “El primer requisito necesario para que, en el presente caso, se pueda imputar una responsabilidad extracontractual a los Magistrados demandados es que se esté ante un comportamiento antijurídico o ilícito en el ejercicio de su cargo, o sea, que lleve insita una vulneración del ordenamiento jurídico. Y en el presente caso se ha de afirmar, sin lugar a duda alguna, que los Magistrados del Tribunal Constitucional demandados, en sus resoluciones (la providencia de 18 de julio de 2002 y el acuerdo de 17 de septiembre de 2002) tuvieron una conducta absolutamente antijurídica.

Se dice lo anterior porque, con dichas resoluciones, los Magistrados en cuestión se negaron lisa y llanamente a entrar a resolver una petición de amparo so pretexto de que iba dirigida a un hipotético tribunal, lo que implica un «non liquet» totalmente inadmisibile. Ya que dichos Magistrados, como miembros del Tribunal Constitucional al que se había dirigido una petición de amparo de derechos del artículo 53-2 de la Constitución Española, rechazaron la misma, no porque no se comprendiera dentro de los casos y formas establecidos por la ley (artículo 161-1-b) de la Constitución Española), sino porque, según el proveído, iba dirigido a un hipotético tribunal y no al Tribunal Constitucional, lo que es absolutamente incierto, pues iba dirigido a ese Tribunal, cuyos miembros son ahora demandados por tal causa; sin que se pronunciaran en modo alguno sobre la petición primera, su posible abstención, sobre todo cuando el tema planteado en el amparo se refería a una cuestión que habían resuelto gubernativamente los miembros del Tribunal Constitucional demandados.

nuestra Ley Orgánica acotan en términos inequívocos, y cuya defensa y afirmación nos viene impuesta.

El desconocimiento de esta clara delimitación por la Sala de lo Civil incurre en una invasión de las funciones jurisdiccionales constitucionalmente atribuidas a este Tribunal Constitucional”.

2.- La difícil realidad de la supremacía de los tribunales supranacionales en sus respectivos ámbitos

Una posición de supremacía respecto del TS español corresponde también, en ámbitos diferentes, a dos tribunales de organizaciones internacionales o supranacionales: el TEDH, órgano de garantía jurisdiccional de los derechos y libertades reconocidos en el CEDH y sus protocolos adicionales; el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, junto al Tribunal de Primera Instancia, son los dos únicos órganos jurisdiccionales específicamente comunitarios, investidos de una competencia exclusivamente limitada a la aplicación del Derecho Comunitario europeo.

No obstante, por razones diferentes respecto de cada uno de estos tribunales, la supremacía de los mismos no se manifiesta en la realidad de un modo tan efectivo como hemos visto que lo hace la del TC.

A) Problemas respecto de los medios para dar cumplimiento específico a las sentencias del TEDH en el ordenamiento español

El TEDH está instituido para “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes del presente Convenio y de sus Protocolos” (art. 19 CEDH en la redacción dada por el Protocolo número 11). El ejercicio de su jurisdicción puede ser instado por los Estados Contratantes (art. 33 CEDH) y “por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos” (art. 34 CEDH).

En principio, cabe pensar que el TEDH ostenta, en el ámbito apuntado, una posición de supremacía respecto de los tribunales internos, específicamente respecto del Tribunal Supremo. Esa conclusión derivaría, de una parte, de que “Al Tribunal no podrá recurrirse sino después de agotar las vías de recursos internas” (art. 35.1 CEDH). Por otra parte, el art. 46.1 CEDH establece que “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes”.

Parece que la interpretación sistemática de estas disposiciones debería conducir a las siguientes conclusiones:

1ª) Una sentencia del TEDH viene, en definitiva, a declarar que un derecho reconocido en el Convenio ha sido violado por órganos del Estado español; en último término -habida cuenta del precepto de agotamiento de recursos internos- por un juez (por el Tribunal Constitucional, en cuanto se trate de derechos fundamentales reconocidos en la CE), sea en el sentido de que él ha causado la violación, sea en el de que no ha reparado la lesión causada por otro órgano estatal, por razón de la cual precisamente se pidió tutela ante el tribunal interno.

2ª) El cumplimiento específico de esa sentencia en el ordenamiento español debería consistir en una actuación jurídica que tuviera como efecto anular la eficacia jurídica de los actos o resoluciones que produjeron la violación del derecho fundamental, sin perjuicio, en su caso, de la posterior realización de los procedimientos y emisión de las resoluciones que anteriormente estuvieron viciadas por haber lesionado tales derechos.

Pues bien, hasta el momento ni se ha establecido en el ordenamiento español un instrumento jurídico idóneo para producir ese efecto, ni el TS ha sido capaz de encontrarlo, sobre la base del Derecho vigente, por vía interpretativa o de integración normativa.

Repasemos los intentos y sus resultados hasta hoy.

a) Juicio de revisión contra la sentencia del tribunal ordinario que hubiera adquirido firmeza

Este instrumento permite, desde luego, eliminar la cosa juzgada producida por el proceso ordinario, que vuelve a quedar pendiente de tramitación y resolución.

Pero la acción impugnativa autónoma que se ejerce en este proceso tiene unas causas legales en las que no puede ser encuadrada la emisión de una sentencia por el TEDH. Las causas de la revisión son defectos del proceso o del enjuiciamiento atribuibles a actividades de mala fe realizadas fuera del proceso, que han tenido una incidencia que permite poner en cuestión si el resultado del proceso hubiera sido el mismo en el caso de no sufrir esa influencia. El supuesto de revisión por sentencia estimatoria de la demanda del TEDH revelaría una situación del todo distinta: los eventuales vicios -en la dirección del proceso o en la sentencia de fondo- se habrían hecho patentes en el propio proceso, habrían sido discutidos y desestimados en él; de modo que, en caso de extenderse la revisión a este supuesto, no se trataría de darle eficacia anulatoria a unos hechos ahora descubiertos, sino de darle esa eficacia a una posterior valoración jurídica de esos mismos hechos (la realizada por el TEDH).

Tal como actualmente está configurado el juicio de revisión no es, pues, un instrumento adecuado para el objetivo perseguido.³²

b) La declaración de nulidad con base en el art. 240.2 LOPJ y el incidente de nulidad post sentencia firme del art. 241 LOPJ

Se planteó también la doctrina la posibilidad de anular las actuaciones del proceso interno mediante la potestad de anulación que el art. 240.2 LOPJ atribuye al

³² En el mismo sentido, aunque no siempre con los mismos argumentos, MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Poder Judicial*, 1989, núm. 15, pág. 85; LIÑÁN NOGUERAS, D., “Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, pág. 371-372; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario a la STC 24511991, de 16 de diciembre)”, en *RIE*, 1992, pág. 154-155; SORIA JIMÉNEZ, A., “La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, págs. 313-356, pág. 347-349.

juez o tribunal, que éste puede hacer efectiva antes de que haya recaído sentencia definitiva.³³ Este medio parecía tener alguna utilidad desde el momento en que el Tribunal Constitucional había interpretado sentencia definitiva como sentencia definitivamente ejecutada, para establecer un cauce procesal ordinario de apreciación de ciertas nulidades procesales que, en otro caso, no tenían otra salida más que la del recurso de amparo.³⁴ Sin embargo este instrumento tampoco es apropiado. Primero, por que no toda lesión declarada de derechos reconocidos en el CEDH puede dar lugar a la nulidad, dado que ésta sólo está prevista para las causas del art. 238 LOPJ (vicios procesales, pero no casos de violación de derechos fundamentales materiales). En segundo lugar, porque -como consecuencia de la cláusula de agotamiento de recursos internos- la eventual causa de nulidad ha debido ser hecha valer, resuelta y rechazada antes de acudir al TEDH.

La expresa previsión legal, antes por el art. 240 LOPJ, ahora por el art. 241 LOPJ, de un procedimiento específico para examinar determinadas causas de nulidad después de la firmeza de la sentencia, en nada cambia las posibilidades de utilización del incidente de nulidad para dar efectos en el ordenamiento español a una sentencia del TEDH estimatoria de demanda contra España.³⁵ Las razones son varias.

En primer lugar, las limitadas causas en las que puede fundarse esta impugnación de nulidad dejan fuera de consideración posible muchas violaciones de derechos. La impugnación de nulidad *post* sentencia firme sólo puede fundarse en defectos de forma que hubieran causado indefensión, si no ha sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia, y en la incongruencia del fallo, siempre que contra la sentencia o resolución que pusiera término al juicio no fuera admisible un recurso en el que se pudiera reparar la indefensión sufrida. Estas limitadas causas permiten reparar en el ámbito de los tribunales nacionales sólo infracciones de los derechos reconocidos en el art. 6 CEDH (derechos fundamentales procesales).

En segundo término, el agraviado que alega haber sufrido lesión en derechos que pueden ser reparados por la vía de art. 241 LOPJ, demuestra haber conocido que la lesión se ha producido, y si, a pesar de ello, se limita a interponer demanda ante el TEDH (para lo que dispone de un plazo de seis meses desde la resolución interna definitiva, según el art. 35.1 CEDH), su posible acción de nulidad ante el tribunal

³³ MORENILLA RODRÍGUEZ, “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Poder Judicial*, 1989, núm. 15, pág. 85-86; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario a la STC 24511991, de 16 de diciembre)”, en *RIE*, 1992, pág. 153-155; SORIA JIMÉNEZ, A., “La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, págs. 340-341.

³⁴ Véase, por ejemplo, MARTÍN DE LA LEONA, J.M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1991, pág. 265-269.

³⁵ Realmente, el incidente de nulidad *post* sentencia más que servir como una vía, aunque sea limitada, para dar eficacia específica en el ordenamiento interno a determinadas sentencias del TEDH, es uno de los recursos internos que las personas que aleguen como lesionados determinados derechos reconocidos por el art. 6 CEDH habrán de utilizar para agotar los recursos internos, de acuerdo con lo previsto en el art. 35.1 CEDH.

interno caduca (veinte días desde el conocimiento de la causa de indefensión o desde la notificación de la resolución incongruente, según el art. 241.1 LOPJ).³⁶

c) El recurso de amparo ante el TC

En defecto de un medio claramente configurado en la legislación ordinaria, la STC 245/1991, de 16 de diciembre (Pleno), que resuelve el amparo contra la STS 4 abril 1990, que había denegado la anulación de las actuaciones que, según una sentencia del TEDH, habían violado determinados derechos fundamentales de Barberá, Messegué y Jabardo, acusados y condenados en precedente proceso penal, acoge el amparo como medio para producir el cumplimiento específico de la sentencia del TEDH en el ordenamiento español.

La línea argumental de la sentencia es la siguiente: hay un derecho fundamental lesionado -así lo ha estimado el TEDH- y cuya lesión continúa de hecho teniendo efectos; los tribunales ordinarios no encuentran instrumentos para hacer efectiva la obligación del Estado español de conformarse con la sentencia del TEDH; mientras el legislador no subsane esa laguna, el Tribunal Constitucional puede interpretar el recurso de amparo de modo que sirva para reparar la lesión.³⁷ El TC omite, en cambio, enfrentar directamente la cuestión de que él mismo ya tuvo oportunidad, en su momento, de tutelar ese derecho fundamental y resolvió no admitir a trámite la demanda de amparo por manifiesta falta de fundamento. Siendo así, en defecto de un

³⁶ Proyectando hipotéticamente la posibilidad de utilización de este instrumento sobre los casos en los que España ha sido condenada -es decir, argumentando como si hubiera estado vigente al producirse los casos- puede advertirse que:

a) En el caso Barberá, Messegué y Jabardo (STEDH 6 diciembre 1988, BJC, 1989-93) el incidente no hubiera sido admisible para remediar las nulidades, ni como recurso interno previamente al acceso al TEDH, ni con posterioridad a la sentencia de éste, porque las nulidades apreciadas en el caso fueron conocidas y denunciadas durante el juicio oral y se fundó en las mismas el recurso de casación contra la sentencia. Similarmente sucede en el asunto Ruiz Mateos (STEDH 23 junio 1993, Conseil de l'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 23 juin, 1993), en el que las nulidades hablan sido objeto de denuncia y debate en los procesos internos previos al acceso al TEDH.

b) En el asunto Hiro Balani (STEDH 9 diciembre 1994, Conseil del'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 9 décembre 1994) el incidente de nulidad de actuaciones por incongruencia de la sentencia hubiera servido, antes de acceder al TC y, después, al TEDH, para reparar la falta de pronunciamiento sobre una de las excepciones alegadas por la demandada, de cuya consideración por el TS dependía una expectativa de desestimación de la demanda frente a la misma; una vez dictada sentencia por el TEDH la acción de nulidad no es admisible por caducidad debida al transcurso de más de veinte días desde el conocimiento de la sentencia incongruente. Parecida es la valoración que debe hacerse en el caso Ruiz Torija (STEDH 9 diciembre 1998, Conseil del'Europe, Cour Européenne des droits de l'homme, Strasbourg, 9 décembre 1994), en el que la condena del TEDH también se funda en una incongruencia que no pudo ser reparada por los tribunales internos.

³⁷ El Tribunal Constitucional, indica la sentencia, "no encuentra el límite del artículo 240 LOPJ para revisar vicios procesales o situaciones de indefensión consistentes en haber recaído sentencia firme, (...) la nulidad de actuaciones que no le está permitida pronunciar al Tribunal Supremo ni a otros órganos judiciales ordinarios, por imperativo legal, en supuestos como el presente, existiendo sentencia firme, sí le está dado pronunciarla a este Tribunal por la vía del recurso de amparo". Insisto en que la previsión legal de un incidente de nulidad post sentencia que no tenga en cuenta las consecuencias de la cláusula de agotamiento de recursos internos tampoco resuelve el problema, como he expuesto más arriba en el texto.

instrumento en Derecho interno para anular la eficacia de las resoluciones del Tribunal Constitucional, no es fácil entender cómo se utiliza el amparo para reconocer ahora la violación -antes negada- de un derecho o, como mínimo, para constatar una declaración de esa violación y para restablecer en su disfrute al agraviado.

La tesis del TC cuenta con un amplio apoyo doctrinal, en defecto de medios jurídicos más específicos.³⁸ También por esa razón me parece aceptable, aunque no puedo dejar de resaltar los defectos de técnica jurídica que pone de manifiesto.

d) La tesis del TS sobre su posición respecto del TEDH

La doctrina jurisprudencial del TC, que -según se acaba de ver- muestra su comprensión con la del TS en cuanto a la constatación de la inexistencia en la legislación ordinaria de un instrumento para el cumplimiento específico de las sentencias del TEDH en el ordenamiento español, ha venido a reforzar la tesis del TS, en la que, ciertamente, el TEDH no aparece situado en un grado superior, dentro del ámbito de su competencia.

Esta tesis se expresa con nitidez en la STS (Sala de lo Civil) 20 noviembre 1996, RJ 1996\8641.

Esta sentencia se enfrenta con una pretensión de nulidad de sentencia dictada por la misma Sala de lo Civil del TS, que el TEDH había declarado lesiva de derechos reconocidos en el art. 6 del CEDH, a causa de haber omitido todo pronunciamiento sobre una excepción oportunamente alegada. Y la rechaza contundentemente.

Sostiene, en primer lugar, que: “las resoluciones del TEDH no tienen efecto directo o de ejecución en el sistema judicial español. Para corroborar lo anterior, se debe afirmar que el ordenamiento judicial español no prevé la ejecución de sentencias internacionales -no confundir con sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, cuya ejecución puede llevarse a cabo por Tribunales españoles-. Pero es que, además, el TEDH no es un órgano judicial supranacional; pues el reconocimiento del Estado Español de la jurisdicción de dicho Tribunal, no puede exceder a lo previsto en el artículo 46 del Convenio, que colateralmente prohíbe dar naturaleza de Tribunal nacional de última instancia definitiva al Tribunal de Estrasburgo. Sobre todo porque el artículo 117.3 de la Constitución Española, establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional de todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales españoles determinados por las leyes. Y, hoy por hoy, introducir el TEDH en la organización judicial española, sólo sería factible a través de una «lex data» de naturaleza orgánica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la Constitución de España”.

³⁸ REQUEJO PAGÉS, J.L., *Sistemas normativos, Constitución y Ordenamiento*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1995, pág. 179-202; SORIA JIMÉNEZ, A., “La problemática ejecución de las sentencias del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1992, págs. 334-341; ESCOBAR HERNÁNDEZ, C., “Problemas planteados por la aplicación en el ordenamiento español de la sentencia Bultó (Comentario a la STC 24511991, de 16 de diciembre)”, en *RIE*, 1992, pág. 156-159. Apuntaban esta posibilidad, pero indicando sus inconvenientes: LIÑÁN NOGUERAS, D., “Efectos de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Derecho español”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985, pág. 371; MORENILLA RODRÍGUEZ, J.M., “La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Poder Judicial*, 1989, núm. 15, pág. 85.

Concluye en la imposibilidad de que produzcan “efectos anulatorios las sentencias tanto del TEDH (...) en el ordenamiento jurídico español, pues para que ello fuera posible tendrían que utilizarse los siguientes caminos: a) Modificar la legalidad actual, como han hecho los Estados de Noruega, Luxemburgo, Malta y el cantón suizo de Appenzell, estableciendo un nuevo motivo de revisión de sentencias firmes, o b) La firma de un nuevo protocolo de Convenio, que estableciera un procedimiento para el cumplimiento de las resoluciones de TEDH o las decisiones del Comité de Ministros, por los Estados demandados. Ante la ausencia de estas dos situaciones, se ha de resolver la cuestión, ahora debatida, declarando la imposibilidad de ejecución del arret de 9 de diciembre de 1994, que afecta a las partes de la presente cuestión, no procediéndose a la anulación de la Sentencia firme dictada por esta Sala del Tribunal Supremo de España, de fecha 30 abril 1990, que es el órgano jurisdiccional superior a todos los órdenes, salvo en lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, que lo es el Tribunal Constitucional; pues lo contrario supondría introducir una instancia judicial internacional superior para suspender las sentencias firmes y con ello «inventar» un nuevo motivo del recurso de revisión”.

El TC no ha optado en el caso Hiro-Balani, ni en otros similares, por una aplicación del recurso de amparo similar a la del caso Barberá, Messegue y Jabardo.

Tal vez, la diferencia de trato entre esos casos esté justificada en que en los casos de naturaleza penal sólo están en juego los derechos fundamentales del acusado, mientras que en los asuntos de naturaleza civil la parte que ha obtenido sentencia firme a su favor ha visto reconocido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que no puede ser menoscabado sin base legal suficiente. En definitiva, sería interesante conocer la postura del Tribunal Constitucional si un tribunal ordinario concluyera, por vía interpretativa, en la existencia de un medio para anular la precedente sentencia firme, frente a lo que el perjudicado por esta anulación recurriera en amparo por violación del derecho a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, contra lo que podía esperarse de los artículos 35.1 y 46.1 CEDH, el TS no pierde su carácter de supremo, en términos relativos respecto del TEDH. Las sentencias del TS continúan siendo plenamente eficaces, aunque el TEDH haya estimado producida o no reparada por aquel Tribunal una lesión de un derecho fundamental. Pero habría que matizar: no pierde ese carácter directamente, pero sí con la intermediación del TC, como se ha podido observar en la STC (Pleno) 245/1991, de 16 de diciembre.

Las sentencias del TEDH no dejan de tener eficacia, a pesar de que la misma no consiste en quebrar la eficacia de las sentencias de los tribunales internos. Sólo que su eficacia queda limitada a la mera declaración y, en su caso, a una condena a indemnización que ya preveía, como válvula de escape de estas limitaciones de Derecho interno, el art. 41 CEDH.³⁹

³⁹ Según ese precepto: “si el Tribunal declara que ha existido violación del Convenio o de sus Protocolos, y si el derecho interno de la Alta Parte contratante sólo permite eliminar imperfectamente las consecuencias de esta violación, el Tribunal concederá, si corresponde, a la parte perjudicada una satisfacción equitativa”.

B) El planteamiento de cuestión prejudicial de Derecho comunitario ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas o las “aduanas judiciales nacionales”

El juez español, como el de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, es también juez comunitario.

Salvo el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, con sus específicas competencias, la organización comunitaria no comprende el establecimiento de órganos jurisdiccionales específicos para la aplicación del Derecho Comunitario. Este Derecho forma parte –y, además, con la característica específica de la primacía⁴⁰ del sistema de fuentes del Derecho al que está sujeto el juez español, que ha de hacer aplicación del mismo en cuanto corresponda.

Este modo de aplicación jurisdiccional del Derecho Comunitario comporta un elevado riesgo de dispersión en la interpretación de sus normas por los tribunales de los Estados miembros. La cuestión prejudicial del artículo 234 TCE (antiguo art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) es un instrumento para contrarrestar ese riesgo e instaurar una interpretación y aplicación (y una evolución de las mismas) uniforme del Derecho Comunitario.

La competencia para conocer de la cuestión prejudicial corresponde al Tribunal de Justicia, pero el Tratado de Niza (firmado el 26 de febrero de 2001) reforma el artículo 225 TCE y confiere al Tribunal de Primera Instancia competencia para conocer de estas cuestiones en algunos supuestos.

El objeto de la cuestión prejudicial es doble.

Por un lado, puede versar sobre la interpretación de las disposiciones de Derecho Comunitario, tanto originario (los diversos tratados constitutivos), como derivado (las disposiciones promulgadas por los órganos competentes de la Comunidad).

El problema radica en determinar las condiciones en las que el tribunal nacional ya no puede desarrollar por sí su potestad de aplicador (y, por tanto, intérprete) del Derecho Comunitario y ha de plantear la cuestión ante el Tribunal de Justicia. Las soluciones se mueven entre la máxima libertad del juez nacional para apreciar su duda interpretativa y la más rigurosa objetividad –en virtud de la cual la cuestión debería ser planteada siempre que una cierta interpretación de una norma comunitaria sea relevante para el sentido del fallo–, con la solución intermedia de ser necesaria una duda razonable sobre la interpretación, duda que está excluida si el Tribunal de Justicia ya hubiera interpretado el precepto para un caso sustancialmente igual.⁴¹

⁴⁰ JIMENO BULNES, M., *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1996, págs. 25-106.

⁴¹ Detenidamente sobre los diferentes modos de concebir el supuesto del deber de planteamiento, JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, págs. 288-312.

Por otro lado puede versar sobre la validez de disposiciones del Derecho derivado, que, en cuanto infrinjan las normas de los tratados constitutivos, han de ser anuladas e inaplicadas a la resolución del asunto litigioso.

Esta cuestión va indisolublemente unida a una cuestión de interpretación. Pero, en este caso, las condiciones que imponen el planteamiento de la cuestión parecen más claras: el tribunal nacional puede examinar la validez, pero, si opta por la nulidad e inaplicación de la disposición comunitaria, ha de plantear necesariamente la cuestión al Tribunal de Justicia (STJCE de 22 de octubre de 1987, asunto Foto-Frost).

La potestad de plantear la cuestión la tiene el tribunal nacional que deba resolver un asunto en el que sea relevante (determinante del pronunciamiento y de su sentido) la interpretación o la validez de la norma comunitaria.

El artículo 234 TCE distingue entre el tribunal que, simplemente, deba resolver y el que deba hacerlo sin ulterior recurso. El primero tendría una facultad de planteamiento de la cuestión, el segundo un deber de hacerlo.

En realidad ambos tienen la potestad de planteamiento; es decir, el poder y deber de plantear la cuestión si concurren los presupuestos. Lo que ocurre es que el tribunal de grado superior puede controlar las resoluciones que dicte sobre este punto el tribunal de grado inferior.

El modo de garantizar la unidad de interpretación y aplicación del Derecho comunitario europeo que sintéticamente he reseñado, es el producto necesario de un enfoque realista del problema, y, como tal, una técnica insuficiente para salvaguardar, en la decisión de los concretos litigios, la supremacía abstracta del ordenamiento comunitario sobre los ordenamientos nacionales.

Es un producto de la necesidad. No sería asumible -por su incidencia en la duración de los procesos- un recurso por infracción de Derecho europeo ante un tribunal único en la Unión. La extensión territorial, el número de habitantes, el volumen y complejidad de las relaciones sociales y económicas en la Unión, que, actualmente, ya desbordan los sistemas judiciales estatales, harían inviable esa técnica procesal para garantizar la uniforme interpretación y aplicación del Derecho comunitario en el ámbito de la Unión.⁴² Esta suerte de “aduanas judiciales nacionales” controlan, con la objetividad que cabe reconocer a los órganos jurisdiccionales, el flujo de asuntos que deben ser resueltos por el TJCE.

Como contrapartida, queda puesta en cuestión la efectividad de este modo de garantizar la uniformidad, porque el acceso al mismo depende de los diferentes tribunales de los Estados miembros o, en el mejor de los casos, de sus diversos tribunales supremos. Se han apuntado antes las variadas tesis en orden a objetivar el supuesto de hecho del deber de planteamiento de la cuestión prejudicial.

⁴² A pesar de estas dificultades, y por los inconvenientes ligados a la técnica de la cuestión prejudicial que luego apuntaremos, la posibilidad de implantar la técnica del recurso ha sido considerada; véase, en ese sentido, JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, págs. 331-332.

Pero, con ser importante el autocontrol, lo decisivo es constatar la inexistencia de un control externo del respeto a aquellos estándares, con posibilidad de imponer rectificación en caso contrario.⁴³

La vía de control más efectiva que ha sido intentada en España es la del recurso de amparo ante el TC. La negativa a plantear la cuestión de prejudicial siendo procedente, sería una violación del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en cuanto derecho a un pronunciamiento de fondo no arbitrario y emitido sin prescindir del sistema de fuentes -que comprende el efecto directo y la primacía del Derecho comunitario-.

No obstante, el TC, en STC 111/1993, de 25 de marzo, y STC 180/1993, de 31 de mayo, ha desestimado los recursos de amparo, aduciendo que: “la decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial corresponde en forma exclusiva e irrevisable al órgano judicial”, así como que “ninguna vulneración existe del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24.1 CE cuando el Juez estima, razonadamente, que no alberga dudas sobre la interpretación”.⁴⁴

Nuevamente en este caso, aunque de modo diferente a como se plantea respecto del TEDH, la supremacía jurisdiccional, en su ámbito, del TJCE -que, también a diferencia del TEDH, es clara porque tiene tras de sí el cumplimiento de los requisitos del art. 93 CE- no se manifiesta prácticamente con toda su intensidad, por las limitaciones de la técnica de la cuestión prejudicial.

También de modo similar a lo que ocurre con la eficacia de las sentencias del TEDH en el ordenamiento interno, sólo la estimación de un amparo por el TC podría imponer la puesta en práctica del instrumento revelador de esa supremacía -la cuestión prejudicial- a un tribunal contra cuya sentencia no quepa recurso en el ordenamiento interno -como es siempre el caso de las que dicta el TS-.

III.- UN “SIN PERJUICIO” DE LA SUPREMACÍA DEL TS (ART. 152.1 CE) QUE ACABA “CON PERJUICIO”: LAS COMPETENCIAS DEL TS Y DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA DE (EN) LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Hemos examinado, hasta ahora, la pérdida de supremacía del TS principalmente respecto de un órgano jurisdiccional situado en un grado superior: el TC. Un precepto constitucional, el art. 123.1 CE, formula expresamente la salvedad a favor de este Tribunal “en materia de garantías constitucionales”.

Pero la crisis de supremacía del TS tiene también una manifestación inversa a la anterior en un doble sentido:

1º) Hay un precepto constitucional dirigido, en esta ocasión, precisamente a salvaguardar la supremacía del TS frente a los TSJ, órganos jurisdiccionales que culminan la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma. El art. 152.1, párrafo segundo, CE, establece que: “Un TSJ, *sin perjuicio*

⁴³ Un análisis detallado de las técnicas de control, con conclusiones nada optimistas, puede verse en JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, págs. 312-335.

⁴⁴ JIMENO BULNES, *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, págs. 328-329.

de la jurisdicción que corresponde al TS (cursiva mía), culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma”. Digamos, como aclaración, que los TSJ no son tribunales de las Comunidades Autónomas, legalmente configurados y organizados por las mismas, sino que son tribunales del Poder Judicial único del Estado, cuya circunscripción territorial y competencias tienen como referencia la estructura autonómica del Estado español.

2º) El TS o, por decirlo con más propiedad técnica, las leyes que regulan sus competencias y también la práctica aplicativa de las mismas desarrollada por aquel Tribunal, en vez de atribuir al TS una competencia que manifieste que “es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales” (art. 123.1 CE), centrifugan inadecuadamente competencias hacia los Tribunales Superiores de Justicia.

El “sin perjuicio” constitucional de la jurisdicción del TS deviene, por mor de la ley ordinaria y de la práctica de este mismo tribunal, en un notable perjuicio de su condición de órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes. Y lo que más sorprende es que los episodios “reivindicativos”, que hemos registrado en las relaciones entre TS y TC, dan paso, en las relaciones con los TSJ, a un generoso reconocimiento a estos de la condición de tribunales de último recurso, que se expresa en la aplicación restrictiva que hace el TS de los requisitos de admisión de los recursos para los que tiene competencia.

Veremos, a continuación, en qué consiste esta “manifestación inversa” de la crisis de “supremacía” del TS, y apuntaremos, al final, la que estimamos que es su explicación.

1.- Pluralidad de ordenamientos en el Estado español y requerimientos de la misma para la ordenación del Poder Judicial

En España, tanto los tribunales del orden contencioso-administrativo, como, aunque en menor medida, los tribunales del orden civil, han de afrontar una importante peculiaridad en cuanto al Derecho material que constituye la regla de su juicio. Las normas del mismo pueden formar parte de diferentes ordenamientos, todos ellos vigentes en el ámbito de soberanía del Estado español: el ordenamiento estatal y alguno de los varios ordenamientos autonómicos.

En el ámbito de soberanía del Estado español existen unos entes políticos, las Comunidades Autónomas, de base territorial, dotados de poder legislativo, dirigidos por un poder ejecutivo responsable ante una asamblea legislativa, y que, a través de esa organización, tienen, entre otros, el poder de crear normas jurídicas, de constituir y desarrollar un ordenamiento jurídico propio.

A lo anterior se unen los poderes de creación de normas que corresponden al Estado central, de modo que los tribunales deben atenerse, en cuanto sean aplicables, a las normas de esos diferentes ordenamientos.

Cada uno de los referidos ordenamientos tiene su ámbito territorial de vigencia, que, en el caso de los ordenamientos autonómicos, siempre queda comprendido en el territorio al que se extiende la vigencia del ordenamiento del Estado.

Más compleja que la anterior delimitación de vigencia lo es la que se refiere a las materias a las que cada ordenamiento extiende su eficacia jurídica, y a la calidad de los poderes jurídicos que, sobre esas materias, pueden ser ejercidos en cada ordenamiento (potestad legislativa, reglamentaria, de estricta ejecución).

La delimitación del ámbito de cada ordenamiento se realiza según el principio de competencia y con fundamento en la CE. Ésta, por un lado, establece las competencias del Estado (art. 149 CE), y, por otro lado, con la intermediación de los Estatutos de Autonomía, atribuye competencias a cada una de las Comunidades Autónomas (art. 147.2, b -delimitación del territorio de la Comunidad Autónoma-, art. 148, 149.3 CE).

Las normas formadas en el ámbito de la competencia de alguno de los ordenamientos deberán ser aplicadas por los tribunales si el caso planteado ante los mismos, por sus elementos relevantes, fácticos y jurídicos, da base para la aplicación de aquellas normas.

Si, sobre una determinada materia, el Estado o una Comunidad Autónoma tienen la totalidad de las competencias normativas, tanto legales como reglamentarias, la resolución de un caso al que las normas del correspondiente ordenamiento deban ser aplicadas podrá hacerse con la consideración exclusiva de tales normas. Frecuentemente, sin embargo, la solución del caso impone tener en cuenta normas de diferentes ordenamientos.

En la Constitución -y, por lo tanto, con calidad de norma estatal- se establecen normas sobre diferentes relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos.

Así, en algunos supuestos, la CE establece que las normas estatales tienen el carácter de básicas y las normas autonómicas han de limitarse al desarrollo de las primeras. El Estado tiene encargada la normación de carácter general y básico de determinada materia y la Comunidad Autónoma el poder también normativo de completar esa regulación de manera acabada. Consiguientemente, la solución de un caso al que deba ser aplicada una norma autonómica de desarrollo comporta aplicar tanto normas estatales como autonómicas.

Por otra parte, el art. 149.3 CE establece la regla de supletoriedad del Derecho estatal, que tiene una particular trascendencia si nos situamos en la perspectiva de la solución jurisdiccional de asuntos planteados ante tribunales ordinarios. Existe un importante debate, en la doctrina española de Derecho público, acerca de si el Estado puede o no dictar normas estatales con el carácter de supletorias.⁴⁵ No obstante, con independencia de eso, siempre serán los tribunales ordinarios los que tengan que dilucidar si hay o no base para aplicar normas estatales como supletorias. Los tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes (art. 1.7 CC, art. 149.1.8ª CE). Para ello

⁴⁵ ORTELLS RAMOS, M., "Interpretación y aplicación del Derecho autonómico en el orden contencioso-administrativo", en *Balance de cinco años de aplicación de la Ley jurisdiccional. Procedimientos administrativos y proceso contencioso-administrativo*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 46, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, págs. 155-158.

deben hacer aplicación de las normas y principios que componen ese sistema y del modo previsto por el mismo, integrando, con arreglo a esas previsiones, las eventuales lagunas que puedan hallar en la busca de la norma aplicable. En ese necesario juicio, están involucradas posibilidades de infracción (por incorrecta interpretación o aplicación) tanto de las normas autonómicas, como de la propia norma estatal de supletoriedad (por indebida aplicación, cuando, bien interpretada y aplicada la norma autonómica, no debió aplicarse la norma de supletoriedad) y de las normas estatales supletorias (por indebida aplicación o inaplicación y por incorrecta interpretación).

Más problemática resulta la aplicación por los tribunales ordinarios de la regla de la prevalencia del Derecho estatal, establecida por el art. 149.3 CE. El supuesto de aplicación de esta norma de relación entre ordenamientos no lo es, a diferencia de la antes considerada, la ausencia de norma autonómica, sino la contradicción entre la misma y una norma estatal, ambas reguladoras de una materia no atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma. En este caso la regla impone la prevalencia de la norma del Estado.⁴⁶

La pluralidad de ordenamientos en el Estado español no ha sido acompañada, en la Constitución, por previsiones de atribución a las Comunidades Autónomas de competencias para crear una jurisdicción, una organización judicial, un Poder judicial propio, al cual estaría encomendada, al menos principalmente, la aplicación del Derecho también propio de la respectiva Comunidad Autónoma.

La CE prefigura un Poder Judicial único en el Estado (Título VI, art. 149.1.5ª CE), que ha sido configurado como tal por la LOPJ, la LDPJ y las leyes procesales, sobre todo en cuanto completan el régimen de la competencia de los tribunales.

Ahora bien, lo anterior no es obstáculo para que, de una parte, la propia CE establezca normas respecto del Poder judicial que se justifican por la consideración de la estructura autonómica del Estado (art. 152.1, párrafos 2 y 3 CE), y, de otra parte, para que el legislador ordinario ejercite su libertad de configuración normativa sobre el Poder judicial de un modo que, respetadas las normas constitucionales, se adecue en lo conveniente a aquella estructura. En este sentido, la LOPJ de 1985, la LDPJ y reformas posteriores de la LOPJ contienen normas cuya *ratio* sin duda radica en la estructura autonómica del Estado.

Uno de los aspectos en que se impone una adecuación entre la ordenación de la tutela jurisdiccional y la existencia de una pluralidad de ordenamientos en el Estado, es el del sistema de recursos. La adecuación requerida tiene un sentido muy específico: el régimen de los recursos habrá de posibilitar, e incluso favorecer, una razonable uniformidad de la jurisprudencia que se forme en la aplicación de cada uno de los ordenamientos.

El logro de la finalidad de uniformar la jurisprudencia a través del sistema de recursos requerirá, normalmente, que se atribuya a un único órgano jurisdiccional la

⁴⁶ Sobre el supuesto de hecho de esta norma de relación entre ordenamientos y sobre la posibilidad de su aplicación por los tribunales ordinarios, véase ORTELLS RAMOS, “Interpretación y aplicación del Derecho autonómico en el orden contencioso-administrativo”, en *Balance de cinco años de aplicación de la Ley jurisdiccional*, págs. 159-162.

competencia funcional para conocer del recurso en el que deba revisarse la correcta interpretación y aplicación de las normas a un caso dado. La atribución de la competencia funcional a varios órganos jurisdiccionales aboca, indefectiblemente, a la ruptura de la unidad jurisprudencial.

No obstante, la existencia de una pluralidad de ordenamientos vigentes en el mismo territorio en el que rige, a su vez, el ordenamiento jurídico estatal, permite, sin renunciar al objetivo de la uniformidad de la jurisprudencia, una solución diferente del mencionado tema de la competencia funcional, al tiempo que abre nuevos problemas en la ordenación de los recursos destinados a garantizar aquel objetivo.

En efecto, la competencia funcional puede ser atribuida a altos tribunales cuya circunscripción coincida con el ámbito territorial de vigencia de los ordenamientos autonómicos -es decir: los Tribunales Superiores de Justicia- para que, cuando la interpretación y aplicación de sus normas sean relevantes para la resolución del caso litigioso, sean aquellos tribunales los que garanticen la uniformidad de la jurisprudencia en el territorio en el que rigen.⁴⁷

No obstante, no debe descuidarse la existencia de casos cuya resolución requiera la aplicación tanto de normas estatales como autonómicas. Los casos de esta última clase no deberían ser ajenos a la competencia funcional del TS.

Pues bien, tanto en materia civil, como en materia administrativa, se producen quiebras notables de la regla anterior, con el resultado de una reducción de la competencia funcional del TS, a favor de los Tribunales Superiores de Justicia como tribunales de último recurso. A ese modo de reducción de la competencia funcional del TS se añade, en materia civil, una interpretación restrictiva de los requisitos de acceso a la nueva casación civil, cuya consecuencia es aumentar el número de los casos en que las Audiencias Provinciales actúan como tribunales de último recurso.

2.- Dos vías para la “pérdida de supremacía” del TS en la casación civil: el régimen legal de la competencia funcional en atención al carácter estatal o autonómico de la norma infringida y el acuerdo interpretativo de la Sala de lo Civil del TS sobre los requisitos de admisión de la casación

El TS ve reducida por dos vías su posición de supremacía en el control de la aplicación de las normas de Derecho privado. Por una, el último grado de decisión deriva hacia los Tribunales Superiores de Justicia. Por la otra vía, son las Audiencias Provinciales las que devienen tribunales de último recurso.

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, II, Civitas, Madrid, 1984, pág. 315, BLASCO GASCÓ, F. DE P., *El interés casacional. Infracción de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2002, págs. 128-129; URETA DOMINGO, J.C., “Unidad del ordenamiento, unidad jurisdiccional y Estado de las Autonomías”, *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, págs. 2653-2694.

A) El régimen legal de la competencia funcional para conocer del recurso de casación

La competencia funcional para conocer del recurso de casación corresponde:

1) A la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por regla general (arts.56.1º LOPJ y 478.1, párrafo 1º LEC).

2) A la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tenga su sede el órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución impugnada, siempre que el recurso se funde en infracción del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma y que el Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución de competencia (art. 73.1 a) LOPJ y art. 478.1, párrafo 2º LEC). Contienen esa previsión los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Murcia, Aragón, Navarra, Extremadura e Islas Baleares.

Las disposiciones citadas de la LOPJ dejan abierto el problema de cuál será el órgano competente si el recurso se fundamenta tanto en la infracción de normas de Derecho Común, como en la de normas de Derecho Foral. El artículo 478.1, párrafo segundo LEC atribuye la competencia en este caso a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia. Evidentemente esta solución supone que el TS pierde la supremacía en cuanto a la interpretación del Derecho privado común. Sólo si la norma que se aduce como infringida es de naturaleza constitucional, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 5.4 LOPJ).

La atribución de la competencia funcional, en vez de hallarse en dependencia de requisitos objetivos, depende de cómo la parte recurrente fundamente el recurso.

En el régimen de la casación contencioso-administrativa, el art. 86.4 LJCA parece establecer un requisito formal del recurso, que ha de ser cumplido en uno de los actos del mismo -el acto de preparación (art. 89.2 LJCA)-. El recurrente ha de expresar su voluntad de fundamentar el recurso en la infracción de una determinada clase de normas -las de Derecho estatal- y eso determinará que el TS sea competente para conocer de ese recurso.

Ahora bien, en el contenido del art. 86.4 LJCA hay un componente que no puede ser considerado formal, sino que es algo que concurrirá o no -sea cual sea la actividad del recurrente al preparar el recurso- en la sentencia que se pretende recurrir. Concretamente esto: que las normas -en cuya infracción se fundamentará el recurso- “hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”.

El legislador, preocupado por evitar la invocación oportunista de la infracción de normas estatales para conseguir el acceso a la casación ante el TS, no considera suficiente la repercusión limitativa que tendrá la doctrina de la exclusión de las “cuestiones nuevas” en casación⁴⁸ y establece esta norma expresa.

⁴⁸ Sobre la misma y el tema correlativo de la vigencia del principio *iura novit curia* en el recurso de casación, GUZMÁN FLUJA, V.C., *El recurso de casación civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 122-134.

Por el contrario, en la casación civil lo único relevante para que la competencia quede atribuida a la Sala Primera del TS es que el recurso “se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad Autónoma” (art. 478.1, párrafo segundo LEC).

Por lo demás no se requiere que esa infracción denunciada tenga especial trascendencia. Como se ha dicho, la atribución de la competencia al TSJ se produce “al margen de la mayor o menor incidencia de aquel motivo dentro del conjunto de la impugnación, de que sólo afecte a una cuestión colateral o marginal, de que la norma privativa invocada no resulte al cabo aplicable en el supuesto litigioso e, inclusive, aunque se trate de motivo formulado con carácter subsidiario para caso de desestimación de los principales. De donde se sigue que un Tribunal Superior puede acabar fallando en casación sobre la base exclusiva de normas y disposiciones extrañas del todo al cuerpo jurídico del Derecho Civil que justifica su competencia”.⁴⁹

Esta solución legal persigue únicamente descargar de asuntos al TS. Incluso, por la fácil dependencia de la voluntad del recurrente, permitiría acudir al TS o al TSJ en función de apreciaciones de conveniencia respecto de una resolución más o menos rápida del recurso de casación.⁵⁰

B) El acuerdo interpretativo de la Sala de lo Civil del TS sobre los requisitos de admisión de la casación

Mediante la técnica que se indica en el epígrafe, que ya no es imputable a la ley, sino a la interpretación de la misma por la Sala Primera del TS, ésta deriva hacia las Audiencias Provinciales la posición de órgano de último grado de resolución en materia de Derecho Privado.

La LEC de 2000 diseñó un régimen de sentencias recurribles en casación dirigido a posibilitar que la Sala Primera del TS tuviera oportunidad de pronunciarse sobre toda clase de materias litigiosas de Derecho Privado.⁵¹

No sólo son recurribles en casación las sentencias de segunda instancia dictadas por las Audiencias Provinciales en algunas materias (tutela de derechos fundamentales materiales), o en litigios de cierta cuantía (ciento cincuenta mil euros), sino cualquiera de tales sentencias si existe interés casacional. Este interés casacional la ley lo ha configurado como un riesgo de divergencia injustificada de criterios jurisprudenciales de resolución, que puede darse en asunto de Derecho Privado de cualquier materia y cuantía.

⁴⁹ MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J. M., VALLS GOMBAU, J. F. (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Iurgium Editores, Barcelona, 2001, pág. 2271.

⁵⁰ NIEVA FENOLL, J., *El recurso de casación civil*, Ariel Derecho, Barcelona, 2003, págs. 92-94.

⁵¹ Una detallada explicación puede encontrarse en ORTELLS RAMOS, *Derecho procesal civil*, con MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ, JUAN SÁNCHEZ, BONET NAVARRO, BELLIDO PENADÉS, CUCARELLA GALIANA, MARTÍN PASTOR, págs. 587-592.

Sin embargo, los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo estimaron, mediante unos criterios aprobados en una llamada junta general, celebrada el 12 de diciembre de 2000 (discutible aplicación de lo previsto por el art. 264.2 LOPJ), que cada una de las tres características especiales sólo puede darse respecto de determinadas clases de sentencias: la primera, en las dictadas en juicio ordinario en el que se hubiera pretendido tutela de un derecho fundamental; la segunda (cuantía litigiosa superior a ciento cincuenta mil euros), respecto de las sentencias dictadas en juicio tramitado como ordinario en atención a la cuantía; la tercera (interés casacional), en el caso de sentencias dictadas en cualquier clase de juicio cuya adecuación se determine por razón de la materia.

Obviamente, mediante esta interpretación se consigue descargar de trabajo a la Sala Primera. Pero a costa de impedir el fin de política legislativa que se perseguía con la nueva ordenación de la recurribilidad en casación (posibilidad de pronunciamiento del TS sobre cualquier clase de materia litigiosa de Derecho Privado). El recurso pierde utilidad como instrumento general para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en toda materia de Derecho privado. En efecto, se cercena toda posibilidad de que el Tribunal Supremo establezca doctrina jurisprudencial sobre asuntos cuya cuantía no alcance la prevista en el artículo 477.2.2º y para los que la adecuación del procedimiento no se determine en atención a la materia. En definitiva, como apunté, en la medida en que la sentencia de la Audiencia Provincial será, en esos supuestos, la última, el TS ve mermada su posición de supremacía.

3.- La pérdida de “supremacía” del TS en la casación contencioso-administrativa: imprecisa regulación de la competencia funcional en caso de doble infracción y práctica restrictiva de la Sala Tercera del TS respecto de los requisitos de admisión de la casación ante la misma

La pérdida de la posición de supremacía del TS en materia administrativa también se produce por un doble camino, aunque de modo diferente a como hemos visto que ocurre en materia civil.

A) La defectuosa regulación de la competencia funcional en caso de doble infracción

De entrada y en apariencia, la atribución de las competencias funcionales a los Tribunales Superiores de Justicia o al TS para conocer de los recursos de casación previstos por la Ley procesal administrativa es cuidadosa con la preservación del carácter supremo del TS en caso de infracción de Derecho estatal.

Específicamente:

1º) Si el recurso pretende fundarse en infracción de norma de Derecho estatal o comunitario europeo -y concurren otros requisitos adicionales- la competencia para la resolución del recurso de casación (art. 86.4) y del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 96.4) corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS (arts. 86.1 y 96.5) o, en algunos supuestos del segundo recurso, a una Sección de composición especial de esa misma Sala (art.96.6).

2º) Sólo en infracción de “normas emanadas de la Comunidad Autónoma” puede fundarse un recurso de casación para unificación de la doctrina en Derecho autonómico (art. 99.1), cuya resolución corresponde a la competencia funcional de una Sección de composición especial de la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo del TSJ (art. 99.3).

No obstante, esta ordenación aparentemente impecable -cada órgano jurisdiccional tiene encomendada la función de uniformar la jurisprudencia en el ámbito de vigencia de cada ordenamiento- elude problemas básicos. Particularmente los relacionados con la doble fundamentación -en infracción de normas estatales y de normas autonómicas- del recurso de casación contra la misma sentencia. Ésta es una posibilidad nada improbable, porque un proceso no se realiza *para aplicar una norma*, sino para resolver un caso, para decidir sobre una pretensión, con arreglo a un conjunto de normas aplicables en atención a los hechos fijados en el proceso y a la petición formulada.

El régimen de la casación civil ha asumido la regulación expresa de la materia, atribuyendo a las Salas de lo Civil de los TSJ la competencia funcional para los recursos fundados en infracción tanto de norma de Derecho privado autonómico, como de norma estatal (art. 478 LEC), con la única excepción de que se haga valer infracción de norma constitucional, pues entonces la competencia corresponde al TS (art. 5.4 LOPJ) ⁵².

En el régimen de la casación en el proceso contencioso-administrativo las disposiciones más arriba mencionadas eluden el tratamiento expreso de esta materia. Y ello a pesar de que las posibilidades de que se plantee el problema son mayores que en materia de Derecho privado, porque si bien no todas las Comunidades Autónomas tienen Derecho privado propio, en cambio todas ellas cuentan con propio Derecho administrativo.

Por otra parte, los supuestos de doble infracción no son imposibles, ni irrelevantes en cuanto a la frecuencia estadística.⁵³ Es más, la interrelación de los ordenamientos estatal y autonómicos propicia el planteamiento de aquellos supuestos. Por ejemplo: la completa regulación de cierta materia puede corresponder a una norma estatal básica y a una norma autonómica de desarrollo y ambas pueden ser infringidas - en el contenido normativo propio de cada una de ellas- en la resolución de un caso al que son aplicables. O situaciones sobre aplicación de normas, en las que puede entrar en juego la regla de supletoriedad del Derecho estatal: una interpretación errónea de una norma autonómica puede inducir a que, por la regla de la supletoriedad, se estime aplicable una norma estatal; ambas clases de normas habrán sido infringidas: la autonómica por interpretación incorrecta y las estatales -tanto la regla de supletoriedad, como las normas supletorias- por aplicación indebida.

⁵² BLASCO GASCÓ, F. DE P., *El interés casacional*, págs. 79-88; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho procesal civil*, con MASCARELL NAVARRO, CÁMARA RUIZ, JUAN SÁNCHEZ, BONET NAVARRO, BELLIDO PENADÉS, CUCARELLA GALIANA, MARTÍN PASTOR, págs. 575-577.

⁵³ CLAVERO ARÉVALO, M., “Un Derecho degradado (ordenamiento autonómico y recurso de casación)”, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, II, Tirant lo Blanch, Valencia, ¿año?, págs. 2184-2186.

La única norma clara para los casos de doble infracción es la general del art. 5.4 LOPJ, que atribuye competencia al TS “cualesquiera que sean la materia, derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

Fuera de la aplicación de esa norma, la interpretación de la LJCA sobre esta materia es dudosa.

Dejando aparte la correcta solución de la duda,⁵⁴ el mero hecho de que las normas den pie para la misma, unido a la tendencia restrictiva del TS en la interpretación de los requisitos de admisión del recurso de casación ante él, favorece que el TS vea mermada su posición de supremacía en los casos cuya resolución requiere tanto la aplicación de Derecho autonómico como estatal, y, en particular, la aplicación de las normas y principios de interrelación de ambos ordenamientos.

B) La práctica restrictiva de la Sala Tercera del TS respecto de los requisitos de admisión de la casación ante la misma

Cuando está en juego la uniformidad de la interpretación y aplicación del Derecho estatal, la supremacía del TS debe manifestarse en la potestad de pronunciarse en el recurso correspondiente.

En principio, parece que el objetivo tiene suficiente cobertura con el sistema de recursos. Lo garantizarían el recurso de casación ante el TS, el recurso de casación para unificación de doctrina ante el mismo Tribunal y -con todas sus limitaciones y singularidades- el recurso de casación en interés de la ley ante el TS, para las sentencias no impugnables mediante los dos recursos citados en primer lugar, siempre que, como requisito exigible en todos los recursos mencionados, hayan podido ser infringidas normas estatales.

Efectivamente, en el plano abstracto de las resoluciones impugnables que han aplicado o podido aplicar normas estatales, el sistema no tiene fisuras.

No obstante, el juicio debe cambiar si la cuestión se considera en el plano más concreto de las efectivas probabilidades de admisión de los recursos previstos, que es lo que realmente permite que el TS examine si la norma estatal ha sido o no debidamente interpretada y aplicada y que reconduzca esta interpretación y aplicación a una jurisprudencia uniforme y evolutiva con la debida justificación.

La crónica sobrecarga de asuntos de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS conduce a una regulación rigurosa de los requisitos de admisión del recurso, rigor que suele acentuarse en el momento de su aplicación.⁵⁵ De modo que muchos asuntos no pueden acceder, por la aplicación concreta del régimen de admisión, a la función nomofiláctica y de unificación jurisprudencial del TS, a pesar de ser normas estatales las relevantes para la solución de los casos.

⁵⁴ Un detallado tratamiento puede verse en ORTELLS RAMOS, “Interpretación y aplicación del Derecho autonómico en el orden contencioso-administrativo”, en *Balance de cinco años de aplicación de la Ley jurisdiccional*, págs. 194-200.

⁵⁵ Un riguroso análisis de esta práctica restrictiva puede verse en ORTELLS RAMOS, “Interpretación y aplicación del Derecho autonómico en el orden contencioso-administrativo”, en *Balance de cinco años de aplicación de la Ley jurisdiccional*, págs. 203-221.

De hecho, las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ tienen grandes probabilidades de ser las que adquieran firmeza. De esa manera respecto de las normas de Derecho estatal -incluidas las de articulación de los ordenamientos, que son normas en todo caso estatales- existe una tendencia real y práctica a la disgregación de su interpretación y aplicación entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia.⁵⁶

4.- La Sala Primera y la Sala Tercera del TS bajo “estado de necesidad”: el volumen de recursos en el período de 1995 a 2002

Las restricciones a la casación ante el TS resultantes de las leyes y acentuadas por el modo de aplicación de las mismas que lleva a cabo el TS, y que conducen a excluir en muchos casos que se manifieste la supremacía de este tribunal, se deben, sin duda, a la necesidad de evitar que se agrave la sobrecarga de asuntos que padecen desde tiempo la Sala de lo Civil y la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS.

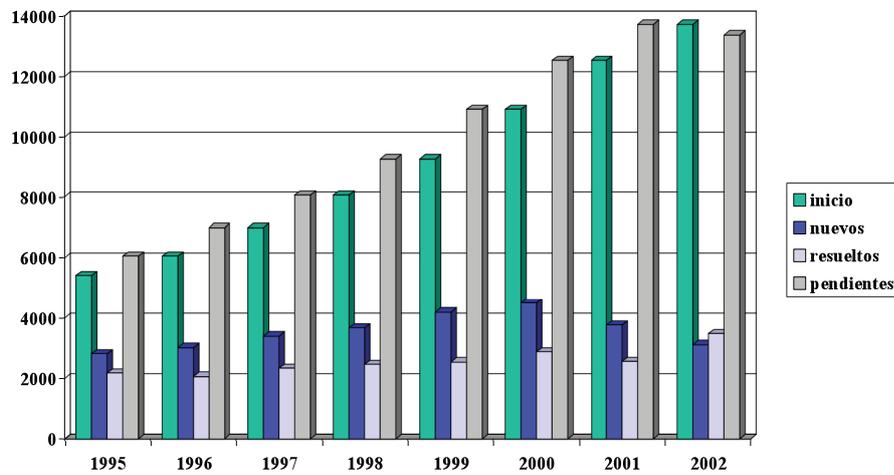
Limitándonos al periodo 1995-2002 podemos considerar las cifras siguientes:

⁵⁶ HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 166. En el voto particular de RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ a la STS (Sala Tercera, Pleno) 24 enero 1996 (RJ 1996\589) se advierte acertadamente que: “No es ocioso añadir, sin embargo, que la cuestión planteada es esencial para los principios de unidad y armonía del ordenamiento jurídico y para la función constitucional de este Tribunal Supremo en el Estado de las Autonomías, sin que sea de compartir ninguna interpretación restrictiva del artículo 93.4 de la LJCA que permita cerrar el acceso al Tribunal Supremo de recursos de casación que trasciendan en forma clara la esfera propia de las «cuestiones autonómicas». La determinación de los casos y materias en los que procede el recurso de casación por aplicación de la excepción que, respecto de las cuestiones «no autonómicas», establece el artículo 93.4 de la LJCA requiere una interpretación flexible y muy matizada en la que se debe ponderar la imbricación profunda que existe siempre entre el Derecho estatal y los ordenamientos autonómicos”.

RECURSOS DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO CIVIL DEL TS

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Asuntos pendientes al inicio	5405	6042	6988	8049	9266	10914	12523	13726
Asuntos nuevos en el año	2800	3007	3399	3668	4184	4484	3761	3109
Asuntos resueltos en el año	2163	2061	2338	2451	2532	2875	2558	3468
Asuntos pendientes al finalizar el año	6042	6988	8049	9266	10914	12523	13726	13367

Lo que conduce a esta ilustrativa representación gráfica:



Otra referencia ilustrativa de la carga de trabajo de la Sala de lo Civil es la duración media en meses de los recursos ante la Sala. Las estadísticas judiciales adjuntas a la Memoria del CGPJ de 2002 presentan unas medias de duración inferiores a las esperadas, porque no sólo consideran los recursos que terminan con sentencia, sino también los no admitidos en etapas iniciales del trámite. A pesar de esto, las medias de duración han sido:

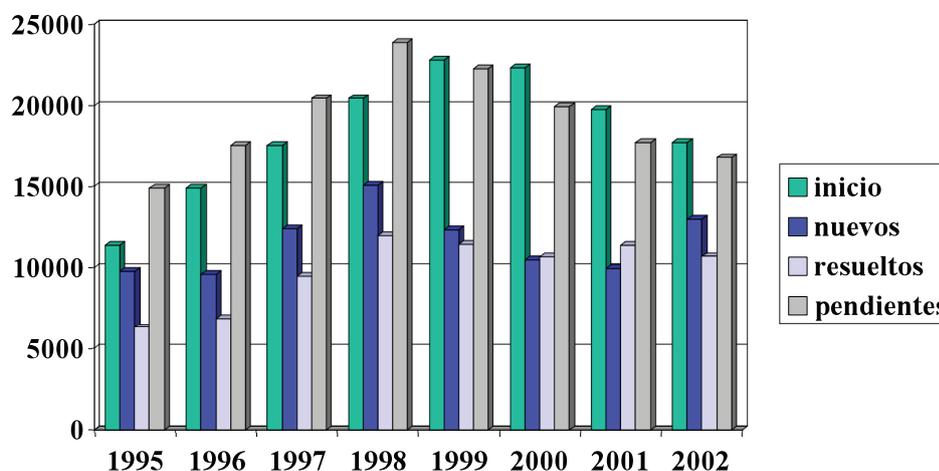
1999	2000	2001	2002
28'88	30'76	32'12	32'07

RECURSOS DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL TS

-

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Asuntos pendientes al inicio del año	11371	14860	17573	20464	22803	22346	19789	17759
Asuntos registrados durante el año	9755	9571	12362	15046	12320	10494	9917	12977
Asuntos resueltos durante el año	6266	6858	9471	11941	11450	10640	11370	10680
Asuntos pendientes al finalizar el año	14860	17573	20464	23906	22269	19977	17759	16825

La representación gráfica es la siguiente:



Otra referencia ilustrativa de la carga de trabajo de la Sala de lo Contencioso-Administrativo es la duración media en meses de los recursos ante la Sala. Las estadísticas judiciales adjuntas a la Memoria del CGPJ de 2002 presentan unas medias de duración inferiores a las esperadas, porque no sólo consideran los recursos que terminan con sentencia, sino también los no admitidos en etapas iniciales del trámite. A pesar de esto, las medias de duración han sido:

1999	2000	2001	2002
20'59	21'22	20'41	20'33

IV.- EL OTRO FACTOR DE LA CRISIS: CARGA DE TRABAJO DE LAS SALAS DEL TS Y CAPACIDAD DE ASUMIRLA

Como ya anticipé, el otro factor de la “crisis de identidad” del TS no es de naturaleza normativa, sino que pertenece al más ineluctable ámbito de lo fáctico. La

dificultad de las Salas del TS para resolver en un plazo razonable los recursos planteados ante las mismas, ha sido el caldo de cultivo para una reflexión sobre la función del TS y sobre la naturaleza y régimen jurídico de los recursos que pueden ser dirigidos al mismo.

1.- Carga y capacidad de trabajo de las Salas del TS: años 1995 a 2002

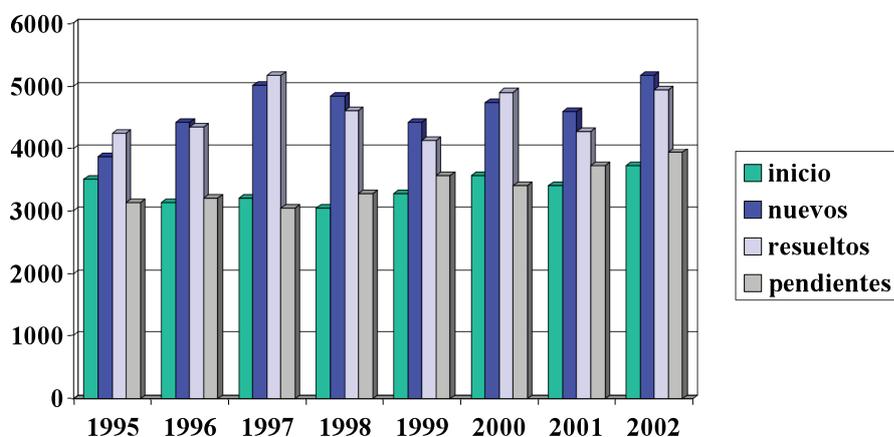
En el anterior apartado III.4, ya he tenido ocasión de exponer la situación crítica en la que se hallan la Sala de lo Civil y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

Veamos, ahora, la situación de las Salas de lo Social y de lo Penal.

RECURSOS DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TS

	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Asuntos pendientes al inicio del año	3506	3131	3203	3044	3277	3562	3714
Asuntos registrados en el año	3868	4423	5009	4840	4418	4736	4596
Asuntos resueltos en el año	4243	4351	5168	4607	4133	4902	4938
Asuntos pendientes al final del año	3131	3203	3044	3277	3562	3396	3714

La representación gráfica es ésta:



Otra referencia ilustrativa de la carga de trabajo de la Sala de lo Social es la duración media en meses de los recursos ante la Sala. Las estadísticas judiciales adjuntas a la Memoria del CGPJ de 2002 presentan unas medias de duración inferiores a las esperadas, porque no sólo consideran los recursos que terminan con sentencia, sino también los no admitidos en etapas iniciales del trámite. A pesar de esto, las medias de duración han sido:

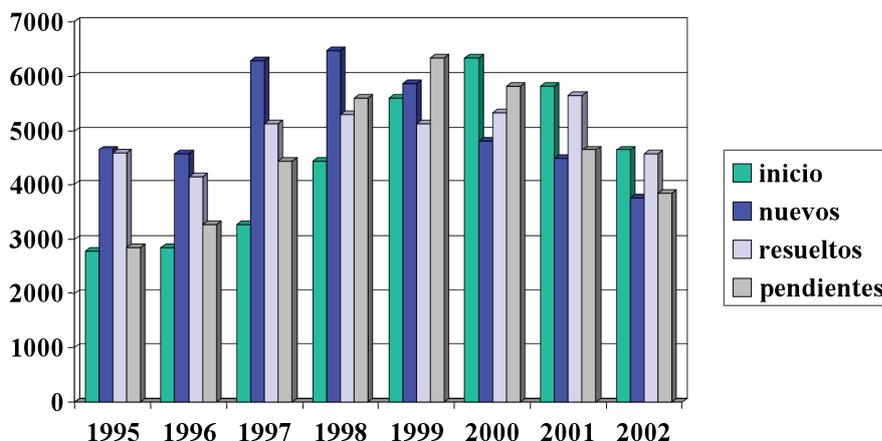
1999	2000	2001	2002
9'02	9'14	9'37	9'53

Más holgada es la situación de la Sala de lo Penal del TS.

RECURSOS DE CASACIÓN ANTE LA SALA DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Asuntos pendientes al inicio del año	2771	2853	3267	4429	5602	6338	5817	4637
Asuntos registrados durante el año	4649	4559	6292	6474	5862	4810	4469	3749
Asuntos resueltos durante el año	4567	4145	5130	5301	5126	5331	5649	4554
Asuntos pendientes a final del año	2853	3267	4429	5602	6338	5817	4637	3832

La representación gráfica es la siguiente:



Otra referencia ilustrativa de la carga de trabajo de la Sala de lo Penal es la duración media en meses de los recursos ante la Sala. Las estadísticas judiciales adjuntas a la Memoria del CGPJ de 2002 presentan unas medias de duración inferiores a las esperadas, porque no sólo consideran los recursos que terminan con sentencia, sino también los no admitidos en etapas iniciales del trámite. A pesar de esto, las medias de duración han sido:

1999	2000	2001	2002
11'28	13'83	14'27	11'77

A continuación de las cifras anteriores, pueden abrirse otros interrogantes de interés, como -por ejemplo- el referido al número de asuntos por magistrado de la Sala, teniendo en cuenta que el trabajo del mismo no se limita a la preparación de las ponencias para la deliberación y votación del asunto, sino que comporta -o debería comportar- la participación en el estudio, en su caso asistencia a las audiencias, deliberación y votación de todos los asuntos en los que ha de resolver en el seno del órgano colegiado.

Mencionaré, por ilustrar este aspecto, las cifras que aporta la Memoria del CGPJ de 2001, referidas a la anualidad de 2000, y comprensivas no sólo de los recursos de casación, sino de otros recursos y asuntos en primera instancia que, con importancia diversa según órdenes jurisdiccionales, competen a las Salas del TS:

Número de asuntos resueltos/magistrado Sala de lo Civil	399
Número de asuntos resueltos/magistrado Sala de lo Penal	386
Número de asuntos resueltos/magistrado Sala de lo Contencioso-Administrativo	368
Número de asuntos resueltos/magistrado Sala de lo Social	392

Aunque no presentan la misma dificultad todos los asuntos y clases de resolución en los que un magistrado asume la función de ponente, basta considerar el número de días del año natural, para concluir que la idea de incrementar la capacidad de trabajo de las Salas por el aumento de la media de asuntos por magistrado, ya ha sobrepasado los límites razonables para un tribunal del grado del Tribunal Supremo.

La importante demora en la resolución de los recursos de casación pendientes ante el TS genera, además de inconvenientes para los litigantes, consecuencias negativas para la seguridad jurídica.

Hizo notar Hernández Martín, en una clarividente monografía, que cada vez se prolonga más el periodo de interinidad entre el momento de promulgación de una nueva norma y aquél en que resultan fijados criterios judiciales, dotados de cierta estabilidad, orientativos de la aplicación de la misma. Consecuencia de esto es que los grupos sociales a los que va dirigida la nueva norma no perciben con claridad los efectos de la misma, mientras que los grupos sociales interesados en eludirla pueden hacerlo con mayor facilidad al amparo de la indefinición aplicativa.⁵⁷

A lo anterior ha de añadirse que, en ocasiones, la propia norma puede ser modificada en un plazo relativamente breve, para atender necesidades sociales que también evolucionan con rapidez. La apuntada incapacidad del conjunto de la organización judicial para proporcionar, de modo ágil, criterios uniformes de aplicación, conduce a que “(C)uando, en el mejor de los casos, se logra por fin una respuesta uniforme del Tribunal Supremo, casi siempre se habrán consolidado situaciones jurídicas individualizadas incompatibles con el criterio sentado por este Tribunal, y además habrá pasado el tiempo suficiente como para que ya las normas y las situaciones sean otras diferentes. Y el problema descrito comienza de nuevo”.⁵⁸

⁵⁷ HERNÁNDEZ MARTÍN, *Independencia del juez*, págs. 166-169, con mención de casos concretos.

⁵⁸ HERNÁNDEZ MARTÍN, *Independencia del juez*, pág. 185; en las págs. 186-188 aduce ejemplos.

2.- Las hipotéticas soluciones: ¿Más magistrados? ¿Menos recursos? ¿De qué modo menos recursos?

Es obvio que para modificar el indeseable resultado de la demora excesiva en la resolución de los recursos de casación ante el TS, sólo existen dos soluciones: el aumento del número de magistrados que forman las plantillas de las respectivas Salas; la reducción del número de asuntos que pueden acceder en casación ante el TS.

La solución indicada en primer lugar obedece a criterios meramente cuantitativos, que prescinden de una reflexión sobre la función el TS. La segunda solución permite plantearse diversas alternativas para la selección de asuntos con acceso a casación ante el TS, entre las que el legislador puede elegir en atención a la función que quiera asignarle a ese Tribunal.

A) El número de magistrados del TS español. El previsible resultado de su incremento

El anexo II de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de 28 de diciembre de 1988 estableció la siguiente plantilla del TS:

	Presidente	Magistrados	Total
Sala I Civil	1	9	10
Sala II Penal	1	14	15
Sala III Contencioso Administrativo	1	29	30
Sala IV Social	1	12	13
Sala V de lo Militar	1	7	8
Totales	5	71	76

Sólo la Sala de lo Contencioso Administrativo ha experimentado un incremento de tres magistrados, de modo que la Sala cuenta con treinta y tres, incluido su presidente.

Ninguna voz en los órganos de gobierno del Poder Judicial, ni en la doctrina científica española, se ha pronunciado en el sentido de resolver el problema de la sobrecarga de trabajo del TS con un aumento del número de sus magistrados. El Presidente del CGPJ y del TS, en el discurso de la solemne sesión de apertura del Año Judicial de 2000, hizo notar, por el contrario, que: “en la búsqueda del remedio, extensible a todo el Tribunal Supremo, recordaré que, en 1862, la Sala Primera tenía 468 recursos, que Manresa entendía trabajo “más que suficiente” para dos años. La solución que arbitró la Ley de 30 de abril de 1864 fue la de aumentar el número de Magistrados, componiendo la Sala con dos Secciones, dotadas cada una de un

Presidente y ocho Ministros. El propio Manresa advierte que “esta medida era contraria al principio capital de la casación, puesto que destruía la base de la unidad de la jurisprudencia”. (...) El remedio, así, no es tanto el aumento del número de Magistrados, como el de una cuidadosa regulación del acceso de los asuntos al Tribunal Supremo”.⁵⁹

Para que el aumento del número de magistrados redunde en la agilización de la resolución de los asuntos, es imprescindible que la carga de trabajo pueda distribuirse entre órganos colegiados de composición más reducida que el pleno de la Sala, y que esos órganos actúen, simultáneamente, para el enjuiciamiento y resolución de los asuntos. Esto genera, dentro del mismo TS, un importante riesgo de dispersión de criterios de interpretación y aplicación de las normas.⁶⁰

En cualquier caso, la preponderancia de este enfoque cuantitativista del problema, no mejora la calidad de las sentencias del TS, por las razones intrínsecas de que se dictan “de un modo apresurado y superficial” y de que “aumenta la posibilidad de que (las decisiones) no sean coherentes entre sí”.⁶¹ Además, hacia los órganos jurisdiccionales de grado inferior, las priva de *auctoritas*, porque “es lícito pensar que la autoridad de las decisiones de un órgano es, o tiende a ser, inversamente proporcional al número de veces que él mismo se pronuncia: como es conocido, la inflación produce devaluación”.⁶²

B) Restricción de asuntos que pueden acceder a la casación ante el TS

La solución más idónea acaba, en definitiva, por ser la de restringir los asuntos que pueden acceder a la casación ante el TS. Y la cuestión que inmediatamente se plantea es la del modo de seleccionar los asuntos y, en su caso, la de los criterios para hacer la selección.

El modo de selección más usual en Derecho español, hasta los regímenes actualmente en vigor en los procesos laboral, contencioso-administrativo y civil, ha consistido en establecer como supuesto más general de resolución recurrible en casación el de la sentencia según la cuantía litigiosa del asunto que resuelve.

Así se hacía en la antigua LEC, cuyo artículo 1687 fijaba esa cuantía en más de tres millones de pesetas, cuantía que, en una reforma de 1992, fue elevada a seis

⁵⁹ DELGADO BARRIO, J., “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *Del modo de arreglar la justicia*, pág. XLIII.

⁶⁰ TARUFFO, M., “La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y de la instancia”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, págs. 550-551.

⁶¹ TARUFFO, “La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y de la instancia”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, pág. 550.

⁶² TARUFFO, “La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y de la instancia”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, pág. 550. Con similar crítica al exceso de asuntos con acceso a la casación, MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 182.

millones, precisamente para reducir el *input* de recursos al TS.⁶³ En la Ley de Procedimiento Laboral de 1980 (art. 166), el supuesto más general de resolución recurrible en casación se delimitaba, también según cuantía: sentencias en asuntos de cuantía superior a un millón de pesetas. En el proceso contencioso-administrativo el recurso de casación no fue introducido hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, pero el recurso de apelación ante el TS de sentencias dictadas por las Salas de las entonces Audiencias Territoriales y Audiencia Nacional, también tenía la cuantía del asunto litigioso como referencia más general para delimitar las resoluciones no apelables (y, de rechazo, las apelables): sentencias dictadas en asuntos de cuantía inferior a quinientas mil pesetas (art. 94 LJCA de 1956).

Para la casación en el proceso penal, este modo de selección de resoluciones recurribles utiliza la referencia de la gravedad de la pena, porque, dejando a un lado el régimen de recursos de las causas en que ha conocido el Tribunal de Jurado, el recurso es admisible contra sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en juicio oral y única instancia (art. 847 Ley de Enjuiciamiento Criminal), procedimiento cuya adecuación se determina precisamente en atención a la gravedad de la pena.

Este modo de selección de los asuntos para acceso a la casación ha sido criticado, básicamente, porque cercena la posibilidad de que sea fijado, respecto de un importante sector de asuntos litigiosos, el “criterio de interpretación último y unificador del Tribunal Supremo”,⁶⁴ y por ser contrario a los principios de uniformidad jurisprudencial y de igualdad de los ciudadanos ante la ley.⁶⁵

La Exposición de Motivos de la LEC 2000 rechaza, expresamente, un modo de selección de asuntos en cierto modo contrapuesto al que se acaba de explicar.⁶⁶ En el primer modo expuesto, las resoluciones recurribles están regladas con referencia criterios estrictamente objetivos. Un modo de selección diametralmente opuesto consistiría en atribuir a las Salas del Tribunal Supremo una potestad discrecional para seleccionar los asuntos merecedores de acceso a la casación. El TS autorregularía, de esa manera, el *input* de asuntos.

Sería un modo de selección similar al que rige actualmente, como regla general, el acceso a la jurisdicción del TS de los EE. UU. de Norteamérica.⁶⁷ Sólo como

⁶³ Críticamente, SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Del recurso de casación”, en *La reforma de los procesos civiles*, Civitas, Madrid, 1993, págs. 235-238.

⁶⁴ SALA SÁNCHEZ, P., “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, Tribunal Supremo, Madrid, 1993, pág.43.

⁶⁵ SERRA DOMÍNGUEZ, “Del recurso de casación”, en *La reforma de los procesos civiles*, pág. 235.

⁶⁶ En el apartado XIV de la Exposición puede leerse que la “objetivación del «interés casacional», que aporta más seguridad jurídica a los justiciables y a sus Abogados, parece preferible al método consistente en atribuir al propio tribunal casacional la elección de los asuntos merecedores de su atención, como desde algunas instancias se ha propugnado. Entre otras cosas, la objetivación elimina los riesgos de desconfianza y desacuerdo con las decisiones del tribunal”.

⁶⁷ Una detallada exposición de esta técnica puede verse en AHUMADA RUIZ, M. A., “El “certiorari”. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1994, núm. 41, págs. 89-135.

excepción ese acceso está configurado en calidad de *appeal as of right*, lo que significa que, siempre que concurren determinados presupuestos, existe un derecho procesal del litigante a que el tribunal de grado superior ejerza su jurisdicción. Por lo general, sin embargo, el acceso tiene lugar mediante el procedimiento de *certiorari*, en el que la solicitud del *writ of certiorari* no significa ejercicio de un derecho del litigante al ejercicio de la jurisdicción por el TS, sino una simple posibilidad de petición. A esa solicitud responde el TS, con estricta discrecionalidad -no obstante, el criterio que aflora más frecuentemente para aceptar la solicitud es la existencia de divergencias entre resoluciones de tribunales de apelación-, accediendo o no a examinar el asunto en una nueva instancia ante él.

Aunque el modo de selección que acabamos de considerar no se halla establecido en Derecho español, e incluso -como apunté-, ha sido expresamente rechazado, el régimen de admisión a trámite de la casación -complejo y cargado de dificultades- parece, en ocasiones, disfrazar un real ejercicio de discrecionalidad.

En el plano legal, además de restricciones, en parte apuntadas antes, respecto de las resoluciones recurribles, se establecen otras referidas al régimen de tiempo y de forma de los actos de preparación y de interposición del recurso. También figuran en la propia ley los controles de admisión rigurosos, que dificultan alcanzar una sentencia sobre el fondo del recurso y hacen posibles resoluciones anticipadas sobre el fondo en sentido desestimatorio.⁶⁸

La sospecha de solapado ejercicio de discrecionalidad nace al observar que estas limitaciones legales son objeto de una práctica aplicativa extremadamente restrictiva por parte del TS. La doctrina jurisprudencial del TC sobre el derecho al recurso fuera del proceso penal -en éste la protección del amparo está más clara, por la vinculación sistemática entre el art. 10.2 CE y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- ha servido, en ocasiones, para controlar en amparo la inadmisión de recursos por el TS (u otros tribunales), de modo que el régimen de admisión recibe, en esos casos, una garantía adicional de objetividad.⁶⁹

Otro modo de selección de asuntos para el acceso a la casación ante el TS vincula ese acceso a que se haya manifestado una concreta divergencia entre sentencias de tribunales sobre la interpretación y aplicación de las normas en casos iguales, de modo que eso justifica el ejercicio de la potestad del TS para uniformar la interpretación y aplicación de la ley en los casos iguales.

⁶⁸ Art. 211 Ley de Procedimiento Laboral: falta de contenido casacional del recurso, anterior desestimación de recursos sobre supuestos sustancialmente iguales. Art. 93 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: carencia de interés casacional, falta manifiesta de fundamento, desestimación de anteriores recursos sobre supuestos sustancialmente iguales. Art. 885 Ley de Enjuiciamiento Criminal: carencia manifiesta de fundamento y desestimación en cuanto al fondo de otros recursos en supuestos sustancialmente iguales.

⁶⁹ La doctrina jurisprudencial del TC sobre el derecho al recurso establecido por la ley tiene dos orientaciones de diferente amplitud: una orientación reserva la protección del amparo para los casos de inadmisión arbitraria de un recurso previsto por la ley; la otra orientación entiende que el tribunal ordinario debe interpretar las normas legales ordinarias de modo favorable a la admisión del recurso. Véase BORRAJO INIESTA, DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, FERNÁNDEZ FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, págs. 47-61.

Este modo de selección enlaza con una doctrina jurisprudencial del TC sobre el principio de igualdad, y ha tenido concreta plasmación jurídico-positiva, en Derecho español, específicamente -por este orden- en los regímenes del recurso de casación laboral, contencioso-administrativo y civil. La idea-base del mismo (garantía de la igualdad en la aplicación de la ley) anima una corriente, nacida y desarrollada en el seno del TS español, que podría conducir a una profunda transformación de las potestades de ese Tribunal.

3.- La doctrina jurisprudencial del TC sobre la igualdad en la aplicación de la ley: deber de cada órgano jurisdiccional y principio inspirador del régimen de los recursos

En una de sus primeras sentencias, la STC 8/1981, sentó la tesis de que: “En la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias (esto es, no fundadas en razones jurídicamente atendibles) o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución”. Poco después, la STC 49/1982 dejaba establecido -en eficaz resumen de Ollero Tassara- que “La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución” se bifurca, por tanto. “Contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley”, que pasa a conceptuarse como “igualdad en la ley”, constituyendo “un límite puesto al ejercicio del poder legislativo”. Junto a esta exigencia surge la “igualdad en la aplicación de la ley”, que limitará la tarea de los órganos encargados de su aplicación”.⁷⁰ La segunda faceta del principio de igualdad “impone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (STC 49/1982, fundamento jurídico 2º).

Desde las sentencias mencionadas, el TC ha elaborado una doctrina jurisprudencial compleja y llena de matices, con líneas en cierto modo divergentes, pero que, en lo fundamental, ha venido a poner de manifiesto la radicación constitucional, además en un derecho tutelable mediante amparo, del deber de los jueces de resolver del mismo modo -por interpretar y aplicar la ley del mismo modo- los casos iguales. También ha puesto de manifiesto los límites de ese deber, así como los de la competencia del TC para la tutela en amparo de esta faceta del principio de igualdad.

Como síntesis de esta doctrina jurisprudencial puede decirse que el TC entiende que una resolución judicial viola el principio de igualdad en la aplicación de la ley si concurren los siguientes requisitos:

1º) Que la resolución con la que se compara la resolución impugnada como lesiva del principio de igualdad haya sido dictada por el mismo órgano jurisdiccional -si es colegiado, cualesquiera sean los miembros componentes del mismo; si es

⁷⁰ OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 19-20.

unipersonal, sólo si el juez es el mismo-, sin que puedan ser invocadas a estos efectos las resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional diferente, del mismo o de superior grado.⁷¹ Esta restricción, que, aparentemente, choca con la esencia del derecho reconocido -y así se destaca por los autores citados- responde a unos fundamentos constitucionales que después veremos y no significa que ese derecho se halle desprotegido, jurídica y jurisdiccionalmente, en los supuestos a los que el TC no extiende su tutela.

2º) Que los casos enjuiciados por las resoluciones que deben ser comparadas sean sustancialmente iguales.⁷² Los analistas de esta doctrina jurisprudencial no se ponen de acuerdo en si, para la violación del principio de igualdad, basta con que exista una resolución anterior del mismo órgano⁷³, o si resulta necesario que exista una serie previa de resoluciones representativa de una línea jurisprudencial consolidada.⁷⁴

3º) La resolución impugnada como lesiva debe ser, contrastada con la que se invoca en comparación, representativa de un cambio de criterio jurisprudencial. De nuevo ocasiona dudas la exigencia de algunas sentencias del TC de que los criterios de la resolución que se impugna tengan “vocación de generalidad”,⁷⁵ porque de esto depende que se entienda que el TC reconoce el valor vinculante del precedente -aunque se haya formado en relación con un único caso- o el valor vinculante de una doctrina jurisprudencial dotada de cierta estabilidad.

4º) La lesión de la igualdad en la aplicación de la ley, que, en principio, deberá estimarse existente si concurren los requisitos mencionados hasta ahora, quedará, sin embargo, excluida si la resolución a la que se imputa la lesión ha justificado el cambio de criterio, el seguimiento de criterios divergentes a los que estaban asumidos en la resolución (o resoluciones) que se invocan como comparación.

Sobre qué se entiende por justificar la divergencia y sobre hasta qué punto el TC puede enjuiciar esa justificación para concluir si ha sido evitada la lesión del principio de igualdad, hay también abundantes matices en las sentencias del TC.⁷⁶ Sólo

⁷¹ OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley*, págs. 22-23; DE ASIS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 264; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 141-150; XIOL RIOS, J. A., “El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, 3/1986/Páginas 25-40/Código PJ860302, apartado I.

⁷² OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley*, págs. 23-26; DE ASIS ROIG, R., *Jueces y normas*, pág. 264-265; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencia*, págs. 151-164.

⁷³ BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencia*, págs. 136-137.

⁷⁴ En este sentido, DE ASIS ROIG, R., *Jueces y normas*, pág. 265. También lo apunta, aunque a su pesar, XIOL RIOS, J. A., “El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, 3/1986/Páginas 25-40/Código PJ860302, apartado I.

⁷⁵ BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencia*, pág. 136.

⁷⁶ Es necesaria motivación expresa; es necesario que la motivación expresa se refiera explícitamente a la explicación del cambio de criterio; basta que no haya arbitrariedad o finalidad discriminatoria en el cambio de criterio; incluso basta que la resolución impugnada no se funde en criterios discriminatorios. Pueden verse las diferentes tesis en OLLERO TASSARA, *Igualdad en la*

comentaré que la razón de que el TC no pueda penetrar en el examen de la suficiencia intrínseca de la motivación del cambio de criterio que pueda contener la resolución impugnada, no radica en el respeto a la independencia judicial -que, en supuestos similares, no es obstáculo para que un tribunal ordinario de grado superior revoque una sentencia dictada por el de grado inferior- sino en los límites de la jurisdicción del TC respecto a la de los tribunales ordinarios.

A partir de la limitación apuntada en el primer requisito -sólo resoluciones dictadas por un mismo órgano jurisdiccional pueden ser aducidas para hacer valer, en amparo ante el TC, que otra resolución de ese mismo órgano ha vulnerado la igualdad en la aplicación de la ley- cabe preguntarse por qué la contradicción entre resoluciones merece un tratamiento distinto si las han dictado órganos jurisdiccionales diferentes y cuál debe ser la protección, en ese supuesto, de la igualdad en la aplicación de la ley.

Desde el punto de vista del principio de igualdad, este trato diferenciado carece de justificación.⁷⁷

No obstante, el TC entiende que la diferencia está justificada por una interpretación sistemática de la Constitución.⁷⁸ Específicamente por las siguientes razones:

1ª) En caso contrario “se atentaría al principio de independencia que ha de presidir la función judicial”.⁷⁹

2ª) El segundo argumento sistemático *ex Constitutione* deriva de la posición del TC respecto de los tribunales ordinarios. Lo expone la STC 134/1991, de 17 de junio:

“Como decíamos en el ATC 862/1986, el constituyente “no ha arbitrado ni previsto, para asegurar la igualdad en la aplicación judicial de la ley, otros mecanismos que los ya existentes en nuestro sistema y que, desde luego, no ha pretendido que este tribunal, a través del recurso de amparo, se convirtiese en un tribunal de casación universal”. Nosotros podemos y debemos asegurar que los cambios en la interpretación y aplicación de la ley no son arbitrarios o irrazonables, pero sólo podemos ejercer esta función mediante el control de las instancias judiciales que, siendo supremas en todo, salvo en lo que toca a las garantías constitucionales (art. 123.1 CE), son las que han de asegurar que aplican de modo igual la ley todos los tribunales inferiores del orden correspondiente y cuya función usurparíamos si hubiésemos de resolver sobre cuál deba ser la interpretación correcta de sus normas legales; correctivo constitucional que tiene lugar, como el citado auto señala, en relación con las resoluciones de los órganos superiores, pero también respecto de aquellos otros que no son susceptibles de ulterior recurso. Siendo evidente que ni en uno ni en otro caso el recurso de amparo puede ir

aplicación de la ley, págs. 26-27; DE ASIS ROIG, *Jueces y normas*, pág. 265-270; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, págs. 165-181.

⁷⁷ OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley*, págs. 22; DE ASIS ROIG, *Jueces y normas*, pág. 264; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, pág. 146; XIOL RIOS, J. A., “El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, 3/1986/Páginas 25-40/Código PJ860302, apartado I.

⁷⁸ También, SALA SÁNCHEZ, P., “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, pág. 26.

⁷⁹ STC 146/1990, de 1 de octubre, fundamento jurídico 3º, y otras sentencias en el mismo sentido citadas por DE ASIS ROIG, *Jueces y normas*, pág. 264.

más allá de lo dicho, ni por supuesto convertirse en un medio de corregir la interpretación de los hechos o de las normas jurídicas formuladas por el Tribunal ni introducir otra distinta, salvo en lo relativo a dichos cambios arbitrarios...”.

De estas dos razones no deriva que la vulneración de la igualdad en la aplicación de la ley por órganos jurisdiccionales diferentes deba quedar sin protección. Tutelarla es responsabilidad del legislador ordinario, mediante un sistema adecuado de recursos.

Lo dijo la STC 125/1988, de 22 de octubre:

“Cuando se trata de órganos jurisdiccionales diferentes, la igualdad en la aplicación de la ley expresa una línea tendencial a que debe obedecer el ordenamiento jurídico en su conjunto y determina la necesidad de apertura de las oportunas vías de recurso con el fin de que las eventuales divergencias puedan ser reducidas, y la aplicación de la ley unificada, mediante una doctrina jurisprudencial uniforme; todo ello respetando como es lógico el sistema de fuentes del Derecho y la independencia de los órganos jurisdiccionales, cuya directa vinculación a la ley y al Derecho no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes que nuestro ordenamiento jurídico no establece y que la Constitución no exige”.

Lo ha recordado sintéticamente la STC 304/1993, de 25 de octubre:

“La interpretación judicial del Ordenamiento jurídico, que constituye uno de los instrumentos de adaptación normativa del Derecho a la realidad cambiante, puede ocasionar diferentes criterios doctrinales, cuya unificación correspondería ante todo a los tribunales superiores en rango jerárquico por medio de los recursos establecidos al efecto. Por muy consolidada que esté una doctrina el no ser seguida por un órgano judicial no implica el defecto de aplicación desigual de la ley por ese órgano, lesiva del 153 derecho reconocido en el artículo 14 CE”.

V.- EL DESCUBRIMIENTO DE UNA “FUNCIÓN CONSTITUCIONAL” DEL TRIBUNAL SUPREMO. ¿HACIA UNA TRANSFORMACIÓN DE LAS POTESTADES DE ESTE TRIBUNAL?

En la última década, tanto opiniones doctrinales, como propuestas de diversos órganos de autogobierno del Poder Judicial, coinciden en identificar la condición de único en el Estado y de superior en todos los órdenes, que el art. 123 CE atribuye al Tribunal Supremo, con la atribución al mismo de la función de garantizar la uniforme interpretación y aplicación de las normas en todo el ámbito de vigencia del ordenamiento. De esta manera se daría, además, respuesta institucional a la necesidad de protección de la igualdad en la aplicación de la ley, en aquellos supuestos -que son los más- en que el TC no puede subvenir a su protección mediante el recurso de amparo.

Aunque no deben ser olvidadas las tomas de postura doctrinales,⁸⁰ tienen especial relevancia, en esta materia, las propuestas que provienen de diversos órganos del Poder Judicial.

En el Discurso de Apertura del año judicial de 1993, el Presidente del TS, tomando como punto de partida la doctrina jurisprudencial del TC antes expuesta, apuntaba como solución a las limitaciones de esa doctrina la de un recurso de casación en que : “el Tribunal Supremo tenga oportunidad de sentar jurisprudencia sobre todas las materias en que los tribunales de instancia hayan mantenido posiciones diferentes ante supuestos sustancialmente idénticos”.⁸¹ De ese modo -concluía el Presidente- se vería destacada “la trascendental importancia de la labor encomendada al Tribunal Supremo para salvaguardar y hacer efectiva la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley por los propios tribunales de justicia. Ningún órgano, con o sin potestades jurisdiccionales, pertenezca o no a la estructura del Poder judicial, puede sustituirlo como cúpula del tercer poder del Estado y superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, como lo define, con todo acierto, el artículo 123 de la Constitución”.⁸²

En la misma oportunidad, pero en el año 2000, otro Presidente del Tribunal Supremo exponía un planteamiento similar al de su antecesor en el cargo:

“En conclusión, aparece claro que las exigencias confluyentes de los señalados principios vienen a determinar las funciones que constitucionalmente han de corresponder a ese órgano jurisdiccional único y en posición de superioridad que es el Tribunal Supremo: le corresponde la garantía última del imperio de la ley que, con su correcta interpretación, hará posible la

⁸⁰ XIOL RIOS, “El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, 3/1986/Páginas 25-40/Código PJ860302, págs. 5-6; HERNÁNDEZ MARTÍN, *Independencia del juez*, págs. 153-155; MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, págs. 173-183; DE ASIS ROIG, *Jueces y normas*, págs. 268-272; LÓPEZ GUERRA, L., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 junio 2000, núm. 442, págs. 3-4.

⁸¹ SALA SÁNCHEZ, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, pág. 42.

⁸² SALA SÁNCHEZ, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, pág. 55.

igualdad en su aplicación judicial, con una razonable previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales. Esto es lo que deriva de nuestra Constitución; a partir de aquí es el legislador el que ha de establecer los cauces procesales que permitan la efectividad de aquellos principios.

Y, naturalmente, será en este momento cuando surjan las dificultades, pues si, por un lado, ninguna materia, en principio, debe estar excluida de la casación, por otro, no pueden ser excesivos los casos que tengan acceso al Tribunal, so pena de sumirlo en la ineficacia. En este sentido, aparece el concepto jurídico indeterminado que es el interés casacional, es decir, el interés del ordenamiento jurídico en que exista una doctrina jurisprudencial que le dé expresión correcta. Así las cosas, el supuesto más claro de interés casacional será el de la contradicción de doctrina que se produce con resoluciones judiciales que, en casos sustancialmente iguales llegan a pronunciamientos distintos, lo que evidencia la necesidad de una correcta interpretación de la norma que haga efectiva la igualdad en su aplicación judicial y que permita con algún fundamento predecir el sentido de futuras resoluciones judiciales”.⁸³

Con parecido contenido, se formularon propuestas por el Consejo General del Poder Judicial⁸⁴ y por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, que aprobó una propuesta de reforma del TS en atención a sus funciones constitucionales.⁸⁵

No conozco desacuerdos respecto de que la finalidad que debe ser perseguida con las funciones que se atribuyan al TS ha de ser la repetida de garantizar la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas, para que, de ese modo, sea efectiva la igualdad en la aplicación de la ley.

Las divergencias empiezan, en cambio, cuando se trata de los instrumentos mediante los cuales ha de alcanzarse esa finalidad. Particularmente, algunas propuestas sobre tales instrumentos contrastan netamente con la concepción de elementos esenciales de la jurisdicción, que, hasta ahora, eran aceptados pacíficamente.

1.- Los recursos de casación para unificación de doctrina o la garantía *ex post* de la igualdad en la aplicación de la ley

En la medida en que los recursos de casación estén atribuidos a un único Tribunal Supremo, la resolución de los mismos siempre tiene como efecto, aunque sea marginal, la fijación, y, según los casos, unificación o modificación de doctrinas jurisprudenciales sobre el modo de interpretar y aplicar una norma en casos similares que aquel Tribunal ha podido conocer.

Pero, más allá de este -llamémosle- “producto accesorio” de la casación, el legislador puede hacer de la existencia de divergencias entre sentencias de órganos jurisdiccionales diferentes, en el modo de interpretar y de aplicar la ley en casos iguales, precisamente el criterio de selección de los asuntos que pueden acceder,

⁸³ DELGADO BARRIO, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *Del modo de arreglar la justicia*, págs. XXXIX-XL.

⁸⁴ “Propuestas del Consejo General del Poder Judicial para la reforma de la justicia”, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Tribunal Supremo, Madrid, 2000, págs. 33-34.

⁸⁵ “Informe y propuestas del Tribunal Supremo”, en *Del modo de arreglar la Justicia*, págs. 93-96.

mediante el recurso de casación, al TS. Esta técnica para especificar las sentencias recurribles en casación enfatiza la función de este recurso como garantía de la igualdad en la aplicación de la ley, sin perjuicio del complejo significado que esta igualdad tiene y que apuntaremos después.

No debe ser confundida con esta técnica una previsión, tradicional en la casación española, como lo era que, en el motivo o causal de casación por infracción de ley, no sólo estaba comprendida tal infracción, sino también la de “doctrinas legales aplicables al caso del pleito” -como decía la antigua redacción del art. 1692.1º LEC de 1881- o -según la más comprensible expresión del art. 1692.4º LEC de 1881, posterior a la reforma de 1984- “de la jurisprudencia que fuere(n) aplicable(s) para resolver las cuestiones objeto del debate”. El contraste con la jurisprudencia -mejor: con la doctrina jurisprudencial del TS- no significa en estas disposiciones un requisito que delimita las resoluciones recurribles en casación. Éstas se hallaban legalmente determinadas sin referencia a contrastes jurisprudenciales que demandaran una intervención unificadora del TS. El significado era establecer un motivo del recurso. Consecuentemente, esa tradicional previsión normativa no permitía ampliar la competencia del TS al control casacional de todas las sentencias que, por contrastar con la doctrina jurisprudencial del TS, justificaran un pronunciamiento del mismo, sea para confirmar, sea para corregir, su doctrina anterior.

A) Los recursos de casación llamados “para unificación de doctrina”

Por primera vez, en el recurso de casación para unificación de doctrina en el proceso laboral (Ley de Bases de 12 de abril de 1989), y, más claramente, en recurso con igual denominación del proceso contencioso-administrativo, y, aunque con nombre diferente, en el recurso de casación civil de la LEC 2000, la divergencia o contradicción de una sentencia respecto de otra, en el modo de interpretar y aplicar la ley a casos iguales, es lo que hace admisible la casación, al menos en cuanto a la resolución recurrible, y posibilita que el TS ejerza su potestad de enjuiciamiento sobre el fondo del recurso.

En el proceso laboral la técnica no es aplicada con la debida precisión. El art. 217 de la Ley de Procedimiento Laboral dice:

“El recurso tendrá por objeto la unificación de doctrina con ocasión de sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que fueran contradictorias entre sí, con la de otra u otras Salas de los referidos Tribunales Superiores o con sentencias del Tribunal Supremo, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación donde, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

Esa redacción deja abierta la duda sobre si el recurso procede, estrictamente, para unificar doctrina -en el sentido de que la sentencia impugnada debe ser revocada si es divergente de la doctrina jurisprudencial establecida-, o si su fin es fijar -y aplicar al caso de la sentencia- la doctrina jurisprudencial correcta, cuando tal fijación es necesaria por existir divergencias entre doctrinas jurisprudenciales. Esto ha originado un notable desconcierto doctrinal sobre la función, en el régimen del recurso, de la

contradicción entre la sentencia impugnada y otras. La correcta solución de este debate doctrinal habrá que buscarla en las razones que imponen al TS estimar el recurso.⁸⁶

En el régimen de la casación para unificación de doctrina en el proceso contencioso-administrativo no hay lugar para esas dudas, porque los arts. 96.1 y 2 y 99.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establecen la contradicción como uno de los requisitos para que la resolución sea recurrible.⁸⁷

Igualmente es nítida la influencia de la contradicción o divergencia en la regulación de las sentencias recurribles en la casación civil. En cierto modo es más clara aún que en el proceso contencioso-administrativo, porque en el proceso civil no se distinguen un recurso de casación general y otro para unificación de doctrina, sino que sólo hay un recurso de casación: la disposición sobre resoluciones recurribles (art. 477.2 LEC 2000) establece que son recurribles las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en tres casos, uno de ellos es el de existencia de interés casacional. Este interés casacional no es un concepto jurídico indeterminado, sino que la ley especifica su contenido: “Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido” (art. 477.3 LEC 2000).

B) Una garantía ex post de la igualdad en la aplicación de la ley

La garantía de la igualdad en la aplicación de la ley a los casos iguales, mediante un recurso de casación que puede ser interpuesto contra sentencias “sospechosas” de vulnerar esa faceta del principio de igualdad, opera como una garantía *ex post* de la aparente vulneración. Su efectividad requiere que, por haberse interpuesto el recurso, pueda ser examinada cada sentencia concreta que haya podido incurrir en tal vulneración. La sentencia será revocada si se estima el recurso.

No obstante, a pesar de la eficacia propiamente “represiva” de esta garantía, su eficacia es, también, indirectamente “preventiva”. La previsión de que el recurso de casación será admitido a trámite y, en principio, estimado, si la sentencia resuelve con base en una interpretación de preceptos diferente a la sostenida por otro tribunal en casos iguales o aplicando preceptos distintos a los aplicados por otras sentencias en casos también iguales, actúa impulsando al tribunal de instancia a resolver el caso con arreglo a las mismas normas y la misma interpretación de ellas.

⁸⁶ Sobre el debate y el planteamiento de la solución, JIMÉNEZ FORTEA, F.J., *El recurso de casación para la unificación de la doctrina laboral (Problemas fundamentales)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 235-245.

⁸⁷ Véase, a título de ejemplo, el art. 96.1 LJCA: “Podrá interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia cuando, respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos”.

Aunque no existan expresas declaraciones normativas de vinculación de los jueces a los precedentes o a la doctrina jurisprudencial,⁸⁸ las razones antes expuestas son consideradas por los autores, de modo realista, como expresión de una eficacia jurídica vinculante.⁸⁹

No obstante, es importante especificar las consecuencias que tiene y las que no tiene que un tribunal no respete la antes mencionada vinculación.

En este sentido:

1º) Con seguridad, tiene la consecuencia de que será admitido a trámite el recurso de casación contra la sentencia.

2º) Con la misma seguridad, el TS deberá resolver sobre el fondo del recurso - es decir: sobre la correcta interpretación y aplicación de la ley al caso del pleito, dados los hechos considerados probados en la instancia- y examinar, específicamente, la contradicción o divergencia de criterios jurídicos que la sentencia impugnada manifiesta en contraste con otra (u otras) que resolvieron un caso igual.

3º) Por el contrario, no tiene la consecuencia de que el TS deba, ineludiblemente, estimar el recurso de casación, con base en la mera constatación de que existe la contradicción o divergencia tantas veces mencionadas. Ni siquiera se impone el TS estimar ese recurso con base en que, la contradicción o divergencia que haya constatado, no esté complementada, en la sentencia, por una motivación que las explique o justifique.

Una cosa es que el recurso de casación -especialmente, el que, con o sin ese nombre, responda a la modalidad de unificación de doctrina- tenga como razón de ser la protección de la igualdad en la aplicación de la ley, y otra cosa distinta que el TS se halle sujeto a parecidas limitaciones que las que afectan al TC cuando se le pide, en amparo, protección a causa de una lesión de esta faceta del principio de igualdad. El TS es un tribunal ordinario que puede y debe enjuiciar si la norma ha sido bien interpretada y bien aplicada al caso, aunque, en casación, sólo puede y debe examinar precisamente eso. Consiguientemente, el TS estimará el recurso de casación si considera que la sentencia ha infringido las normas aplicables, y, en tal caso, estará fijando o confirmando la doctrina jurisprudencial de la que divergió la sentencia

⁸⁸ Estas vinculaciones son diferentes -véanse, XIOL RIOS, “El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, 3/1986/Páginas 25-40/Código PJ860302; NIETO, A., “Visión doctrinal de la jurisprudencia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 111-128-, pero, si se considera el complejo e impreciso panorama de declaraciones jurisprudenciales y de los autores al respecto, es difícil explicar a qué hay vinculación y con qué efectos.

⁸⁹ Así, entre otros, MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, págs. 164-169; DE ASIS ROIG, *Jueces y normas*, págs. 253-262; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, págs. 62-76; O’CALLAGHAN, X., “Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, págs. 404-405; SÁNCHEZ UGENA, J., “La recepción de la jurisprudencia por los tribunales colegiados y unipersonales”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, págs. 464-467; MARTÍNEZ MOYA, J., “La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, págs. 494-501.

recurrida. Desestimará, en cambio, el recurso si considera que la sentencia, a pesar de su contradicción o divergencia con otras que han resuelto casos sustancialmente iguales, no ha infringido las normas aplicables. Al resolver de este segundo modo el TS estará rectificando la anterior doctrina jurisprudencial.

En caso de que el pronunciamiento sea de desestimación, el TS sí que deberá respetar -al menos cuando se trate de doctrina jurisprudencial propia- los requisitos -nada unívocos, ni precisos, por otra parte- que el TC exige para que un cambio de criterio jurisprudencial no sea lesivo de la igualdad en la aplicación de la ley.

2.- Las propuestas de garantías “preventivas” de la igualdad en la aplicación de la ley: la ambigua exigencia de una norma que establezca la eficacia vinculante de la “jurisprudencia” y los medios para la fijación preventiva de la misma

Los medios considerados en el inmediatamente anterior apartado 1 -y otros recursos que permiten al TS decir la última palabra sobre el modo más correcto de interpretar y aplicar la ley- presentan, a juicio de la Sala de Gobierno del TS, inconvenientes para que este Tribunal cumpla su función constitucional de “creación de jurisprudencia y unificación de doctrina como medio para salvaguardar la unitaria interpretación del ordenamiento jurídico”.⁹⁰

Los inconvenientes derivan de que, si el TS ha de cumplir su función de unificación mediante esos instrumentos, es necesario que examine, una por una, las sentencias recurridas, lo que genera una gran carga de trabajo, conducente a que las sentencias del propio TS puedan ser contradictorias entre si, a la falta de calidad de las mismas y a dilaciones excesivas para la resolución de los recursos.⁹¹

Para superar esos inconvenientes, la Sala de Gobierno del TS propone -además de una reordenación de las competencias funcionales de los Tribunales Superiores de Justicia, para que conozcan, en casación, de todas las materias jurídicas (salvo de la penal, en la que conocerían de una apelación)- dos reformas legales, en parte relacionadas, y determinante, la segunda de ellas, de una radical transformación del modo de entender la independencia de los jueces.

La primera modificación legal consistiría en establecer una cuestión prejudicial que los Tribunales Superiores de Justicia tendrían el deber de plantear al TS en dos supuestos:

1º) Cuando estimaran que deben resolver en un asunto con criterios jurídicos diferentes a los que fueron tenidos en cuenta, para resolver sobre un asunto igual, por el propio TSJ, otros TSJ o por el TS.

⁹⁰ “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, págs. 93, 95-96.

⁹¹ “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, pág. 96. Igualmente con críticas a los instrumentos que implican un examen caso por caso, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 julio 2000, núm. 447, pág. 3.

2º) Cuando tuvieran que resolver sobre un asunto respecto del que no existiera doctrina jurisprudencial.

En ambos supuestos, los criterios de aplicación y de interpretación de la ley al caso, establecidos por la sentencia del TS, serían vinculantes para el TSJ.

La ventaja de este instrumento jurídico en comparación con la técnica de los recursos de casación, se hace consistir en que, con la resolución de un caso, quedarían establecidos, para una serie de casos sustancialmente iguales, criterios de aplicación y de interpretación unificadores, cuyo seguimiento evitará que el TS dilapide su capacidad de trabajo debiendo ocuparse de otros tantos recursos iguales cuando se dicten las correspondientes sentencias en los procesos que tuvieran por objeto tales asuntos.⁹²

La segunda reforma consiste en la proclamación legal del valor vinculante de la jurisprudencia del TS.⁹³ Cabe pensar que sin esta segunda innovación, la primera no tendría tanta virtualidad como instrumento de unificación. Es, precisamente, porque los tribunales de instancia, vinculados por la jurisprudencia del TS -creada o confirmada, incluso preventivamente-, resolverán con arreglo a la misma, por lo que serán evitados posteriores recursos ante el TS contra las sentencias. De no ser así, el procedimiento de decisión prejudicial aumentará, más que reducirá, la carga de trabajo del TS, dado que vendrá a añadirse a los recursos de casación que, en su momento, serán interpuestos contra las sentencias.

A) Norma expresa de vinculación de los tribunales a la doctrina jurisprudencial del TS y significado de la desvinculación

La clave de las propuestas de la Sala de Gobierno del TS es el establecimiento de una norma legal expresa de vinculación: “el Tribunal Supremo considera que resulta ineludible proclamar el valor vinculante de la jurisprudencia, entendiendo por tal el criterio reiterado seguido en la aplicación de interpretación de la ley por el Tribunal Supremo, en cuanto constituye la garantía fundamental de la unidad del ordenamiento jurídico, como manifestación de la función constitucional que a dicho Tribunal atribuye el artículo 153 (sic; debe decir, 123) de la Constitución, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo establecido en materia de garantías constitucionales”.⁹⁴

⁹² “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, págs. 101-102; no obstante, se observa que, esta especie de “rentabilización” de la función unificadora del TS, va también ligada a la concentración en los TSJ de la potestad de plantear la cuestión de legalidad y a la restricción de que los litigantes no tengan derecho al planteamiento de la cuestión, sino que el mismo sea estrictamente una potestad del órgano jurisdiccional. También sobre esta propuesta de regulación, BACIGALUPO ZAPATER, E., “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 julio 2000, núm. 447, pág. 3.

⁹³ “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, págs. 109.

⁹⁴ “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, págs. 109.

Del texto reproducido, y de otras intervenciones en el debate,⁹⁵ resulta una notable imprecisión acerca de si la vinculación propugnada lo es a un precedente - modo en que fue resuelto un caso igual al que ahora es litigioso-, o a la doctrina jurisprudencial formada por un modo reiterado de interpretación y aplicación de un determinado precepto por el TS.⁹⁶

Pero, principalmente, me interesa examinar cómo se conciben, presupuesta una reforma legal que introdujera ese valor vinculante, las posibilidades de desvinculación.

Se ha dicho que, establecer legalmente el valor vinculante de la jurisprudencia, “no supone alterar las concepciones actualmente vigentes en relación con la posibilidad de distinguir supuestos de hecho para llegar a soluciones diferentes”.⁹⁷ En buena técnica, no seguir una doctrina jurisprudencial determinada por estimar que el caso litigioso a resolver es distinto a los que dieron lugar a la formación de la mencionada doctrina, no significa desvincularse de ésta, ni incumplir la norma que pudiera preceptuar la vinculación. La apreciación acerca de si los casos son iguales o diferentes la hace, en principio, el tribunal de instancia. Al hacerla pueda incurrir en error, pero lo que el tribunal exprese, en tal caso, no significará una negación del carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, sino una afirmación de que es inaplicable al caso.⁹⁸

Desvinculación propiamente dicha⁹⁹ la hay si un órgano jurisdiccional estima que un caso igual a otros, sobre los que estaba formada una doctrina jurisprudencial, debe ser decidido con arreglo a unos criterios distintos a los establecidos por esa doctrina. Y eso porque el órgano jurisdiccional entiende que deben ser aplicadas normas diferentes a las que tal doctrina estimaba aplicables, o porque las mismas normas deben ser interpretadas de un modo distinto -y más perfecto- al que sostenía la doctrina que se quiere abandonar; específicamente, en fin, porque esa más perfecta interpretación va dirigida -en caso de doctrina jurisprudencial y de normas de larga vigencia- a atender a la realidad social en que la norma ha de ser aplicada, atendiendo a su espíritu y finalidad (art. 3.1 Código Civil).

⁹⁵ BACIGALUPO ZAPATER, E., “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, págs. 138-141; LÓPEZ GUERRA, L., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 junio 2000, núm. 442, págs. 1-4; y, en páginas que anticipaban las propuestas ahora comentadas, SALA SÁNCHEZ, “Discurso ... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, págs. 37-38.

⁹⁶ Sobre esta distinción, XIOL RIOS, “El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, 3/1986/Páginas 25-40/Código PJ860302; NIETO, “Visión doctrinal de la jurisprudencia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, págs. 111-128.

⁹⁷ “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, págs. 109; en parecido sentido, SALA SÁNCHEZ, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, págs. 32-33.

⁹⁸ Otra cosa es que la técnica de las distinciones se utilice, en ocasiones, como subterfugio para cambiar de criterio de decisión, sin reconocer que es esto último lo que se hace; véase, al respecto, ITURRALDE SESMA, V., *El precedente en el common law*, Civitas, Madrid, 1995.

⁹⁹ Detalladamente sobre en qué consisten los cambios de criterio, BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, págs. 85-98.

Como no podía ser menos, en el singular debate sobre esta materia en Derecho español, en absoluto es negada la posibilidad -sería mejor decir: la potestad- de desvinculación, en sentido estricto, respecto de una doctrina jurisprudencial del TS.¹⁰⁰ Menos claro es, sin embargo, si la potestad de desvinculación la tiene cualquier órgano jurisdiccional o está reservada al TS, así como qué requisitos habrán de ser cumplidos para que la desvinculación se entienda realizada con arreglo a Derecho.

B) Régimen restrictivo de la potestad de desvinculación. ¿Qué resta de la independencia del juez? ¿Potestad “normativa” para el Tribunal Supremo?

Dentro de la comprensible indefinición de aquello que sólo son propuestas en un debate abierto, parece que, propiamente, la potestad de desvinculación sólo la tendría el TS.

En ese sentido, dice la propuesta de la Sala de Gobierno del TS: “Se rechaza que se haga referencia a una supuesta facultad de los tribunales ordinarios de separarse de los criterios jurisprudenciales alegando su disconformidad con el ordenamiento jurídico, pues esto equivaldría a dejar al arbitrio de los distintos tribunales la aplicación de los criterios jurisprudenciales, desvirtuando así su eficacia para garantizar la unidad del ordenamiento. Debe proclamarse sin más el valor vinculante de la jurisprudencia, con una fórmula similar a la contenida en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5)”.¹⁰¹

En el contexto de una concepción tan estricta de la vinculación, es necesario preguntarse cuáles serían las consecuencias de una desvinculación no autorizada por el ordenamiento.

Si estas consecuencias afectan a la validez o a la eficacia de la sentencia, volvemos a la técnica de los recursos de casación como modo de garantizar una aplicación e interpretación uniforme de las normas, y, con ellas, la igualdad en la aplicación de las mismas. No obstante, no podemos dejar de recordar que el TS revocará la sentencia que se hubiera desvinculado indebidamente, y resolverá con arreglo a la doctrina jurisprudencial preterida, si entiende que debe mantener esta doctrina, pero también puede no revocar la sentencia y modificar la doctrina jurisprudencial.

En cualquier caso, esta primera modalidad de consecuencias de la desvinculación no conforme a Derecho deja plenamente a salvo la independencia judicial. Cada órgano jurisdiccional, el de instancia y el TS, habrán resuelto con arreglo a su personal juicio sobre lo que deriva de las normas para la mejor solución del caso, incluido el razonamiento sobre si la igualdad impone mantener o permite modificar anteriores criterios de decisión.

¹⁰⁰ SALA SÁNCHEZ, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, pág. 33; “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, pág. 109.

¹⁰¹ “Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, pág. 109. Ya postulaba la misma rigidez SALA SÁNCHEZ, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, págs. 33-34.

Otra clase de consecuencias podría ser que una desvinculación no autorizada determinara ilicitud de la conducta del juez o jueces que la hubieran realizado.

Se ha dicho que el dato de que el ordenamiento no establece la consecuencia de una sanción al juez, no significa que éste no se halle vinculado por la doctrina jurisprudencial.¹⁰² No obstante, si la vinculación del juez a la doctrina jurisprudencial del TS estuviera formalmente equipara a su vinculación a la ley, podría concluirse que una indebida desvinculación a sabiendas constituiría prevaricación.¹⁰³

Sin llegar a extremo tan grave como la sanción penal -y, por lo tanto, con mayor probabilidad de que esta reacción sancionatoria pueda ser más fácilmente aceptada- la consecuencia de ilicitud de la conducta podría proyectarse sobre el estatuto profesional del juez, produciendo en el mismo algún efecto desfavorable. Sobre el riesgo cierto de que este tratamiento pudiera introducirse, no resisto traer a colación un pasaje de la intervención del Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia e Interior en el Congreso de los Diputados, el día 14 de febrero de 2001:

“No puedo terminar este apartado (se está refiriendo al apartado de la independencia judicial) sin una mínima referencia a las derivaciones del papel constitucional del juez. Los jueces, miembros de un poder independiente, ejercen una función pública subordinada, pues aplican en un proceso que dirigen sin interferencias, las normas de Derecho Objetivo a los casos suscitados por una petición de Justicia, respetando la jerarquía de fuentes que conforman nuestro ordenamiento. Cuando yerran o desconocen la ley o la *jurisprudencia* (la cursiva es mía), existe la posibilidad procesal de corregir su doctrina, y pueden incurrir en responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones y por el funcionamiento anormal del servicio, lo que hoy tiene una incidencia milmillonaria en el presupuesto del Ministerio de Justicia. Lo primero debe resolverse con el sistema de recursos. Lo segundo requiere una regulación más detallada que promueva una mayor atención del Juez al destino posterior de sus pronunciamientos; incida como un elemento más, en la carrera; y se le repercuta, en los casos legalmente previstos”.¹⁰⁴

En el debate sobre la vinculación a la doctrina jurisprudencial del TS, nadie ha dicho que una desvinculación indebida tuviera que comportar consecuencias penales, ni disciplinarias, ni profesionales de otro orden (por ejemplo: calificación desfavorable a efectos de provisión no reglada de puestos de trabajo en la organización judicial). Pero tampoco se ha aclarado la cuestión con una bien definida respuesta negativa. Y el

¹⁰² DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Madrid, 1988, págs. 296-302, citado por DESDENTADO BONETE, A., “Problemas de la jurisprudencia en el orden social: Vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la ley”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pág. 421, nota 20.

¹⁰³ Considerando, y rechazando, esta consecuencia, DESDENTADO BONETE, “Problemas de la jurisprudencia en el orden social: Vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la ley”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pág. 421; LÓPEZ GUERRA, L., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 junio 2000, núm. 442, pág. 3.

¹⁰⁴ La referencia a esta intervención puede verse en MARTÍNEZ MOYA, “La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, , pág. 525.

silencio, en aspecto tan esencial, revela una preocupante ambigüedad, que bastaría, por sí sola, para generar inquietud en los juzgadores.¹⁰⁵

Por otra parte, ¿qué significado tendría el establecimiento de esta norma de vinculación?

a) Transformación o supresión parcial de la independencia del juez

En primer lugar, a mi juicio, significaría la negación de la independencia de los jueces integrados en los órganos jurisdiccionales de grados inferiores.¹⁰⁶

Se ha llegado a decir, de forma más o menos contundente,¹⁰⁷ que no habría propia negación de la independencia del juez, porque la vinculación a la doctrina jurisprudencial del TS sería conforme a la ley, que la habría preceptuado, e incluso a la Constitución, por ser tal previsión normativa el medio para preservar la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica.

Este argumento me parece inaceptable, porque niega un contenido constitucionalmente autónomo de lo que significa la independencia del juez.¹⁰⁸

Pero me parece más llamativo hacer notar que conduce a una transformación sustancial del concepto de independencia, incluso en comparación con la actual comprensión de la misma en los supuestos en que un órgano jurisdiccional ha de aplicar normas de rango inferior a ley.

El art. 6 LOPJ atribuye a todos los órganos jurisdiccionales las potestades de examen de legalidad y de inaplicación de “los reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”. Reconozcamos que, de establecerse la norma de vinculación, los órganos jurisdiccionales no tendrían esas potestades respecto de una doctrina jurisprudencial del TS que estimaran no ajustada a ley. Los órganos jurisdiccionales de grado inferior no la tendrían en absoluto. Los órganos de grado -digamos- intermedio, dotados de potestad de plantear la cuestión prejudicial de legalidad, aún podrían evitar, mediante el planteamiento de la cuestión, quedar irremediabilmente sujetos a una doctrina jurisprudencial que reputen no conforme a ley. Sin embargo, también para la segunda clase de órganos jurisdiccionales existiría transformación esencial de la independencia, porque también ellos, como sus inferiores en grado, habrían perdido la potestad de

¹⁰⁵ Expresando su preocupación por consecuencias distintas a las que se producen mediante la estimación de la casación, MARTÍNEZ MOYA, “La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, págs. 499, 525-526.

¹⁰⁶ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre-2002, págs. 8-9.

¹⁰⁷ SALA SÁNCHEZ, “Discurso... en acto inaugural del año judicial”, en *La unificación de doctrina*, págs. 20-22; BACIGALUPO ZAPATER, E., “Jurisprudencia y seguridad jurídica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 julio 2000, núm. 447, pág. 3.

¹⁰⁸ DE LA OLIVA SANTOS, “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre-2002, págs. 8-9.

inaplicar -de sentenciar no aplicando- la norma infralegal contraria a la jerarquía normativa.¹⁰⁹

Me parece más ajustado a la realidad considerar esto como eliminación de la independencia de los jueces de los órganos jurisdiccionales inferiores al TS, y, además, en un ámbito importante, dado que afecta a la determinación del significado y posibilidades de aplicación de las leyes y a la determinación del contenido de los principios generales del Derecho.¹¹⁰

La supresión de la independencia se produce en un doble sentido:

1º) Se suprime una de sus manifestaciones esenciales,¹¹¹ porque la norma de vinculación somete al juez a una “regla general de enjuiciamiento” (la doctrina jurisprudencial del TS sobre cierta materia), de rango ciertamente infralegal, y, en todo caso, de mayor densidad normativa que la ley, privándole de la potestad de examinar su legalidad.

2º) A partir de lo anterior, ya no hay razón bastante para no suprimir una de las principales garantías de la independencia -que hacen posible su práctica efectividad-.¹¹² La garantía consistente en que los criterios que el juez sostenga sobre la interpretación y aplicación de la ley, en los casos concretos que juzga, no deben tener incidencia negativa en su carrera profesional, para evitar que el temor a esa incidencia (o el deseo de la misma) se utilice como instrumento de control de aquellos criterios.

b) ¿Potestad “normativa” para el TS?

Con la norma de vinculación a la doctrina jurisprudencial del TS, las afirmaciones -que han de deducirse de varias sentencias de ese Tribunal, generadoras de la doctrina- de que determinada norma legal es aplicable a casos con determinados rasgos que los identifican, y de que la interpretación o significado de esa norma es uno

109 Por lo dicho, me parece insólito que la denominada cuestión de ilegalidad en el proceso contencioso-administrativo sea aducida como uno de los referentes justificativos de la cuestión de legalidad que se propone -“Propuesta de reforma del Tribunal Supremo en atención a sus funciones Constitucionales”, en *Del modo de arreglar la justicia*, pág. 100-. En el proceso contencioso-administrativo no es preceptivo plantear aquella cuestión para apreciar la ilegalidad y sentenciar sin aplicación del reglamento ilegal -hasta el punto de que la cuestión se plantea después de dictada sentencia del modo dicho: “Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso-administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes” (art. 27.1 LJCA)-, sino solamente para que el reglamento sea declarado nulo y definitivamente expulsado del ordenamiento. La consideración de esto debió precisamente conducir a la Sala de Gobierno del TS a reflexionar sobre la entidad del recorte a la independencia de los tribunales de grado inferior, que de modo sustancial comporta la norma de vinculación.

¹¹⁰ Adicionalmente, y de modo indirecto, puede generar vinculaciones no previstas. Por ejemplo, al reglamento administrativo ilegal. En efecto: ¿qué sentido tiene mantener lo dispuesto por el antes mencionado art. 6 LOPJ en el caso de que existiera doctrina jurisprudencial del TS que considerara ajustada a ley determinada norma reglamentaria?

¹¹¹ ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, págs. 25-27.

¹¹² ORTELLS RAMOS, *Introducción al Derecho Procesal*, págs. 27-29.

específico, quedan convertidos en criterios de enjuiciamiento de carácter general y abstracto para todos los órganos jurisdiccionales de grado inferior al TS.

De carácter general y abstracto -a pesar de que la formación de la doctrina se ha producido al hilo de la consideración de casos concretos por el TS-, porque su eficacia jurídica es la de ser seguidos y aplicados -salvo que el órgano jurisdiccional tenga potestad de planteamiento de cuestión de legalidad- en casos concretos futuros que sean sustancialmente iguales a los que generaron la doctrina.

Esa eficacia jurídica, sin duda, va más allá de la producida sobre los casos que fueron resueltos, en su momento, por el TS. Es general y abstracta, en cuanto puede afectar a casos iguales. Pero afectarles con criterios para la decisión sobre el fondo de los mismos, no simplemente influyendo en que sean admisibles ciertos recursos contra las sentencias que los han resuelto -particularmente, el de casación para unificación de doctrina-, ni imponiendo un deber de consideración de tales criterios al sentenciar, aunque sin perjuicio del poder de separarse de los mismos.

Es decir, la doctrina jurisprudencial del TS desempeñaría, en el enjuiciamiento de fondo, el mismo papel que la ley u otra fuente del Derecho, aunque con subordinación a esas fuentes -así hay que pensarlo, por más que no sea fácil ver cómo se instrumenta la efectividad de este límite-.

En definitiva, el TS quedaría investido de una potestad “normativa”, para producir normas de rango inferior a la ley, con capacidad de proyectarse sobre el enjuiciamiento de fondo de todo tipo de asunto litigioso.

Se ha puesto en tela de juicio la constitucionalidad de esta atribución, porque la potestad que se atribuye al TS, al menos en el supuesto de la cuestión prejudicial de legalidad, es diferente a la potestad de juzgar, única que el art. 117 CE le encomienda y permite encomendarle en exclusiva.¹¹³ Ahora me limitaré a apuntar que, desde un punto de vista práctico es inadecuada, salvo que vaya acompañada de importantes reformas complementarias. Actualmente resulta difícil que el juez haga efectiva su sumisión a la ley, principalmente por la complejidad de la producción normativa y por los acelerados cambios que se producen en la misma.¹¹⁴ A lo anterior vendría a añadirse un deber de preciso conocimiento de las doctrinas jurisprudenciales, cuya

¹¹³ Así, en la “Ponencia del Excmo. Sr. Presidente de la Sala Cuarta”, en *Del modo de arreglar la justicia*, pág. 135, se hace notar, específicamente respecto de la sentencia sobre la cuestión de legalidad, que: “la sentencia que dicte el Tribunal Supremo para resolver estas cuestiones prejudiciales, contendrá una declaración de carácter general sobre la interpretación correcta de un precepto legal. Pero, ¿esa declaración general se corresponde y conforma realmente con la función que a los Jueces y Tribunales asignan el artículo 117.3 de la CE y el artículo 2.1 de la LOPJ? Esa declaración interpretativa de carácter general ¿encaja en la idea que expresan los términos "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado"? Clásicamente el cometido de los Jueces ha sido el de dar solución a los conflictos jurídicos entre partes, aplicando el derecho al caso concreto debatido; ¿no es algo diferente declarar con carácter general la interpretación correcta de un precepto legal?”.

¹¹⁴ Puede verse útilmente, entre otros, RIVERO ORTEGA, R., “Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 146, mayo-agosto 1998, páginas 85-127; del mismo autor, “Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho”, *RAP*, núm. 157, enero-abril 2002, páginas 89-118.

forma de expresión carece de idoneidad para facilitar que los órganos jurisdiccionales adquieran un conocimiento razonablemente seguro de las mismas y de su alcance.¹¹⁵

Sustancialmente, la potestad del TS significaría “dictar instrucciones, de carácter general (...), dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o aplicación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su potestad jurisdiccional”, que es lo que, actualmente, expresamente le veta el art. 12.3 LOPJ. Pero, además, esa potestad sería ejercida sin que formalmente quedaran definidos, con suficiente precisión, los contenidos dotados de eficacia vinculante general, ni estuviera garantizada la publicidad general de los mismos.

C) El deber de sentenciar en diálogo con la doctrina jurisprudencial

Las reflexiones sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley y la vinculación -según planteamientos- al precedente o a la doctrina jurisprudencial, como garantía de aquella faceta de la igualdad, ha conducido -además de a una, de momento, incompleta y vacilante reestructuración de la casación ante el TS- a un modo de entender la vinculación menos constrictivo que el postulado por las propuestas examinadas en los apartados anteriores.

La vinculación incidiría en el método del razonamiento judicial en el momento de sentenciar, imponiendo que ese razonamiento sobre el caso litigioso, que debe ser resuelto con sujeción al sistema de fuentes, se desarrolle en contemplación de los precedentes o doctrinas jurisprudenciales pertinentes y “en diálogo” con ellos, lo que implica una posibilidad de divergencia razonada.¹¹⁶

¹¹⁵ DE LA OLIVA SANTOS, “Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales”, en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre-2002, págs. 11-14; MARTÍNEZ MOYA, “La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, pág. 501. Sólo en el régimen de algunos recursos de casación para unificación de doctrina (art. 226.2 UPL; art. 487.3 LEC) y en el de los recursos en interés de la ley (art. 100.7 LJCA; art. 493 LEC) establece la ley que la sentencia del TS que los estime deberá fijar la doctrina jurisprudencial que él acepta, en los demás casos esa doctrina debe ser extraída del estudio de las sentencias. Y sólo en los recursos en interés de la ley se dispone la publicación de las sentencias en el Boletín Oficial del Estado (art. 493 LEC; art. 100.7 LJCA), medio para la publicidad general de las normas (sobre esto, puede verse EZQUIAGA GANUZAS, F. J., “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del Derecho, Lex Nova, Valladolid, 2000, *passim*).

¹¹⁶ XIOL RIOS, J. A., “El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, 3/1986/Páginas 25-40/Código PJ860302; MORAL SORIANO, *El precedente judicial*, págs. 183-189; PECES MORATE, J. E., “Valor de la jurisprudencia”, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, págs. 66-69; DE ASIS ROIG, *Jueces y normas*, pág. 275; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, págs. 66-67.

LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA (*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. NORMAS DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y NORMAS PROCESALES EN EL EACV Y NORMAS DEL EACV ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y PROCESAL

III. LAS MODALIDADES DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA GENERALITAT EN MATERIA DE JUSTICIA

1. Las atribuciones específicas

2. Las atribuciones genéricas. La “cláusula subrogatoria” y su significado actual

A) El significado primigenio de las “cláusulas subrogatorias” y la progresiva modificación de los términos del problema. El significado de las “cláusulas subrogatorias” en los Estatutos reformados

B) Art. 49.1.36ª EACV: una nueva cláusula general de atribución de competencias a la Generalitat en materia de Administración de Justicia

3. Potestades de la Generalitat y materias de Justicia de competencia exclusiva del Estado

IV. POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS

1. En general

2. Las potestades en especial y algunos casos litigiosos

V. LA GENERALITAT Y LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

1. La situación actual y las perspectivas inmediatas de reforma

2. ¿Es el “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” el futuro Consejo de Justicia de la LOPJ reformada?

VI. POTESTADES DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE PLANTA Y DEMARCACIÓN, CON UN APUNTE SOBRE EL TEMA PREVIO DE LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1. La Generalitat no tiene competencia para la configuración normativa de órganos jurisdiccionales

2. Potestades de la Generalitat en materia de planta y demarcación judicial

A) Planta judicial: potestades de la Generalitat en el Derecho vigente y perspectivas de reforma

B) Potestades respecto de la fijación de las demarcaciones y de la capitalidad

(*) Publicado en *Comentario al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana*, Baño León (coord.), Thomson Civitas, 2007, Cizur Menor (Navarra) (ESPAÑA), pp. 323-393.

VII. COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SOBRE LOS MEDIOS MATERIALES

1. Los fundamentos de la ordenación de estas competencias
2. Potestades respecto de los secretarios judiciales
3. Competencias respecto de los funcionarios de los otros cuerpos al servicio de la Administración de Justicia

A) Oferta de empleo público y procedimiento de selección. Nombramiento de funcionarios interinos

B) Jornada, horarios y régimen retributivo

C) Licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y régimen disciplinario

4. Competencias sobre otro personal al servicio de la Administración de Justicia

A) Personal que desarrolla funciones diferentes a las atribuidas a los Cuerpos Nacionales

B) Personal que puede desarrollar algunas funciones de los Cuerpos Nacionales, pero sólo al servicio de determinadas clases de órganos jurisdiccionales

5. Competencias en materia de Oficina judicial, unidades administrativas y otras estructuras organizativas

A) Estado de la cuestión con el texto vigente de la LOPJ

a) *Los Institutos de Medicina Legal*

b) *La Oficina judicial*

c) *Las unidades administrativas y las oficinas comunes de apoyo*

B) Una reforma en perspectiva: la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad

6. Competencias sobre provisión de medios materiales

VIII. POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DE TRIBUNALES ESPECIALES

IX. EL “CONSELL DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA” Y SUS FUNCIONES

X. COMPETENCIAS SOBRE LEGISLACIÓN PROCESAL

1. Supuestos en los que las particularidades del Derecho material autonómico pueden ser asumidas por la ley procesal estatal

2. El criterio de la “necesaria especialidad” en la práctica legislativa de las Comunidades Autónomas y en la doctrina del TC

A) La orientación general de la doctrina jurisprudencial del TC

B) Un caso de constatación por el TC de la concurrencia del criterio

C) Algunos casos de Derecho valenciano

I. INTRODUCCIÓN*

Las disposiciones del EACV sobre la materia de Justicia son abundantes, de contenido heterogéneo –aunque siempre comprendido en esa materia-, y, sobre todo, diversas en su calidad normativa.¹

Por otra parte, la colocación sistemática de esas disposiciones en el EACV no revela con facilidad a qué criterios de ordenación responde. Unas disposiciones aparecen colocadas junto a las que regulan instituciones de la Generalitat o junto a las que regulan el régimen jurídico de sus poderes (p.ej., los arts. 22, h, 23.3, 31, 32 y 47 EACV); con otras se hace un bloque sistemático, precisamente bajo el epígrafe de “La Administración de Justicia” (arts. 33 al 37 EACV, integrados en el así rotulado capítulo V del título III); en fin, el título IV, referido a las competencias asumidas por la Generalitat, contienen disposiciones sobre el alcance de las mismas en materia procesal (art. 49.1.3^a) y de Administración de Justicia (art. 49.1.36^a EACV).

Salvo lo que enseguida diré, no encuentro razones para criticar esta sistemática, aunque para mi exposición ordenaré la materia de un modo que me parece más clarificador e ilustrativo de la diversa calidad de los problemas que se plantean.

En cambio, hay un aspecto de la sistemática criticable por razones técnico-jurídicas de profundo calado. Me refiero a la inclusión de un conjunto de disposiciones bajo el epígrafe de “La Administración de Justicia”, en uno de los capítulos –el V- comprendidos en el título regulador de las instituciones de autogobierno de la Comunitat Valenciana, constitutivas de la Generalitat, lo que genera la apariencia de que las instituciones que se mencionan en el capítulo V son instituciones de la Generalitat. A esa apariencia contribuiría también el epígrafe del capítulo VI del título III que, al referirse a “las otras Instituciones de la Generalitat”, presupone que lo son todas las mencionadas en los capítulos anteriores.

Los comentarios siguientes demostrarán que esa apariencia no se corresponde con la realidad normativa de las instituciones mencionadas en el capítulo V, salvo el “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana”, que, por razones que más adelante se tratarán con detalle, no es fácil asimilar al Consejo de Justicia, institución prevista por el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia,² actualmente en trámite parlamentario.

* Este trabajo ha sido elaborado en el contexto del proyecto de investigación SEJ2005-08384-C02-01/JURI, sobre “Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia: funciones, carga de trabajo, ordenación de los recursos de su competencia”, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia. Investigador principal: Manuel Ortells Ramos.

¹ A los efectos de los proyectos de ley y de las propuestas de reforma de Estatutos de Autonomía que se consideran en este trabajo, debe tenerse en cuenta que la elaboración del mismo ha sido concluida el 12 de julio de 2006.

² Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

El propio EACV reconoce esa realidad cuando, al enumerar en el art. 20 las instituciones de la Generalitat, omite incluir los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunitat Valenciana y las instituciones de gobierno de los mismos, de un modo u otro mencionados en el capítulo V. Incluso omite referirse al “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana”, lo que contribuye al enigma sobre la naturaleza y la titularidad de esta institución.

II. NORMAS DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y NORMAS PROCESALES EN EL EACV Y NORMAS DEL EACV ATRIBUTIVAS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y PROCESAL

La primera consideración que debe hacerse sobre la materia de Justicia en el EACV es una de tipo general. Conviene distinguir, por un lado, las normas del EACV que regulan directamente materia de organización judicial o materia procesal, y, por otro, las normas del EACV cuyo objeto es atribuir a la Generalitat competencias sobre materia judicial-orgánica o procesal, o incidir, de diversa manera, en la regulación del ejercicio de estas competencias atribuidas.

Respecto de la segunda clase de normas –que examinaré, de modo general, en el siguiente apartado III, y, de manera más específica, en los apartados IV y siguientes– cabe plantearse si respetan y de qué manera el régimen constitucional de asignación de competencias, al someter ciertas materias a las potestades normativas (legislativas o reglamentarias) y/o ejecutivas (y, dentro de estas, de diversa calidad) de la Generalitat.

Por el contrario, las normas de la primera clase no suscitan ninguna cuestión sobre la correcta atribución de competencias, porque esas normas no atribuyen ninguna competencia a la Comunidad Autónoma, sino que, al establecerlas, es el Estado quien está legislando sobre la materia, sólo que mediante la especial ley orgánica que es un Estatuto de Autonomía. A partir de esto, los problemas son, de una parte, si es el EACV la ley adecuada para formularlas, y, de otra, si la especialidad del procedimiento de reforma del EACV se proyecta, también, sobre los contenidos normativos que no deberían haberse incluido en el mismo.

No obstante, el alcance de estos problemas depende de cómo estén formuladas las normas en cuestión. Concretamente, la formulación de estas normas por el EACV deja estos problemas muy acotados.

En efecto, en buena parte de los casos las disposiciones formuladas en el EACV carecen, realmente, de contenido normativo propio.

Se llega a esta situación por dos caminos diferentes:

1ª) El texto estatutario contiene una simple repetición del contenido de los preceptos constitucionales.

2ª) El texto estatutario formula remisiones a leyes estatales, y dota a estas remisiones de tal entidad que son estas leyes –y no el EACV– las que realmente acaban estableciendo la norma correspondiente.

La primera técnica aparece aplicada en:

1º) El art. 33.1 EACV, que repite lo dispuesto en el art. 152.1, párrafo segundo, CE, en cuanto a la culminación por el TSJ de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma.

2º) El art. 47 EACV, que, con diferencias de expresión no relevantes, dispone lo mismo que el art. 153, a) y c) CE en cuanto a la atribución al TC del control jurisdiccional de las leyes de la Generalitat, y al orden jurisdiccional administrativo el de sus reglamentos y actos administrativos.

3º) El art. 36.2 EACV, que reproduce sustancialmente el art. 125 CE, en la parte relativa al derecho-deber de los valencianos de participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado.

4º) Los arts. 22, h) y 32 EACV, en la parte en la que atribuyen legitimación a Les Corts y al Consell para interponer recurso de inconstitucionalidad, lo que coincide con lo ya dispuesto por el art. 162.1, a) CE.

La técnica de las remisiones que vacían de contenido normativo la disposición estatutaria, se manifiesta en los siguientes casos:

1º) Art. 33.2 EACV. La norma que parece establecer –que el TSJ sea competente para establecer doctrina en ciertos órdenes jurisdiccionales y en el territorio de la Comunitat Valenciana- se halla, según la propia letra del artículo, completamente a expensas “del pertinente sistema de instancias procesales y recursos que vienen determinados por la legislación del Estado”, de que “así proceda” –hay que pensar que según la mencionada legislación-, y de que el conocimiento -se entiende que de las instancias y recursos- “les fuera atribuido por el Estado”.

2º) El art. 34.2 EACV se refiere, con expresión muy imprecisa,³ al “nombramiento de los Magistrados, Jueces y Secretarios del Tribunal Superior de Justicia”, pero para decir que el régimen de esos nombramientos será el previsto en la LOPJ.

3º) El art. 37.3 EACV repite, aunque con mayor economía verbal, la disposición del art. 33.2 EACV: expresamente dice que la legislación estatal establecerá en qué casos corresponderá al TSJ fijar doctrina en materia de Derecho estatal.

4º) El art. 37.1 EACV remite *in totum* a la legislación del Estado en cuanto a las normas atributivas de todas las modalidades de competencia –esta vez competencia judicial- a las que deben atenerse los órganos jurisdiccionales que conozcan de procesos en la Comunitat Valenciana.

Los problemas quedan reducidos, como avanzábamos, a las disposiciones estatutarias que, sin limitarse a repetir un precepto constitucional, establecen una norma de organización judicial o procesal, aunque sin salvar expresamente lo que, sobre el mismo contenido normado, pueda disponer una ley estatal.

³ En el TSJ no está destinado personal jurisdiccional con categoría de Juez, por lo que hay que pensar que el artículo se quiere referir a los nombramientos de todos los jueces y magistrados que sirvan destinos en la Comunitat Valenciana.

Pero, incluso en ese campo más acotado, los problemas apuntados tienden a desaparecer, mediante la técnica legislativa de la plena coincidencia de contenido entre las disposiciones del EACV y las de las leyes estatales reguladoras de las correspondientes materias.⁴ El empleo de esta técnica alcanza su expresión más clara cuando la norma de la ley estatal (no estatutaria) se formula con remisión, total o parcial, a la disposición estatutaria.

Así ocurre –con diferencias en el último aspecto apuntado- con el resto de disposiciones del EACV que regulan, directamente, materias de organización judicial o procesales.

Es el caso, en primer lugar, de la norma de inviolabilidad –exención de jurisdicción por los votos emitidos y las opiniones expresadas en el ejercicio del cargo- de los miembros de Les Corts (art. 23.3 EACV), y de las normas de inmunidad –especial atribución de competencia objetiva *ratione personae* y refuerzo de las garantías para la privación cautelar de la libertad- tanto de los mencionados parlamentarios, como de los miembros del Consell (arts. 23.3 y 31 EACV). La LOPJ, en sus arts. 56.2º, 57.1.2º, 73.2, a) y 3, a), ha asumido, en forma expresa, el contenido normativo de las disposiciones estatutarias sobre aforamiento de los miembros de Les Corts y del Consell.

En segundo lugar, esta técnica tan explícita se aplica parcialmente en relación con el art. 37.1 EACV, que, sin hacer expresa salvedad de lo que pueda disponer la LOPJ, atribuye al TSJ la competencia para conocer de los recursos de casación y de revisión “en materia de Derecho civil foral valenciano” y de los recursos de casación para unificación de doctrina y del recurso en interés de la ley en el orden jurisdiccional administrativo, si la infracción afecta exclusivamente a normas emanadas de la Generalitat. En uno de los casos –casación y revisión civiles-, es la LOPJ la que completa su propia regulación mediante una remisión expresa a la regulación estatutaria (art. 73.1, a) y b) LOPJ). En el otro caso –recursos extraordinarios en el proceso administrativo- la regulación de la LOPJ coincide con la de las mencionadas disposiciones estatutarias (art. 74.5 y 6 LOPJ en relación con los arts. 99 y 101 LJCA).

Por fin, la cuestión aparece en los arts. 34.1 y 32 EACV. El primero se refiere al nombramiento del Presidente del TSJ de la Comunitat Valenciana, y su contenido normativo coincide con el de los arts. 316.2 y 3 y 336.1 LOPJ, aunque ni el artículo del EACV hace referencia a estos, ni estos a aquél. Por su parte, el art. 32 EACV atribuye legitimación al Consell para plantear conflictos constitucionales de competencia y coincide plenamente con lo previsto por el art. 60 LOTC, pero ni se remite expresamente a él, ni el artículo de la LOTC salva las normas atributivas de legitimación contenidas en disposiciones estatutarias.

No obstante, en todos los casos en que las disposiciones estatutarias relativas a las materias que acabamos de mencionar, no dejan expresamente a salvo lo que disponga la legislación estatal –en especial, la LOPJ-, sigue abierta la duda acerca de si una reforma de esta legislación que la haga divergir de lo establecido por las

4 Sobre la utilización, de hecho, de esta técnica para evitar las contradicciones, MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Civitas, Madrid, 1982, p. 300.

disposiciones estatutarias, significaría, sin más, una correlativa reforma de la regulación contenida en estas últimas. Esta es, sin duda, la respuesta mejor fundada, aunque, obviamente, en definitiva su efectividad dependerá de que el TC entienda que la norma formulada en el Estatuto de Autonomía no es materia estatutaria, sino propia de otra ley estatal.⁵

En este sentido, la jurisprudencia del TC se ha pronunciado, aunque sea de manera incidental, a favor del carácter materialmente estatutario de las normas sobre inviolabilidad e inmunidad de parlamentarios autonómicos. El TC ha entendido que, a falta de regulación constitucional, “han sido los Estatutos, en “cuanto normas institucionales básicas” de la Comunidad Autónoma –art. 147.1 de la Constitución- el lugar adecuado para regular el “status” de los parlamentarios en cuanto a la inviolabilidad e inmunidad se refiere” (STC, Pleno, 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 4º). Aunque, como me parece obvio, eso no significa que la Comunidad Autónoma pueda asumir competencias para legislar sobre esta materia, dado que la misma, en cuanto procesal y referida a la determinación de la competencia objetiva de los tribunales, es competencia del Estado (STC 159/1991, Pleno, de 18 de julio, FJ 4º).

Por otra parte, debe advertirse que la técnica de ajustar las previsiones de la ley estatal (de organización judicial o procesal) a las disposiciones de los Estatutos sobre esas materias, puede tener consecuencias criticables sobre la racional atribución de las competencias judiciales y, lo que es más curioso, incluso paradójicamente contrarias a una “voluntad autonómica” de ver incrementadas las competencias (judiciales) del TSJ radicado en la Comunidad.

Ese podría ser el caso con el régimen de la competencia para conocer de la revisión civil que se propone reformar el “Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal”.⁶ A diferencia de lo que dispone el art. 37.2 EACV –y, también, de la actual regulación de la materia en la LOPJ-⁷, la redacción proyectada del art. 73.1, b) LOPJ desvincula la competencia judicial para conocer sobre la revisión civil del carácter autonómico o no de la ley aplicada por la sentencia.⁸

⁵ DE OTTO, I., *Estudios sobre el Poder Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 194-195; MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público*, I, p. 300.

⁶ Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

⁷ Actualmente, el art. 73 LOPJ dispone esto: “1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: [...] b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la Ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución”.

⁸ Esta vinculación nunca tuvo sentido, porque los fundamentos de la acción de revisión nada tienen que ver con el juicio jurídico sobre la interpretación y aplicación de las leyes para la resolución sobre el objeto del proceso.

El texto del artículo en el Proyecto es éste: “1. La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil: [...] b) De la revisión que establezca la ley contra

No obstante, dado que el texto proyectado del art. 73.1, b) LOPJ sigue respetando, de manera expresa, las disposiciones estatutarias sobre la atribución de competencia (judicial) al TSJ en esta materia, el art. 37.2 EACV continuará restringiendo la competencia de la Sala de lo Civil del TSJ de la Comunitat Valenciana para conocer de la revisión civil a los casos en que la sentencia que ha adquirido cosa juzgada hubiera aplicado Derecho civil foral valenciano.

III. LAS MODALIDADES DE ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS A LA GENERALITAT EN MATERIA DE JUSTICIA

Una segunda consideración de tipo general debe versar sobre la diversidad de modalidades de las normas de atribución de competencias a la Generalitat en materia de Justicia.

Por un lado, pueden distinguirse modalidades en atención al diferente grado de precisión en la atribución de las competencias, aunque, en este apartado, no se trata de profundizar en ellas, sino sólo de situar en un necesario contexto general la reconsideración de la llamada “cláusula subrogatoria”. Éste es, igualmente, el contexto idóneo para examinar una nueva forma de expresión normativa, presente en el EACV, y que también va dirigida a producir una atribución de competencias con un alcance que el texto estatutario no pormenoriza: me refiero al art. 49.1.36ª EACV.

Por otro lado, debe prestarse atención a las diferentes fuentes de atribución de las competencias, porque, además de las atribuciones ordinarias que, de acuerdo con la Constitución, realiza el EACV, leyes del Estado pueden encomendar a las Comunidades Autónomas diversas potestades en relación, principalmente, con la materia de organización judicial. Ésta es una vía para adecuar el Poder Judicial a la estructura autonómica del Estado, en la que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos De Justicia,⁹ actualmente en estado de tramitación parlamentaria, producirá importantes cambios.

1. Las atribuciones específicas

Las normas estatutarias que atribuyen competencias a la Generalitat, precisando el ámbito material de aquéllas –dentro del más general de Administración de Justicia– y las características de la potestad encomendada, no son abundantes, ni de gran importancia cualitativa.

Más adelante habrá oportunidad de volver sobre ellas, para tratar sus aspectos problemáticos, pero ahora basta enumerarlas:

1ª) Según el art. 35.1 EACV, la Generalitat tiene una potestad de instancia respecto de la iniciación de los procedimientos de “concursos y oposiciones para cubrir las plazas vacantes de Magistrados, Jueces, Secretarios Judiciales y demás

sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil, que tengan su sede en la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución”.

⁹ Puede consultarse el texto en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

personal al servicio de la Administración de Justicia, de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

2ª) Con arreglo al art. 36.1.2ª EACV, corresponde a la Generalitat “Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de su capitalidad”.

3ª) El mismo artículo confiere a la Generalitat competencia para participar “de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial en la creación o transformación del número de secciones o juzgados en el ámbito de su territorio”.

4ª) El art. 36.1.3ª EACV atribuye a la Generalitat competencia para “coadyuvar en la organización de los Tribunales consuetudinarios y tradicionales, en especial en la del Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia”.

5ª) Según el art. 36.1.4ª EACV corresponde a la Generalitat: “Proveer de medios personales, materiales y económicos a la Administración de Justicia”.

6ª) En fin, el art. 36.1.5ª EACV le atribuye la competencia “para ordenar los servicios de justicia gratuita que podrán prestarse directamente o en colaboración con los colegios de abogados y las asociaciones profesionales”.

2. Las atribuciones genéricas. La “cláusula subrogatoria” y su significado actual

Con una potencialidad previsiblemente mayor que la de las normas recién mencionadas, el EACV contiene otras dos disposiciones sobre atribución de competencias a la Generalitat en materia de Justicia. Una, la del art. 36.1.1ª EACV, que reproduce la llamada cláusula subrogatoria, que figuró en los primeros textos vigentes de casi todos los Estatutos de Autonomía, y, entre ellos, en el de la Comunidad Valenciana, aprobado por LO 5/1982, de 1 de julio, que la recogía en su art. 39.1ª. La otra disposición, de factura novedosa, es la del art. 49.1.36ª EACV, según el cual: “1. La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 36.ª Administración de justicia, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.5.ª de la Constitución”.

Característica común a ambas disposiciones es la de que no especifican las competencias que atribuyen, pero remiten, aunque sea implícitamente, a unos parámetros normativos que permitirán especificarlas. Cuáles deban ser las conclusiones de las operaciones, a veces complejas, que deben cumplirse para la determinación de tales competencias, lo veremos en los apartados IV y siguientes. Ahora es el momento de una reflexión general sobre el significado de estas dos disposiciones.

A) El significado primigenio de las “cláusulas subrogatorias” y la progresiva modificación de los términos del problema. El significado de las “cláusulas subrogatorias” en los Estatutos reformados

Con ese nombre son conocidas las disposiciones de los Estatutos de Autonomía del tenor de la del art. 39.1ª del EACV/1982, según el cual: “En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalitat Valenciana: Primera. Ejercer todas las facultades que las Leyes Orgánicas del Poder

Judicial y del Consejo General del Poder Judicial reconozcan o atribuyan al Gobierno del Estado”.

La explicación del origen de las disposiciones con este contenido es conocida, pero conviene recordarla, aunque obviando aspectos actualmente irrelevantes.

En el momento de la aprobación de los primeros Estatutos de Autonomía no había sido aún aprobada la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que impedía conocer la delimitación que el legislador estatal iba a realizar entre lo que era Administración de Justicia –a lo que, desde una posición defendible, podía entenderse ceñida la competencia exclusiva atribuida al Estado por el art. 149.1.5ª CE- y otras materias conexas con aquélla, materias sobre las cuales, por hallarse comprendidas en el art. 149.3 CE, algunas Comunidades Autónomas podían asumir competencias en sus respectivos Estatutos.

Las “cláusulas subrogatorias” aparecieron como una técnica que permitía superar la imposibilidad, en aquel momento existente, para definir el alcance de competencias atribuibles a determinadas Comunidades Autónomas según la Constitución, y para efectivamente atribuir las en el Estatuto de las mismas, como texto normativo al que ordinariamente corresponde hacer tal atribución (art. 147.1, d) CE). Con ese fin, las mencionadas cláusulas se idearon para expresar una preceptación, por los textos estatutarios, de lo que el legislador orgánico estatal considerara no incluido en la materia de “Administración de Justicia”, y, por lo tanto, asumible como competencia por una Comunidad Autónoma.

Al ser aprobada la LOPJ, varias Comunidades Autónomas formularon recursos de inconstitucionalidad frente a la misma, con fundamento, entre otras razones, en que diversos preceptos de aquella Ley contradecían las normas de sus Estatutos que habían establecido las “cláusulas subrogatorias”. El TC, por una parte, vino a confirmar la constitucionalidad de la idea básica en la que se fundaba la técnica de las “cláusulas subrogatorias” – es decir, la depuración de la materia “Administración de Justicia” como objeto de la competencia exclusiva del Estado-,¹⁰ pero, por otra parte, matizó las consecuencias de las disposiciones estatutarias que la contenían, con base tanto en

¹⁰ STC, Pleno, 56/1990, de 29 de marzo, FJ 6º -“la construcción realizada por las Comunidades Autónomas recurrentes adquiere pleno sentido. El art. 149.1.5 de la Constitución reserva al Estado como competencia exclusiva la «Administración de Justicia»; ello supone, en primer lugar, extremo este por nadie cuestionado, que el Poder Judicial es único y a él le corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y así se desprende del art. 117.5 de la Constitución; en segundo lugar, el gobierno de ese Poder Judicial es también único, y corresponde al Consejo General del Poder Judicial (art. 122.2 de la Constitución). La competencia estatal reservada como exclusiva por el art. 149.1.5 termina precisamente allí. Pero no puede negarse que, frente a ese núcleo esencial de lo que debe entenderse por Administración de Justicia, existen un conjunto de medios personales y materiales que, ciertamente, no se integran en ese núcleo, sino que se colocan, como dice expresamente el art. 122.1, al referirse al personal, «al servicio de la Administración de Justicia», esto es, no estrictamente integrados en ella. En cuanto no resultan elemento esencial de la función jurisdiccional y del autogobierno del Poder Judicial; cabe aceptar que las Comunidades Autónomas asuman competencias sobre esos medios personales y materiales”- y 7º; STC, Pleno, 62/1990, 30 de marzo, FJ 4º.

Otras tesis hubieran sido defendibles, así, por ejemplo, DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, pp. 205-206; MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público*, I, p. 39.

límites que se deducían de la interpretación de aquéllas, como en la aplicación de títulos competenciales distintos al del art. 149.1.5º CE, que impedían desapoderar al Poder Ejecutivo estatal de determinadas competencias.¹¹

Esta doctrina¹² que se formuló en la STC, Pleno, 56/1990, de 29 de marzo, y que fue seguida en la STC, Pleno, 62/1990, 30 de marzo, fue confirmada, diez años después, por la STC, Pleno, 105/2000, de 13 de abril, FJ 2º, al resolver sobre un recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre por la que se modifican diversos artículos de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Quisiera, no obstante, destacar ahora que, con la evolución de las reformas de la LOPJ, lo que para los primeros legisladores estatutarios era un problema abierto al que una disposición del estilo de la “cláusula subrogatoria” daba una solución oportuna, dejó, progresivamente, de poderse plantear en aquellos términos iniciales. Por otra parte, la subsistencia de la “cláusula subrogatoria” en contextos normativos diferentes al que le dio origen, ha conducido a que, progresivamente, haya cambiado su significado normativo.

Un primer paso lo constituyó la propia LOPJ de 1985, que no sólo definió competencias del Gobierno del Estado, y se las atribuyó, sino que, acotando, dentro de la materia de Justicia, sub-materias y clases de potestades públicas, también atribuyó competencias a las Comunidades Autónomas (por ejemplo, el art. 37.3 LOPJ, respecto de la gestión de medios materiales para la Administración de Justicia). Esto hubiera podido inclinar a pensar que el legislador de la LOPJ había optado por determinar de una manera diferente a los legisladores estatutarios qué competencias pueden asumir las Comunidades Autónomas en materia de Justicia, si lo prevén sus Estatutos, y cuáles se atribuyen no sólo al CGPJ, sino también al Gobierno del Estado, sin que, desde éste y por la vía de la cláusula subrogatoria, deriven después hacia una Comunidad Autónoma.¹³ Sin embargo, como el TC no estaba llamado a pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de los preceptos estatutarios, sino sobre la de preceptos de la LOPJ, no podía dejar de examinar cada precepto impugnado para determinar si, habida cuenta de lo que era objeto de regulación por la norma estatal, la cláusula subrogatoria podía operar, y, en tal caso, si el precepto de la LOPJ admitía una interpretación que no impidiera o dificultara esa operatividad (STC 56/1990, FJ 9º).

Un segundo paso hacia el cambio de significado de las “cláusulas subrogatorias” está representado, a mi juicio, por las reformas de la LOPJ llevadas a cabo por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, y por la LO 19/2003, de 23 de diciembre.

¹¹ STC, Pleno, 56/1990, de 29 de marzo, FJ 8º; STC, Pleno, 62/1990, 30 de marzo, FJ 5º.

¹² Para un análisis de la misma, entre otros, LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Justicia y Estado autonómico*, Civitas-Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 204-244; TOLIVAR ALAS, L., *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1996, pp.114-120; REVERÓN PALENZUELA, B., *Poder Judicial, unidad jurisdiccional y Estado autonómico*, Comares, Granada, 1996, pp. 129-177.

¹³ DE OTTO, *Estudios sobre el Poder Judicial*, pp. 207-208.

Una parte importante de ambas reformas ha estado orientada a recorrer el camino abierto por las STC 56/1990 y STC 62/1990 en cuanto a la determinación de materias que, sin formar parte de la competencia exclusiva estatal de “Administración de Justicia”, están próximas a ella y pueden ser objeto de competencias de las Comunidades Autónomas, aunque respetando otros límites que, para una asunción ajustada a la CE, han fijado también aquellas sentencias.¹⁴

En definitiva, la LOPJ ha realizado, siguiendo la orientación del TC, la delimitación de las competencias que, por constituir funciones del Gobierno del Estado asumibles por las Comunidades Autónomas, están atribuidas a las mismas si su Estatuto tiene cláusula subrogatoria. A partir de esto, lo que la LOPJ dispone que compete al Gobierno del Estado ya no puede ser interpretado como el presupuesto del valor normativo de la cláusula subrogatoria, porque la delimitación de la competencia de la Comunidad Autónoma ya la ha hecho la LOPJ, de modo que la norma estatutaria que establece aquella cláusula sólo sirve para apoderar a la Comunidad de la competencia,¹⁵ pero no para delimitar su amplitud.

El tercero, y, a mi juicio, definitivo paso para que las cláusulas subrogatorias pierdan la que fue su justificación inicial, está constituido por el contexto en el que se realiza la reforma estatutaria que ahora estamos comentando. A diferencia de lo que ocurrió al elaborarse, por vez primera, los Estatutos de Autonomía, ningún desconocimiento existe en los actuales tiempos sobre los límites dentro de los cuales las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias en materia de Justicia. Han contribuido a fijarlos tanto la doctrina jurisprudencial del TC, como las reformas de la LOPJ que han reconocido ampliaciones de las competencias de las Comunidades Autónomas siguiendo las posibilidades abiertas por la doctrina mencionada. Los Estatutos pueden asumir específicamente competencias cuyo alcance ya está definido. Si, en esta situación normativa, continúan utilizándose las cláusulas subrogatorias, el significado de las mismas ya no es definir el ámbito en el que las Comunidades pueden

¹⁴ Sobre la situación normativa a la que dio lugar la reforma de LOPJ de 1994, JIMÉNEZ ASENCIO, R., “Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Administración de Justicia y Libro Blanco de la Justicia”, en *Dos estudios sobre Administración de Justicia y Comunidades Autónomas*, IVAP-Civitas, Madrid, 1998, pp. 17-74. La reforma de 2003 ha estado precedida por los planteamientos del Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia*, Madrid, 1997, pp. 311-321 -especialmente p. 319, en la que se propone una simplificación del gobierno de la Administración de Justicia, mediante una “reducción de las competencias del Ministerio de Justicia, de forma que las tareas de gestión y gobierno de esa administración queden distribuidas entre el Poder Judicial (en aquellos aspectos funcionales básicos para la garantía de la independencia) y los Ejecutivos de las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias en la materia (esencialmente aspectos orgánicos)”, y por el Pacto de Estado para la reforma de la Justicia, en cuyos puntos 10 y 11 se especifica una adecuada distribución de competencias sobre personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia. Un análisis de la reforma de 2003 en JIMÉNEZ ASENCIO, R., “Reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas”, en *Parlamento y Constitución*, 2003, número 7, pp. 9-48.

¹⁵ En definitiva, tendría la función que ha explicitado el art. 143 de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Aprobada por el Pleno del Parlamento de Andalucía en sesión celebrada el día 2 de mayo de 2006), según el cual: “La Comunidad Autónoma asume las competencias en materia de Justicia para las que la legislación estatal exija una previsión estatutaria”.

asumir competencias en materia de Justicia, sino dejar ese ámbito permanentemente abierto.

Los límites de ese ámbito ya no serán solamente la materia estricta de Administración de Justicia y las atribuciones constitucionalmente reservadas al CGPJ, sino también el estatuto jurídico del personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia, cuya regulación se reserva al legislador orgánico estatal por el art. 122.1 CE.

La técnica normativa que instaura este ámbito abierto tiene ventajas para las Comunidades Autónomas que pretendan aumentar sus competencias en materia de Justicia, aunque también inconvenientes.

Las ventajas consisten en que las Comunidades Autónomas pueden ampliar sus competencias, sin necesidad de reformar su Estatuto, en la medida en que el legislador orgánico estatal modere las exigencias que derivan de su competencia de fijación del estatuto jurídico del personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia y que conducen a un incremento de las potestades del Gobierno del Estado.

Los inconvenientes están ligados, obviamente, a una tendencia inversa del legislador estatal, pero tienen la misma raíz. En cuanto la cláusula subrogatoria, en su significación actual, fía a lo que marque la LOPJ la delimitación de buena parte de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Justicia, éstas se hallan expuestas a reducciones de sus competencias sin reforma estatutaria.

En todo caso, respecto de la concreción de ambas situaciones, siempre será decisivo el papel que ha de cumplir el TC para establecer si las modificaciones que puede experimentar la LOPJ, en cualquiera de los dos sentidos apuntados, respetan los condicionamientos constitucionales.

B) Art. 49.1.36ª EACV: una nueva cláusula general de atribución de competencias a la Generalitat en materia de Administración de Justicia

En este contexto de, a mi juicio, crisis de las llamadas “cláusulas subrogatorias”, el EACV incorpora la cláusula genérica atributiva de competencia en materia de Administración de Justicia contenida en el art. 49.1.6ª EACV.

Por una parte, y en cierta medida, esta disposición mejora la técnica de la cláusula subrogatoria, aunque resulta sorprendente que, si se ha comprendido este significado de la nueva disposición, se haga coexistir a ésta y a la antigua cláusula en el texto estatutario.

La mejora consiste en que el inciso del art. 49.1.36ª EACV que deja a salvo “lo dispuesto en la legislación de desarrollo del artículo 149.1.5ª de la Constitución”, podría ser entendido en el siguiente modo:

1º) La Generalitat no asume competencias no solamente en aquello que la legislación mencionada ha determinado que es competencia del CGPJ, sino que tampoco lo hace en lo que esa misma legislación ha especificado como objeto de la competencia del Gobierno del Estado.

2º) La Generalitat, en cambio, asume, con toda la extensión que esa legislación habilita, las competencias que, según esa misma legislación, pueden corresponder a las Comunidades Autónomas.

No obstante, y por otra parte, la nueva cláusula general, conserva los defectos de las cláusulas subrogatorias e incluso incorpora uno nuevo e importante.

El defecto que conserva es el de la indefinición de sobre qué se atribuye competencia, ámbito que seguirá siendo necesario delimitar con el previo análisis de otras leyes estatales. En este aspecto, tanto el Estatuto de Cataluña,¹⁶ como la propuesta de reforma del Estatuto de Andalucía,¹⁷ han aplicado la técnica de especificar sub-materias y potestades en las que asumen competencias, aunque es cierto que no han renunciado a la cláusula subrogatoria como norma de cierre para entender asumidas competencias no especificadas y no integradas en la materia estricta de “Administración de Justicia”.¹⁸

El defecto nuevo e importante de la nueva fórmula consiste en que, para describir inicialmente la materia dentro de la cual y, siempre salvando lo previsto por la legislación estatal, la Generalitat podría asumir competencias, se refiere a la misma como “Administración de Justicia”, sin ningún matiz restrictivo.

Con esa descripción, contando con los resultados de la labor depuradora que sobre el concepto “Administración de Justicia” ha realizado la jurisprudencia del TC recién recordada y de los que el legislador estatutario es, sin duda, consciente, habría que pensar, en principio, que el EACV se está refiriendo a una atribución limitada de competencias a la Generalitat dentro de una materia de competencia exclusiva del Estado. Si así fuera, o la norma es directamente inconstitucional o, en cualquier caso, no constituye materia estatutaria, sino manifestación de otros medios de atribución de competencias a la Generalitat.

En efecto, como más adelante tendremos oportunidad de considerar con detalle, están actualmente pendientes iniciativas legislativas que se fundan en que el Estado puede realizar, respecto de la materia de su competencia exclusiva “Administración de Justicia”, una labor de acotación de ciertas sub-materias y funciones públicas en las que podría dar participación a las Comunidades Autónomas, a pesar de que, como queda dicho, no son competencia de las mismas, sino del Estado.

Pues bien, si la cláusula general del art. 49.1.36^a EACV se formula en contemplación de esa posibilidad, su lugar no es el EACV, porque no es éste el que atribuye tales competencias, sino la ley del Estado. Además resulta redundante con el art. 49.2 EACV, en la parte en que dispone que “La Generalitat tiene competencia exclusiva sobre aquellas otras materias que [...] con este carácter y mediante Ley Orgánica sean transferidas por el Estado”, artículo que comete la obvia incorrección de

¹⁶ Véanse los arts. 101 al 105 del Estatuto de Autonomía de Cataluña.

¹⁷ Véanse los arts. 145, 146, 147 y 153 de la Proposición de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada el día 2 de mayo de 2006).

¹⁸ Art. 109 Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 151 Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía.

reunir sistemáticamente modos de atribución de competencias cuyo régimen constitucional es diferente.

En definitiva, para reconocer en esta nueva forma de cláusula general la mejora que apunté más arriba en comparación con la cláusula subrogatoria, habría que entender que se refiere a “Administración de Justicia” en el sentido de “administración de la Administración de Justicia”, ámbito material en el que la Generalitat asumiría competencias propias, respetando la legislación de desarrollo del art. 149.1.5ª CE, principalmente en cuanto esa legislación especifica competencias del Estado –Poder Legislativo, CGPJ y Gobierno- y de las Comunidades Autónomas.

En conclusión, para determinar las competencias que asume la Generalitat en virtud de las cláusulas generales comentadas, es necesario analizar, junto con las previsiones estatutarias, la legislación estatal sobre “Administración de Justicia”, todo ello a la luz de la doctrina jurisprudencial del TC sobre el modo de compaginar las cláusulas subrogatorias con, principalmente, las disposiciones de LOPJ y LDYPJ.

3. Potestades de la Generalitat y materias de Justicia de competencia exclusiva del Estado

Un panorama completo de las potestades de la Generalitat en materia de Justicia impone considerar también las que recibe por vía extraestatutaria.

Incluimos en esa vía no sólo las aplicaciones de lo previsto en los apartados 1 y 2 del art. 150 CE, sino también la atribución a las Comunidades Autónomas por la legislación del Estado de potestades de participación en el ejercicio de competencias de titularidad estatal en materia de Administración de Justicia.

Esta vía, y no la estatutaria, es la adecuada para que la Generalitat reciba válidamente potestades respecto de la materia estricta de Administración de Justicia, que corresponde a la competencia exclusiva del Estado. Aunque, precisamente por las características de estos medios de atribución, las potestades no quedarán protegidas por la rigidez del procedimiento de reforma estatutaria, sino que se hallarán expuestas a la reforma de la ley estatal que las haya conferido.

En cualquier caso, para conocer las potestades que la Generalitat recibe por esa vía, es necesario considerar la legislación del Estado sobre Administración de Justicia, como haremos a continuación.

IV. POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL ESTATUTO DE JUECES Y MAGISTRADOS

1. En general

La Generalitat no tiene competencias propias -en el sentido de atribuidas por el EACV, de conformidad con la Constitución- en materia de estatuto de jueces y magistrados. Ni las tiene en virtud de atribuciones específicas, ni por el juego de la cláusula subrogatoria.

De entrada, y en general, esta materia forma parte del núcleo “Poder Judicial” o “Administración de Justicia” (STC 56/1990, FJ 13º y 42). En segundo término, y en cuanto a su regulación, está reservada a ley orgánica (STC, Pleno, 108/1986, de 29 de julio, FJ 6º, 15º y 16º), lo que descarta los efectos de la cláusula subrogatoria (STC

56/1990, FJ 8º y 10º; STC 62/1990, FJ 5º; STC 105/2000, FJ 2º). En tercer lugar, la aplicación ejecutiva de esa regulación corresponde al CGPJ y no al Gobierno (STC 108/1986, FJ 7º; STC 105/2000, FJ 4º), lo que también impide que entre en juego esa cláusula (véase la jurisprudencia antes citada).

No obstante, la Generalitat tiene atribuidas algunas potestades en esta materia. Estas potestades tienen una intensidad limitada, y, a pesar de la apariencia que generan algunas disposiciones del EACV, no es éste, sino la LOPJ, la norma que inviste de las mismas a la Generalitat.

2. Las potestades en especial y algunos casos litigiosos

En cuanto al ingreso en la carrera judicial –así hay que entenderlo por la referencia que hace la disposición a la convocatoria de oposiciones- el art. 35.1 EACV atribuye a la Generalitat una potestad de instancia de la convocatoria al órgano competente para acordarla. Ahora bien, la medida y el efecto de esta potestad no vienen dadas por el precepto estatutario, sino que, por expresa previsión del mismo, existen “de acuerdo con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Y el art. 301.7 LOPJ permite, por un lado, concluir que, frente a las apariencias de la letra del art. 35.1 EACV, la potestad de instancia no tiene el efecto de condicionar absolutamente el ejercicio de la potestad de convocatoria;¹⁹ y, por otro lado, aunque el precepto estatutario no lo exprese, que la potestad de instancia sólo la tiene la Generalitat en la medida en que guarde relación con vacantes en su ámbito territorial. En fin, la STC, Pleno, 158/1992, de 26 de octubre, FJ 6º y 7º estableció que la actuación de oficio –prescindiendo de la previa instancia- del titular de la potestad de convocatoria no es causa de nulidad de ésta.

Está actualmente pendiente de tramitación parlamentaria un Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia,²⁰ que puede modificar, fuera del EACV, la potestad de la Generalitat respecto del procedimiento de acceso a la Carrera Judicial por la nueva categoría de Jueces de Proximidad, que ese mismo proyecto establece. La redacción proyectada del nuevo art. 301bis, b) LOPJ, en vez de la potestad de instancia –cuyo desconocimiento, como hemos visto, carece, en realidad, de consecuencias jurídicas-, atribuye a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas una potestad de informe sobre el número de plazas de esa categoría judicial que el CGPJ ha de incluir en la convocatoria. El informe no está

¹⁹ En efecto, la STC, Pleno, 158/1992, de 26 de octubre, advirtió que: “esta disposición no puede interpretarse de forma que contradiga o haga imposible la competencia exclusiva del Estado en materia de Administración de Justicia que deriva del citado mandato constitucional, y que se refiere, como ya se dijo, de forma innegable al régimen de selección de Jueces y Magistrados. Y se produciría esa contradicción si, llevando a sus extremos la lógica de la argumentación del representante de la Generalidad el retraso o la ausencia de la iniciativa de la Comunidad Autónoma instando la convocatoria de las plazas vacantes, supusiera un obstáculo insalvable para que el órgano estatal competente llevara a cabo tal convocatoria; pues, en ese caso, no sólo desaparecería el carácter exclusivo de la competencia estatal, sino que en realidad, se convertiría en una competencia vacía de contenido, al depender su ejercicio de la voluntad de la correspondiente Comunidad Autónoma”.

²⁰ Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

previsto como vinculante, con lo que se respetan los límites fijados por la recién citada jurisprudencia constitucional.

El art. 35.1 EACV extiende la potestad de instancia a la convocatoria de concursos para la provisión de destinos concretos, y, en esto, los términos del precepto estatutario continúan siendo idénticos a los del art. 301.7 LOPJ. Pero este último artículo, ahora ya sin réplica en el EACV, somete al mismo régimen la convocatoria de pruebas selectivas de promoción y de especialización dentro de la Carrera judicial.

Respecto de la formación vinculada a los procedimientos de acceso a la Carrera judicial, a la promoción y especialización, así como respecto a la formación continuada, la competencia también corresponde al CGPJ (arts. 107.4 y 7, 433 bis LOPJ), pero la Generalitat, en cuanto Comunidad Autónoma con competencias en Justicia, deberá estar representada en el Consejo Rector de la Escuela Judicial (art. 110.2, a) LOPJ).

Dos supuestos de provisión de destinos merecen una consideración especial.

De una parte, el nombramiento del Presidente del TSJ, al que el art. 34.1 EACV dedica una disposición vacía, porque se limita a reproducir una mínima parte de las previsiones normativas de la LOPJ sobre la materia. En cambio, omite la única previsión que, con arreglo al art. 336.2 LOPJ, el EACV hubiera podido formular: el carácter preceptivo de la publicación del Real Decreto de nombramiento en el Diario Oficial de la Generalitat,²¹ preceptividad que, en consecuencia, hay que considerar inexistente para el nombramiento de Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

El segundo supuesto es el del nombramiento de magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ. Correctamente fuera del EACV, en el art. 330.4 LOPJ, se prevé que, en la Sala mencionada, “una de cada tres plazas se cubrirá por un jurista de reconocido prestigio con más de 10 años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma, nombrado a propuesta del Consejo General del Poder Judicial sobre una terna presentada por la Asamblea legislativa”. Es decir, competencia del Estado, y, dentro de él, del CGPJ, pero relevante participación de la Comunidad Autónoma, cuya Asamblea Legislativa tiene potestad de proposición de terna para cada vacante.

La incidencia en diversos procedimientos que se han mencionado en este apartado, del conocimiento del Derecho propio de la Comunidad Valenciana y del valenciano –en cuanto idioma también oficial en esa Comunidad–, es mencionada en el art. 35.1 EACV. Pero este artículo nada añade, ni podría añadir (STC 56/1990, FJ 13º y 40º) a las previsiones de la LOPJ sobre la misma materia (arts. 110.2, h); 330.4; 341; 431.2, f) LOPJ). La potestad reglamentaria respecto de estos méritos es competencia del CGPJ, y la potestad ejecutiva –que se sustancia en la apreciación de su concurrencia en los participantes en los procedimientos selectivos– corresponde a los órganos encargados de resolverlos. La falta de competencia de la Generalitat en esta materia tiene, sin embargo, la excepción de una potestad de informe en el

²¹ Sin perjuicio de que los efectos del nombramiento se vinculan a la publicación en el BOE: STC 56/1990, FJ 42º.

procedimiento de elaboración por el CGPJ del reglamento sobre la materia considerada (art. 110.3 LOPJ en relación con el apartado 2, a) del mismo artículo).

Los derechos y deberes de los jueces y magistrados, como componentes de su estatuto jurídico, no pueden ser regulados por ley, ni por reglamento de la Comunidad Autónoma.

Así, en materia de honores y tratamiento, la STC, Pleno, 38/1982, de 22 de junio, declaró que corresponde al Estado la competencia para fijar la precedencia relativa entre los órganos y autoridades del Estado y de la Generalidad en los actos oficiales de carácter general, y el tratamiento del Presidente del Tribunal Superior de Justicia, y, consiguientemente, la nulidad de la inclusión del Tribunal Superior de Justicia y de su Presidente en determinados artículos de un Decreto de la Generalitat de Cataluña.

Y en materia de atribución de nuevos deberes a jueces y magistrados, la STC, Pleno, 150/1998, de 2 de julio, declaró inconstitucional que, por ley de Comunidad Autónoma se adjudique a los Jueces de Primera Instancia o a sus Decanos la presidencia de las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria, porque, al hallarse las funciones que deben desempeñar los jueces comprendidas en la materia de “Administración de Justicia”: “Debe ser el Estado, titular exclusivo de la competencia, quien pondere cuáles pueden realizar aquellos, sin que por tal motivo la exclusividad y la independencia de la función jurisdiccional queden menoscabadas. Por ello, la Comunidad Autónoma carece de competencia para integrar a los Jueces de Primera Instancia en las Comisiones Locales de Concentración Parcelaria, sin que tal tacha quede obviada por la circunstancia de que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, que es una norma estatal, contenga un mandato idéntico”. Esta doctrina fue reiterada por la STC, Pleno, 127/1999, de 1 de julio, respecto de la asignación, por Ley de Galicia, de la vicepresidencia de los Jurados Provinciales de Clasificación de Montes a un magistrado de la Audiencia Provincial.

Atendida la naturaleza de las potestades que, no el EACV, sino la LOPJ atribuye a la Generalitat en materia de estatuto de jueces y magistrados, no resulta fácil imaginar con qué alcance la Generalitat podría –según la habilita la disp. adic. 1ª.2 LOPJ-²² aprobar reglamentos de desarrollo de la LOPJ que afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los jueces y magistrados. Dejando aparte las limitaciones objetivas de un desarrollo reglamentario que afecte al estatuto jurídico de Jueces y Magistrados (STC 108/1986, FJ 26º; STC 105/2000, FJ 8º), como este estatuto pertenece al ámbito estricto de la “Administración de Justicia” y es, por tanto, competencia exclusiva del Estado, la habilitación que confiere a las Comunidades Autónomas la disposición adicional mencionada no alcanzaría, por principio, a ninguna materia de este estatuto (STC 105/2000, FJ 7º). No obstante,

²² “El Gobierno, o en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de la presente Ley Orgánica, salvo cuando la competencia para ello corresponda al Consejo General del Poder Judicial a tenor de lo que dispone el artículo 110. Cuando afecten a condiciones accesorias para el ejercicio de los derechos y deberes de los Jueces y Magistrados estarán sujetos a los mismos límites y condiciones establecidos para el Consejo General del Poder Judicial”.

después de esta primera restricción, la STC 105/2000 salva la validez de la disp. adic. 1ª.2 LOPJ mediante un pronunciamiento interpretativo: “La expresión «afectar» a una materia no se identifica con regular la misma. Se refiere a la posibilidad de coexistencia de dos títulos distintos que pueden interferirse entre sí, por lo que, en la medida en que al ejercer las facultades derivadas de uno de ellos se afecte a los aspectos accesorios del estatuto judicial, aun sin regularlos, el título competencial en cuestión resultará sometido a los mismos límites que rigen respecto de los reglamentos del Consejo dictados para regular los aspectos secundarios del ejercicio de los derechos y deberes de Jueces y Magistrados” (FJ 9º).

V. LA GENERALITAT Y LOS ÓRGANOS DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

No estaría muy justificado ocuparse de posibles competencias o potestades de la Generalitat respecto de los órganos de gobierno del Poder Judicial,²³ de no ser por la previsión, en el art. 33.3 EACV, de un llamado “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana”, y, en un Proyecto de reforma de la LOPJ que luego citaré, de los denominados “Consejos de Justicia”.

Fuera de los problemas que generan esas previsiones, cuyo análisis conducirá – por cierto- a inesperados resultados, la materia de los órganos de gobierno del Poder Judicial se sitúa fuera de la competencia de la Generalitat, con los matices que ya he apuntado y después recordaré.

1. La situación actual y las perspectivas inmediatas de reforma

El gobierno del Poder Judicial pertenece al ámbito estricto de la materia “Administración de Justicia”, y es, por tanto, de competencia exclusiva del Estado.²⁴ Su regulación está reservada a ley orgánica.²⁵ El art. 122 CE establece algunos elementos de los órganos a los que han de atribuirse potestades de gobierno y, también, alguna precisión sobre las potestades reservadas a los mismos.²⁶ En ese nivel normativo las Comunidades Autónomas no están consideradas.

A continuación de la determinación constitucional, la LOPJ, por una parte, atribuye las potestades de gobierno al CGPJ y a los órganos de gobierno interno del Poder Judicial (Salas de Gobierno, Presidencias de Tribunal y de Sala, Juntas de Jueces, Decanatos, jueces y magistrados), y no al Gobierno del Estado, con lo que las

²³ La expresión Poder Judicial tiene, en la CE, un doble significado. Por un lado, el significado más general de la Jurisdicción constitucionalizada de un modo coherente con los postulados de la división de poderes. Por otro lado, el significado más específico de conjunto de jueces y magistrados que, integrados en órganos jurisdiccionales, ejercen potestad jurisdiccional, y están sometidos constitucionalmente –no todos los que ejercen potestad jurisdiccional lo están- a un régimen de gobierno autónomo dirigido por el CGPJ; brevemente: los Jueces y Magistrados que integran los tribunales ordinarios. Sobre esto, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999, pp. 30-39; resumido y actualizado, ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS, M., JUAN SÁNCHEZ, R., CÁMARA RUIZ, J., *Derecho Procesal. Introducción*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 49-56.

²⁴ STC 56/1990, FJ 6º; STC 62/1990, FJ 4º; STC 105/2000, FJ 2º.

²⁵ STC 108/1986, FJ 23º a 27º; STC 105/2000, FJ 4º.

²⁶ No obstante, en ambos aspectos el legislador orgánico dispone de ámbitos de libre configuración: véanse STC 108/1986, FJ 9º a 13º; STC 105/2000, FJ 4º.

cláusulas subrogatorias carecen del presupuesto necesario para desplegar sus efectos.²⁷ También debería decirse, para completar este aspecto, que la LOPJ no atribuye al Gobierno del Estado ninguna potestad que incida en la composición de los órganos de gobierno del Poder Judicial.

Por otra parte, la LOPJ no atribuye de modo específico y expreso a las Comunidades Autónomas otras potestades respecto del gobierno del Poder Judicial más que las que hemos considerado, precisamente, en el anterior apartado IV. Y también ha de hacerse notar que, entre las mismas, no hay ninguna que las habilite para incidir en la composición de los órganos de gobierno, sino que todas están dirigidas a incidir en el ejercicio de algunas funciones de esos órganos.

No obstante, en alguna ocasión se ha planteado la posibilidad de que, respetando los límites constitucionales de la configuración del gobierno del Poder Judicial, el Estado –y sólo él, dado que la competencia le corresponde en exclusiva-, y por la ley mediante la cual ejerce su competencia normativa en esta materia (la LOPJ), no a través de los Estatutos de Autonomía –porque no se trata de competencias que la CE permita asumir como propias a las Comunidades Autónomas-, concediera a éstas alguna participación en un ámbito competencial que, hay que reiterarlo, corresponde en exclusiva al Estado.²⁸

Esos planteamientos de política jurídica han alcanzado formulación concreta en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia.²⁹

Este Proyecto prevé la creación de los Consejos de Justicia, que ejercerán funciones de gobierno del Poder Judicial, con subordinación al Consejo General del Poder Judicial (redacción proyectada del art. 104.2 LOPJ), y en relación con el Tribunal Superior de Justicia y los Juzgados y Tribunales radicados en la Comunidad Autónoma (redacción proyectada del art. 106.2 LOPJ).

Los Consejos de Justicia estarán regulados en la LOPJ –en cuyo Libro II se introducirá un Título II bis con las disposiciones correspondientes-. Su característica más significativa de la participación concedida a las Comunidades Autónomas es la de que, en un número igual al de sus miembros natos, serán miembros del Consejo

²⁷ STC 105/2000 FJ 2º y 9º.

²⁸ Puede verse una útil exposición de intentos legislativos y de planteamientos doctrinales, en REVERÓN PALENZUELA, *Poder Judicial, unidad jurisdiccional*, pp. 123-126. El Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco*, pp. 322-324, entendió que “la competencia exclusiva del Estado establecida en el artículo 149.1.5 de la Constitución y las previsiones del art. 122 de la misma impiden la existencia de órganos autonómicos de gobierno del Poder Judicial desvinculados o independientes del Consejo General. Pero no excluyen que las potestades de gobierno del Poder Judicial se ejerzan de forma desconcentrada en aquellas materias que, por referirse al gobierno interno de los jueces y Tribunales puedan asumir las Salas de gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, en todo caso subordinadas al Consejo General del Poder Judicial”; y, para la necesaria colaboración de esas Salas con las autoridades autonómicas competentes, sugería la “formación de Comisiones Mixtas, de carácter permanente, que integraran a representantes de los Consejos de Gobierno Autonómicos y de los órganos territoriales de gobierno interno del Poder Judicial”.

²⁹ Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

juristas que cumplan determinados requisitos y que son elegidos por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, por mayoría de tres quintos (redacción proyectada de los arts. 148 bis.1 y 148 ter LOPJ).³⁰

En mi opinión, el problema fundamental que plantea la creación de los Consejos de Justicia no es tanto el de hasta qué punto puede el Estado dar participación a las Comunidades Autónomas en el ámbito de una competencia exclusiva de aquél –siempre que se entienda que es el Estado quien confiere, modula, y, en su caso, retira la participación, atendida la titularidad de la competencia-, sino el de que, por la clase de participación concedida, resulte infringido el contenido constitucionalmente garantizado del gobierno autónomo del Poder Judicial, pero del mismo modo que eso podría ocurrir si ese régimen de gobierno fuera reformado para dar mayor participación en el mismo al Poder Legislativo o al Poder Ejecutivo del Estado. Este segundo problema escapa, sin embargo, a lo que son unos comentarios al EACV.

2. ¿Es el “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” el futuro Consejo de Justicia de la LOPJ reformada?

El primer problema que apuntaba en el último párrafo del apartado anterior nos introduce de lleno en el tema básico de si el “Consell de la Justicia” al que se refiere el art. 33.3 EACV es o no el Consejo de Justicia que deberá ser constituido si llega a ser ley el Proyecto de reforma de LOPJ antes mencionado.

Frente a una primera respuesta afirmativa precave la constatación de que sea una disposición del EACV la que dice crear el “Consell de la Justicia”, en vez de limitarse, de manera expresa o implícita, a reconocer la creación del mismo por la única ley que puede crearlo, que es la LOPJ u otra ley orgánica reguladora del gobierno del Poder Judicial.

Podría, sin embargo, pensarse que, como en muchos otros casos, la disposición estatutaria se limita a repetir el contenido de una ley estatal, que es la que propiamente tienen eficacia normativa en la materia.

En este caso no es fácil aplicar la explicación anterior. Por una parte, la ley estatal correspondiente no está aprobada, y, por otra parte, en la redacción de la disposición estatutaria no se han adoptado las precauciones necesarias para dejar a salvo la eficacia normativa de la futura ley estatal.

Recordemos el texto del art. 33.3 EACV: “Se crea el Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana. Una Ley de Les Corts determinará su estructura, composición, nombramientos y funciones dentro del ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de administración de justicia en los términos que establece el presente Estatuto y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

³⁰ Téngase en cuenta que los miembros natos son todos ellos titulares de cargos discrecionalmente nombrados por el CGPJ, y que, en número igual tanto al de estos, como al de miembros elegidos por las Asambleas Legislativas, integran también el Consejo, miembros electos por los jueces y magistrados destinados en la Comunidad Autónoma

Para descartar que nos hallemos ante la práctica –técnicamente rechazable, pero frecuentemente seguida- de repetir los contenidos de la ley estatal, basta comparar el art. 33.3 EACV con los artículos referidos al Consejo de Justicia de la Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña y de la Propuesta de Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que tampoco han renunciado al papel de adivinos del resultado final de un procedimiento legislativo en curso:

1º) El art. 33.3 EACV dispone directamente la creación del “Consell de Justicia”, mientras que el art. 97 de la Ley de Reforma del Estatuto de Cataluña y el art. 142.1 de la Propuesta de Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía se limitan a mencionar la existencia del Consejo de Justicia y expresamente como órgano desconcentrado del CGPJ.

2º) El art. 33.3 EACV remite a una ley de Les Corts la determinación de la “estructura, composición, nombramientos” de los miembros del “Consell de la Justicia”, mientras que el art. 99.1 del Estatuto catalán y el art. 142.2 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Andalucía se remiten a lo que, sobre este particular, disponga la LOPJ. Es cierto que también el art. 33.3 EACV, en su inciso final, hace una mención de “lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”, pero, como después veremos, el significado de esa limitación, atendido su contexto, es diferente.

3º) El art. 33.3 EACV remite a una Ley de les Corts la determinación de “las funciones dentro del ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de administración de justicia en los términos que establece el presente Estatuto y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. Frente a esto, los arts. 98 y 100 del Estatuto catalán y el art. 142.3 y 4 de la Propuesta de Reforma del Estatuto de Andalucía contemplan que el Consejo de Justicia tenga atribuciones que excedan de las competencias de la Comunidad en materia de Justicia, siempre que esas atribuciones las establezca la LOPJ.

Como conclusión, el art. 33.3 EACV, a diferencia de los que hacen las otras disposiciones consideradas de otros Estatutos o propuestas de reforma, parece estar creando un órgano propio de la Generalitat, que, coherentemente, es sometido a ley de Les Corts en cuanto a su composición y funciones, y que, con la misma coherencia, ve acotadas sus funciones al ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de Justicia.

Para no llegar a esa conclusión habría que entender que el inciso final del art. 33.3 EACV –“y de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”- contrarresta todos los indicios que han quedado anotados, y, a pesar de todos ellos, hace que la disposición diga, simplemente, esto: “El “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” (existirá) de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial”. En mi opinión, frente a una interpretación tan forzada del inciso, basta, para que el mismo tenga sentido, entender que es una referencia (más) de acotación del ámbito de las competencias de la Generalitat en materia de Justicia.

En definitiva, hay buenas razones para concluir que el “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” no es el Consejo de Justicia previsto en el Proyecto de reforma de la LOPJ.³¹

¿Significa todo lo dicho que, en la Comunitat Valenciana, no será creado el Consejo de Justicia si y cuando entre en vigor la reforma correspondiente de la LOPJ? Obviamente, no. La ley de creación de ese órgano de gobierno del Poder Judicial es precisamente la LOPJ, y no el EACV. Aunque éste no hubiera mencionado un Consejo de Justicia o una institución con nombre parecido, el Consejo de Justicia deberá ser constituido cuando entre en vigor la ley que lo crea.

No obstante, el art. 33.3 EACV dejará planteados dos problemas:

1º) Si existe o no título de atribución al Consejo de Justicia (de la LOPJ) de “funciones en materia de justicia [...] en el ámbito de las competencias propias de las Comunidades Autónomas”, porque esta atribución es precisamente una determinación para la que la redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ habilita a los Estatutos. No me parece que una ley de la Generalitat cumpla esa exigencia.

2º) Si el “Consell de la Justicia de la Comunitat Valenciana” deberá ser regulado y constituido de acuerdo con el precepto estatutario, sin perjuicio de que también deba serlo, de acuerdo con la ley estatal que lo regula, el Consejo de Justicia. Sobre esta cuestión que, en principio, debe recibir una respuesta afirmativa, trataré en el apartado IX, porque no es tema que tenga que ver con la Generalitat y el gobierno del Poder Judicial, sino con el régimen de las competencias de la Generalitat en materia de Justicia.

VI. POTESTADES DE LA GENERALITAT EN MATERIA DE PLANTA Y DEMARCACIÓN, CON UN APUNTE SOBRE EL TEMA PREVIO DE LA CONFIGURACIÓN NORMATIVA DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES

La determinación de las clases de juzgados y tribunales que forman la organización judicial ordinaria –dejamos para el apartado VIII el tratamiento de los tribunales especiales- y la implantación efectiva de los mismos requiere, de modo previo a las actuaciones ejecutivas para la dotación de personal de diferentes clases (jurisdiccional y no jurisdiccional) y de recursos materiales, diversas actuaciones normativas, a veces específicamente legislativas y por ley orgánica. El art. 152.1, párrafo segundo CE autoriza que los Estatutos de Autonomía atribuyan a las Comunidades Autónomas algunas potestades respecto de estas actuaciones.

³¹ En este sentido, no comparto las apreciaciones sobre el art. 33.3 EACV que se formulan en el “Estudio sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña”, aprobado por el Pleno del CGPJ, en sesión de 25 de enero de 2006, pp. 17-18, y en el voto particular que formuló el Vocal Luis Aguiar de Luque en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en materia de Organización de la Administración de Justicia (Consejos de Justicia Autonómicos), p. 23. La inconstitucionalidad debería afirmarse si el régimen previsto por el EACV para el “Consell de la Justicia” pretendiera aplicarse al Consejo de Justicia (de la LOPJ), pero no si aquél régimen se entiende referido a una institución distinta y perteneciente a la Generalitat.

En el EACV la atribución específica se halla en el art. 36.1. 2ª EACV, según el cual: "En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalitat: [...] 2.ª Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de su capitalidad. La Generalitat participará también, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial en la creación o transformación del número de secciones o juzgados en el ámbito de su territorio". No obstante, también ha de ser considerado lo que deriva de las cláusulas generales y las posibles atribuciones extraestatutarias.

1. La Generalitat no tiene competencia para la configuración normativa de órganos jurisdiccionales

Entre las actuaciones normativas a las que se acaba de aludir existe una que es previa a las de fijación de la planta y la demarcación judiciales, y respecto de la cual las Comunidades Autónomas carecen absolutamente de competencia.

En efecto, la fijación de la planta y la demarcación va referida a unas clases de juzgados y tribunales de los que, previamente, la LOPJ ha establecido su composición unipersonal o colegiada, su competencia genérica, objetiva y funcional,³² y el ámbito territorial al que extienden su competencia o los criterios que acotan su ulterior delimitación.³³

Este primer nivel normativo infraconstitucional para la creación de la organización judicial es inaccesible a las Comunidades Autónomas, porque su regulación está reservada a ley orgánica (art. 122.1 CE) y porque es materia comprendida en lo que estrictamente es "Administración de Justicia" (STC 56/1990, FJ 14º y 15º; STC 62/1990, FJ 6º).

No obstante, esta materia no se ha librado de litigiosidad constitucional entre Estado y Comunidades Autónomas, y concretamente, en un caso, la Comunitat Valenciana.

La inaccesibilidad de esta materia para las Comunidades Autónomas tiene una primera manifestación, que no afecta, propiamente, a posibles intentos de éstas de asumir competencias legislativas en la materia, sino que consiste en que ni siquiera el propio Estatuto de Autonomía puede contener normas al respecto, o, caso de

³² Acerca de que la especificación de estos elementos forma parte de la "constitución" del órgano jurisdiccional, en el sentido de configuración jurídica del mismo, JUAN SÁNCHEZ, R., *Las Comunidades Autónomas en el proceso civil. Normas autonómicas y nueva Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas*, Comares, Granada, 1998, pp. 216-226.

³³ Por esta razón estimo más correcto distinguir la materia que ahora se trata de la fijación de la planta, en vez de considerarla como una primera operación dentro de esa fijación, como hace la STC 56/1990, FJ 15ª: "El establecimiento de la planta judicial supone determinar los Juzgados y Tribunales a los que se atribuye el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117.3 de la C. E.). En consecuencia, dentro de la organización o establecimiento de la planta judicial necesariamente han de encuadrarse las dos siguientes operaciones: El establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio de aquella potestad y, en segundo lugar, la fijación del número de órganos que, dentro de cada uno de los tipos definidos de forma abstracta, se van a asentar en el territorio nacional".

contenerlas, las mismas serán desplazadas por las que formule la ley orgánica sobre organización judicial.

En este primer aspecto, el EACV no plantea problemas, porque las menciones que contiene a competencias objetivas y funcionales de algunos órganos jurisdiccionales coinciden, mediante diversas técnicas normativas, con la regulación de la LOPJ, como tuvimos oportunidad de comprobar en el apartado II.

Una segunda manifestación de la inaccesibilidad consiste en que las Comunidades Autónomas no tienen competencia legislativa para la configuración normativa de órganos jurisdiccionales, y, obviamente, tampoco para modificar o alterar los elementos de esa configuración, que han sido establecidos por una ley del Estado y sólo están sujetos a modificación mediante otra igual.

Específicamente con referencia a la Generalitat, el desconocimiento de lo anterior fue la causa de la inconstitucionalidad del art. 2, párrafo segundo –también del art. 3.2- de la Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, sobre Arrendamientos Históricos Valencianos, que atribuía a los tribunales del orden jurisdiccional administrativo la competencia genérica para conocer de la impugnación del acto de reconocimiento de arrendamiento histórico, dictado por la Administración de la Generalitat. Ese artículo –dice la STC, Pleno, 121/1992, de 28 de septiembre, FJ 4º- establece “una regla de competencia jurisdiccional cuya determinación corresponde en exclusiva al legislador estatal, y más concretamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial (art 122.1 CE), y normas concordantes, que han delimitado ya la competencia en el orden civil de los Juzgados y Tribunales en materia contractual en las controversias entre partes en materia de contratos privados. El legislador autonómico en ningún caso puede interferirse en dicho orden competencial o perturbarlo, pero esto es lo que ha venido a hacer con una norma que no puede ser entendida sino como excluyente de la intervención que, según la legislación aplicable, han de tener aquí los órganos jurisdiccionales civiles para resolver las controversias que surjan en torno a la calificación y régimen jurídico de estos contratos”.

Por los mismos fundamentos el TC ha declarado la inconstitucionalidad:

1º) De una disposición de la Ley 6/1984, de 5 de julio, de la Junta General del Principado de Asturias, por la que se atribuía una nueva competencia objetiva *ratione personae* a la Sala de Civil y Penal del TSJ de Asturias (STC, Pleno, 159/1991, de 18 de julio).³⁴

2º) Disposiciones de una Ley catalana reguladora de la Sindicatura de Cuentas (STC, Pleno, 187/1988, de 17 de octubre), y de una Ley gallega reguladora del Consejo de Cuentas (STC, Pleno, 18/1991, de 31 de enero), que intentaban atribuir por

³⁴ Según su FJ 4º hay “limitaciones derivadas de las competencias constitucionalmente reservadas al Estado, que el legislador autonómico -como hemos dicho- no puede invadir al efectuar aquella regulación. Dicho título competencial es el que el art. 149.1.6 C.E. atribuye con carácter exclusivo al Estado la materia de legislación procesal, en relación también a lo previsto en los arts. 117.3 y 122.1 C.E., en cuanto al establecimiento de la normativa orgánica de los Tribunales y a la determinación de su competencia; ello incluye el establecimiento del fuero jurisdiccional penal de los integrantes del Ejecutivo autonómico asturiano, toda vez que el aforamiento constituye uno de los objetos de regulación de la legislación procesal”.

si mismas potestad jurisdiccional a órganos que no la tienen según las leyes del Estado. Remitimos a lo que expondremos en el apartado VIII, porque este tema afecta a la potestad jurisdiccional de tribunales especiales.

3º) La disposición de la Ley gallega 12/1984, de 28 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Gallego de Protección al Consumidor, en la que se intentaba establecer, fuera de la legislación estatal, un sistema institucional de arbitraje en materia de consumo (STC, Pleno, 62/1991, de 22 de marzo).³⁵

La afirmación de la competencia exclusiva del Estado para regular el arbitraje en cuanto “equivalente jurisdiccional” y, por lo tanto, en cuanto institución que puede limitar el acceso a la jurisdicción o el ejercicio de la potestad jurisdiccional –que también el Estado es exclusivamente competente para regular-, ha llevado al TC a rechazar la pretendida inconstitucionalidad de la regulación estatal del arbitraje institucional de consumo (STC, Pleno, 15/1989, de 26 de enero, FJ 9º), del arbitraje institucional en materia de propiedad intelectual (STC, Pleno, 196/1997, de 13 de noviembre, FJ 12º), y a reconocer la competencia del Estado para decidir la supresión de procedimientos previos al acceso a los tribunales en materia de publicidad ilícita (STC, Pleno, 146/1996, de 19 de septiembre, FJ 7º).

En fin, le exclusiva competencia del Estado para establecer qué clase de órganos jurisdiccionales deben existir, conduce al TC a rechazar que una ley de la Generalitat de Cataluña pueda servir de fundamento para la subsistencia de una clase de tribunales (los llamados Tribunales Arbitrales de Censos) que la LOPJ decidió suprimir (STC 56/1990, FJ 47º).

2. Potestades de la Generalitat en materia de planta y demarcación judicial

El art. 152.1, párrafo segundo CE impone distinguir la materia de la planta judicial de la materia de fijación de demarcaciones y de capitalidad, porque solamente para la segunda está constitucionalmente previsto que los Estatutos de Autonomía atribuyan competencias a las Comunidades Autónomas, de la calidad y con el alcance que veremos. Así lo hace, con parquedad, el art. 36.1.2ª EACV.

³⁵ El FJ 8º de la sentencia citada indica que: “no cabe duda que el establecimiento de un sistema de arbitraje, como dijimos en la STC 15/1989, F.J. 9 b, es materia atribuida a la competencia del Estado por los títulos competenciales del art. 149.1, 5 y 6, pues, siendo el arbitraje un «equivalente jurisdiccional», mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada), es evidente que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de dicho procedimiento heterocompositivo es materia propia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como lo confirma la supletoriedad que respecto del art. 31 de la Ley 26/1984 establece la disposición adicional primera de la Ley estatal 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje, por lo que, tanto el segundo párrafo del art. 31 de la Ley gallega como el art. 6 del Decreto 37/1985 invaden la competencia estatal”.

A) Planta judicial: potestades de la Generalitat en el Derecho vigente y perspectivas de reforma

En el anterior subapartado 1 apunté la razón por la que no podía aceptarse la determinación que hace el TC sobre lo que debe considerarse materia de planta judicial. En mi opinión, la planta judicial consiste en decidir la clase y número de órganos jurisdiccionales –entre los configurados por la LOPJ- que deben ser establecidos en las circunscripciones determinadas por la LOPJ o con arreglo a la misma. A aquella razón habría que añadir otra: así como las Comunidades Autónomas no tienen ninguna potestad respecto del “establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va a encomendar el ejercicio” de la potestad jurisdiccional –primera operación de la planta judicial, a juicio del TC-, pueden en cambio tenerla, en los términos que enseguida veremos, respecto de la planta judicial entendida como yo he apuntado.

De entrada, el EACV no atribuye específicamente a la Generalitat ninguna competencia en materia de planta judicial. El segundo inciso del art. 36.1.2ª EACV no tiene esa eficacia normativa, como inmediatamente veremos.

A continuación, y dado que la planta judicial es materia comprendida en el ámbito estricto de “Administración de Justicia”, sobre la que el Estado tiene competencia exclusiva,³⁶ la Generalitat tampoco puede recibir competencias en virtud de la cláusula subrogatoria.

No obstante, la Generalitat sí que puede recibir potestades relativas a esta materia si se las atribuye la ley estatal que la regula. Eso es lo que anuncia el segundo inciso del art. 36.1.2ª EACV, al disponer que: “La Generalitat participará también, de acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial en la creación o transformación del número de secciones o juzgados en el ámbito de su territorio”. Es, pues, la LOPJ, no el EACV, la que establece si se tiene potestad en esta materia y con qué alcance.

En efecto, por esta modalidad de atribución, la Generalitat tiene las potestades de:

1º) Instar del Gobierno del Estado – que tiene la competencia para presentar el correspondiente proyecto de ley- la revisión de la planta de los juzgados y tribunales, para adaptarla a las necesidades de su ámbito territorial (art. 29.2 LOPJ).

2º) Ser oída, con carácter preceptivo, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto de creación de Secciones y Juzgados, que es competencia del Gobierno cuando esas actuaciones no supongan alteración de la demarcación judicial (art. 36 LOPJ).

3º) Ser oída, con carácter preceptivo, en el procedimiento de elaboración del Real Decreto por el que se transformen Juzgados de una clase en Juzgados de clase distinta, que es competencia del Gobierno, siempre que los Juzgados tengan la misma

³⁶ De ese modo, clara y reiteradamente, STC 56/1990, FJ 14º y 15º; STC 62/1990, FJ 6º, a), b), c), f) y h).

sede, y aunque pertenezcan a distintos órdenes jurisdiccionales (art. 20.1, párrafo segundo LDYPJ).

Por otra parte, la competencia de la Generalitat en materia de creación y supresión de municipios tiene, atendido lo dispuesto por el art. 99.1 LOPJ,³⁷ la consecuencia de vincular, de manera colateral, la decisión sobre planta judicial consistente en la creación o en la supresión de un Juzgado de Paz.

El antes mencionado Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia,³⁸ también puede modificar el estado normativo de esta cuestión, mediante la atribución de nuevas potestades a la Generalitat, que amplían las que actualmente tiene y modifican sus efectos, en el sentido de hacerlos más influyentes en algunas decisiones ejecutivas sobre planta judicial.

En este sentido, y en primer lugar, el Proyecto contempla la introducción de un nuevo párrafo en el art. 36 LOPJ, según el cual: “Las Comunidades Autónomas con competencias efectivamente transferidas en materia de justicia elevarán anualmente al Ministerio de Justicia una propuesta de creación de plazas judiciales en su ámbito territorial. El número de plazas creado a lo largo del año a que corresponda la propuesta no podrá exceder del contenido en la misma”.

Esta potestad de propuesta es diferente, en varios aspectos, a la actual potestad de informe preceptivo, que el mismo artículo mantiene:

1º) Muy obviamente, en que tiene una eficacia vinculante, aunque no en sentido positivo, sino negativo o limitativo. Esta novedad se debe, a mi juicio, a la necesidad de una técnica de coordinación entre la competencia del Gobierno del Estado sobre creación de órganos jurisdiccionales y las competencias asumidas por algunas Comunidades Autónomas en materia de oficina judicial, personal al servicio de la Administración de Justicia y medios materiales. Se trata de que estas Comunidades Autónomas cuenten con una referencia precisa, al menos en cuanto a máximos, para programar las actuaciones en las materias de su competencia.

2º) Dado que la propuesta se refiere al número de plazas a crear durante el año, la propuesta no sólo limita la potestad del Gobierno del Estado de crear secciones y juzgados, sino también la de acordar el aumento de plazas de magistrados, cuando no se estime necesario crear una sección completa (art. 20.3 LDYPJ).

En segundo lugar, el Proyecto configura una nueva clase de juzgados, los denominados Juzgados de Proximidad. Respecto de la planta de esta nueva clase de Juzgados, el Proyecto prevé la atribución de competencias especiales a las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Justicia, y, entre ellas, a la Generalitat:

³⁷ “En cada municipio donde no exista Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, y con jurisdicción en el término correspondiente, habrá un Juzgado de Paz”.

³⁸ Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

1ª) Algunos de los presupuestos que, con arreglo a la redacción proyectada del art. 97 bis.1 LOPJ,³⁹ imponen que la Ley de Planta prevea el establecimiento de Juzgados de Proximidad, dependen de decisiones que compete adoptar a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.⁴⁰

2ª) La disp. fin. segunda del mencionado Proyecto faculta a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas con competencias en materia de justicia, para la iniciativa legislativa de reforma de la Ley de Planta a efectos de incluir en la misma propuestas de planta de la nueva clase de Juzgados –hay que entender que en el ámbito de la Comunidad Autónoma-. Dicha iniciativa pueden ejercerla con arreglo al art. 87.2 CE y aunque no haya transcurrido el plazo que la misma disp. fin. establece para que el Gobierno del Estado presente el correspondiente proyecto de ley.

B) Potestades respecto de la fijación de las demarcaciones y de la capitalidad

Como excepción a la regla de que lo comprendido en la materia “Administración de Justicia” corresponde a la competencia exclusiva del Estado,⁴¹ el art. 152.1, párrafo segundo CE habilita a los Estatutos de Autonomía para establecer “los supuestos y las formas de participación de aquéllas [las Comunidades Autónomas] en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio”. El art. 36.1.2ª EACV se limita a disponer que corresponde a la Generalitat: “Fijar la delimitación de las demarcaciones territoriales de los órganos jurisdiccionales en su territorio y la localización de su capitalidad”.

Para precisar el ámbito al que alcanzan estas potestades de la Generalitat y la eficacia jurídica de las mismas es imprescindible tomar en consideración la LOPJ, la LDYPJ y la doctrina jurisprudencial del TC.

a) Respecto de qué demarcaciones judiciales tiene potestades la Generalitat

En cuanto al ámbito objetivo de estas potestades, la doctrina jurisprudencial del TC ha establecido:

1º) Las Comunidades Autónomas no tienen potestades relativas a la fijación de demarcaciones judiciales cuyo ámbito coincida con el territorio de la Comunidad Autónoma –porque la fijación de éste corresponde al propio Estatuto de Autonomía-, ni respecto de las coincidentes con la provincia –porque la fijación del territorio provincial compete al Poder Legislativo del Estado mediante ley orgánica- (STC 56/1990, FJ 16º; STC 62/1990, FJ 8º).

³⁹ “En los municipios donde exista Juzgado de primera instancia e instrucción, y tengan régimen municipal especial o se cumplan las exigencias del artículo 121.1 de la Ley de Bases de Régimen local, se crearán los juzgados de proximidad. Estos juzgados extenderán su jurisdicción a todo el término municipal y, en su caso, al partido judicial correspondiente”.

⁴⁰ En efecto, según el art. 121.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, la condición de “municipio de gran población”, en los supuestos c) (“[M]unicipios que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas”) y d) (“[M]unicipios cuya población supere los 75.000 habitantes, que presenten circunstancias económicas, sociales, históricas o culturales especiales”), depende de “que así lo decidan las Asambleas Legislativas correspondientes a iniciativa de los respectivos ayuntamientos”.

⁴¹ STC 56/1990, FJ 14º; STC 62/1990, FJ 7º.

2º) La carencia de potestades respecto de la fijación de las demarcaciones comporta que tampoco se tengan con relación a la fijación de la capitalidad (STC 56/1990, FJ 25º y 27º -aunque en este FJ se hacen aplicaciones discutibles de esta regla, como después veremos-; STC 62/1990, FJ 10º).

3º) Las potestades ahora consideradas tampoco se extienden a la fijación de demarcaciones de ámbito municipal –demarcaciones de los Juzgados de Paz-, aunque en este caso por la razón de que la CA tiene competencia exclusiva para fijarlas (STC 56/1990, FJ 17º).

Debe, pues, concluirse que el ámbito de estas potestades viene determinado por las demarcaciones judiciales que son inferiores a la provincia o superiores a ella, pero sin llegar a coincidir con el territorio de la Comunidad Autónoma.

Veamos, ahora, en qué casos concurre esta característica que acota el ámbito de las potestades respecto de la demarcación y la capitalidad.

En todo caso, concurre en los partidos judiciales, como demarcación de los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (art. 84 LOPJ). El art. 35 LOPJ considera expresamente las potestades de las Comunidades Autónomas respecto de este tipo de demarcación, aunque debe hacerse notar que no es el único que menciona el art. 152.1, párrafo segundo CE (STC 56/1990, 17º), ni tampoco el art. 36.1.2ª EACV.

También en todo caso concurre la característica en las demarcaciones de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, porque lo es el partido judicial (art. 87 bis.1 LOPJ), o dos o más partidos dentro de la misma provincia (art. 87 bis.2 LOPJ).

Concurre la característica en el caso de que no tengan demarcación provincial, sino inferior o superior a ella, los Juzgados de lo Penal (art. 89 bis.1 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ), de lo Contencioso-Administrativo (art. 90.2 y 3 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ), de lo Social (art. 92.1 y 2 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ), de Vigilancia Penitenciaria (art. 94.2 y 3 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ) y de Menores (art. 96.1 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ) (STC 56/1990, FJ 17º y 23º). El FJ acabado de citar indica que la falta de mención por la LOPJ de la potestad de propuesta en estos casos, no significa que esa potestad no exista.⁴²

Específicamente en relación con la potestad de fijación de la capitalidad, la STC 62/1990 declaró, con base en la argumentación que desarrolla en su FJ 10º b), la inconstitucionalidad del art. 8.2 LDYPJ por desconocer las potestades de las Comunidades Autónomas atribuidas por sus Estatutos, de acuerdo con el art. 152.1, párrafo segundo CE. El art. 8.2 LDYPJ recibió nueva redacción por la disp. adic. 11ª LO 19/2003, de 23 de diciembre, y ahora establece que la capital será la “del partido que se señale por Ley de la correspondiente Comunidad Autónoma”.

⁴² STC 56/1990, FJ 23º: “[N]o se establece determinación alguna en cuanto a la exclusión de la participación, si procediera, de las Comunidades Autónomas, en la fijación de los límites de los correspondientes ámbitos de jurisdicción: tal participación habría de llevarse a cabo de acuerdo con el cuadro general de distribución de competencias expuesto *ut supra*, y los artículos de que se trata no se pronuncian sobre esta cuestión. En consecuencia, entre los preceptos indicados, y las previsiones estatutarias no existe contradicción alguna; en definitiva, en los indicados preceptos no se precisa que haya de excluirse a las Comunidades Autónomas con competencias al respecto, del proceso de la delimitación correspondiente”.

En el mismo caso que las clases de juzgados que se acaban de mencionar, la característica concurre respecto de la demarcación de los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 bis.2 y 3 LOPJ; art. 3.2 LDYPJ).

La característica se da, también, en caso de secciones de Audiencia Provincial con sede distinta a la de la capital de la provincia y con adscripción de sólo algunos partidos judiciales de la provincia (art. 80.2 LOPJ; 3.5 LDYPJ). Véanse, en este sentido, la STC 56/1990, FJ 21º -que nuevamente advierte que la falta de mención expresa no niega la potestad de propuesta- y la STC 62/1990, FJ 10, b), sobre la antes apuntada inconstitucionalidad del art. 8.2 LDYPJ.

Por fin, la característica concurre en el caso de las Salas de TSJ, con sede diferente a la del Tribunal, cuya demarcación se extienda a más de una provincia de la Comunidad Autónoma, previsto por el art. 78 LOPJ.⁴³ Su tratamiento debe ser el mismo de los casos anteriores en cuanto a la propuesta de demarcación por la Comunidad Autónoma, si bien es dudoso el tratamiento de la fijación de la capitalidad.

b) La eficacia jurídica de las potestades de la Generalitat en esta materia

El art. 152.1, párrafo segundo CE dispone que las atribuciones estatutarias de competencia en esta materia deben hacerse “de conformidad con lo previsto por la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste”.

La falta de mención por los textos estatutarios de este encuadramiento de la competencia autonómica –que sigue pudiéndose observar en el art. 36.1.2ª EACV- no fue obstáculo para que el TC, sobre la base del precepto constitucional citado, negara la inconstitucionalidad de los artículos de la LOPJ relativos al modo de ejercicio y a la eficacia jurídica de las potestades de las Comunidades Autónomas en la materia (STC 56/1990, FJ 14º, 16º y 17º).

A partir de este presupuesto:

1º) La potestad de la Generalitat no es de fijación de las demarcaciones en sentido estricto, sino una potestad de propuesta para posterior fijación mediante Ley del Estado (art. 35. 2 a 4 LOPJ). Esta propuesta tendrá “un doble efecto: por una parte, servir de base para la redacción, por parte del Gobierno, de un anteproyecto de demarcación, a la vista de las propuestas de las Comunidades Autónomas, y, en segundo lugar, como elemento para la formación de la voluntad parlamentaria al tramitar, posteriormente, el correspondiente proyecto de ley, puesto que las propuestas de las Comunidades Autónomas habrán de acompañar (art. 354 LOPJ) al proyecto del Gobierno remitido a las Cortes. La propuesta prevista en el art. 35.2 LOPJ se configura, pues, como el factor de participación autonómica en la determinación de las demarcaciones judiciales” (STC 56/1990, FJ 17º; también STC 62/1990, 8º y 9º a)).

2º) En cuanto a la fijación de la capitalidad la eficacia jurídica de la potestad de la Generalitat es más intensa, dado que –ahora sí- alcanza a fijar la misma –salvo el caso que luego diré-, pero porque así lo dispone el art. 35.6 LOPJ. Incluso en este

⁴³ Este caso no debe ser confundido con los contemplados por las normas especiales sobre demarcaciones y sedes de Salas de determinados TSJ contenidas en la disp. adic. 3ª LOPJ y en el art. 2 LDYPJ.

punto se hace notar la eficacia normativa de encuadramiento que la CE asigna a la LOPJ, porque es esa eficacia la que legitima la imposición a la Comunidad Autónoma de la forma de ley para establecer la capitalidad cuando tiene competencia para ello (STC 56/1990, FJ 26°).

3º) Como excepción a lo dicho en el precedente número 2º, pero con perfecta coherencia con el presupuesto general de la eficacia normativa de LOPJ en esta materia, respecto de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria la Generalitat no tiene potestad de fijar la capitalidad –aunque le pudiera corresponder por el ámbito no provincial de la demarcación-, sino que sólo debe ser oída previamente a la fijación de la capitalidad por el Gobierno del Estado (STC 56/1990, FJ 27º; STC 62/1990, FJ 6º, e) y b]).

VII. COMPETENCIAS DE LA GENERALITAT RESPECTO DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA Y SOBRE LOS MEDIOS MATERIALES

1. Los fundamentos de la ordenación de estas competencias

Al primer fundamento de la ordenación de las competencias que ahora consideramos, ya hicimos referencia en el apartado III, 2, A). Basta recordarlo, ahora, sintéticamente: no todos los componentes de la organización necesaria para la impartición de justicia quedan comprendidos en la materia “Administración de Justicia” del art. 149.1.5ª CE. Los componentes no comprendidos –personas que no ejercen potestad jurisdiccional, pero que auxilian, de diversas maneras, a su ejercicio, y medios materiales- acrecen, en principio, los contenidos del art. 149.3 CE, y, por consiguiente, los Estatutos pueden atribuir competencias sobre los mismos a las Comunidades Autónomas.

No obstante, este primer fundamento conduce a una segunda consideración: no todos los elementos no comprendidos en la materia del art. 149.1.5ª CE quedan incluidos, sin más, en el art. 149.3 CE. También debe examinarse si otro precepto constitucional confiere específicamente título de competencia al Estado y, de ese modo, impide que cierta materia recale en el art. 149.3 CE, o reduce la amplitud con la que se incluye en este precepto, con las correspondientes consecuencias sobre la disponibilidad de la misma para ser objeto de atribución de competencias a una Comunidad Autónoma mediante el Estatuto.

Así ocurre, en efecto, con la parte más importante de la materia que nos ocupa, con el art. 122.1 CE, que atribuye a una ley orgánica (obviamente estatal) la determinación del régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Sólo por esto ya debe afirmarse que las Comunidades Autónomas no pueden tener competencias legislativas sobre esta materia. Además, es obvio que con este presupuesto no puede operar la cláusula subrogatoria, dado que, en cuanto la competencia es legislativa, no estamos ante ninguna función atribuida al Poder Ejecutivo estatal (STC 56/1990, FJ 8º y 10º; STC 62/1990, FJ 5º).

La cuestión es, entonces, si la distribución competencial podría responder al conocido modelo de competencia legislativa para el Estado, y para las Comunidades Autónomas competencias reglamentarias, o, con las anteriores o sin ellas, competencias estrictamente ejecutivas para la aplicación de un régimen jurídico cuya determinación legal está reservada a ley estatal.

El sentido negativo o afirmativo de la respuesta, y también la amplitud de la respuesta afirmativa, depende de diversos factores y puede producirse de diversas maneras.

En primer término, influye la opción del legislador orgánico estatal entre diversas técnicas disponibles para configurar el régimen jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia. Su opción, para una parte de ese personal, por la técnica de los cuerpos nacionales comporta las consecuencias que después veremos. Pero también debe hacerse notar que el TC, al examinar esta primera opción, ha reconocido que la misma no era la única conforme a la Constitución.⁴⁴

Consiguientemente, y dentro de este primer factor, en la medida en que el legislador orgánico estatal no opte por los cuerpos nacionales, puede verse ampliado el ámbito de las competencias reglamentarias y ejecutivas de las Comunidades Autónomas. Así lo reconoció ya la STC 56/1990, FJ 11º, respecto del personal laboral cuya contratación autorizaba la LOPJ en su redacción de 1985. También es el caso del personal que puede ocupar puestos de trabajo en las unidades administrativas de apoyo a las que se refiere el art. 439 LOPJ (reforma de 2003) y de parte del personal que puede prestar servicios en Juzgados de Paz (art. 51.1 LDYPJ). Y puede llegar a ser el caso del personal que preste servicios en la oficina judicial de los proyectados Juzgados de Proximidad. Sobre todo esto volveremos, con algún detalle, en los siguientes apartados VII.4 y 5.

En segundo término, si el legislador estatal ha optado por la técnica de los cuerpos nacionales, en el momento de la atribución de competencias reglamentarias y ejecutivas debe ser evitado que la atribución que se realice conduzca a contradecir los elementos esenciales de la técnica elegida (STC 56/1990, FJ 10º; STC 105/1990, FJ 5º).

Ese fue el criterio básico con el que la STC 56/1990 revisó qué competencias del Gobierno del Estado sobre el personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia podían entenderse asumidas por las Comunidades Autónomas en virtud de las cláusulas subrogatorias y cuáles continuaban correspondiendo al Gobierno (STC 56/190, FJ 11º).

La alusión a las competencias de las Comunidades Autónomas sobre esta materia, en la reforma de 1994 de la LOPJ, se realizó con la técnica de presuponer que la distribución competencial debería concretarse con arreglo a los criterios sentados por el TC, en vez de asumir el legislador estatal la concreción de tales principios en precisas disposiciones que retuvieran en manos del Gobierno competencias

⁴⁴ La STC 56/1990, FJ 10º, se limitó a expresar la posibilidad de otras: “[H]a de tenerse en cuenta que la Ley Orgánica, en su art. 454.2, ha venido a optar por un modelo consistente en la consideración de los Cuerpos de la Administración de Justicia como Cuerpos Nacionales, lo que comporta, evidentemente, la necesidad de un régimen común en todo el territorio nacional: decisión que (aun cuando, posiblemente, no fuera la única constitucionalmente aceptable) está justificada [...]”. La STC 105/2000, FJ 5º, reconoce abiertamente que: “Este núcleo esencial de regulación homogénea [régimen jurídico mediante ley orgánica del personal que nos ocupa] podrá tener mayor o menor extensión, y, a su vez, afirmarse en el plano normativo por medio de muy diversas técnicas, entre las cuales la opción por el establecimiento de Cuerpos Nacionales no es más que una de entre las varias constitucionalmente legítimas”.

determinadas y delimitaran las que se hallaban a disposición de las Comunidades Autónomas por las cláusulas subrogatorias de sus Estatutos.

Eso explica la respuesta que dio la STC 105/2000, FJ 5º; a la impugnación del art. 455 LOPJ (en la redacción dada por la reforma de 1994⁴⁵):

“La utilización en este artículo de la expresión «en su caso» implica que la competencia sobre determinadas materias únicamente podrá considerarse atribuida a las Comunidades Autónomas cuando las materias contempladas sean algunas de aquellas que, con el alcance anteriormente indicado, permiten el juego de las cláusulas subrogatorias existentes en los correspondientes Estatutos, o cuando la respectiva competencia se haya asumido por los Entes Autonómicos en virtud de otro título constitucionalmente válido. [...] Es aquí donde hemos de detener nuestro análisis para no exceder los términos en los que nos ha sido planteado el alegato de inconstitucionalidad, pues los criterios en función de los cuales habría de negarse o afirmarse la operatividad de las cláusulas subrogatorias tendrían que ser individualizados en función de cuáles fueran las concretas materias respecto de las que se plantease, en el momento oportuno, la cuestión que queda abierta”.

En tercer lugar, es posible que –utilizando la expresión de la sentencia del TC– no se quiera dejar abierta la cuestión, sino que la ley estatal, al mismo tiempo que da una respuesta afirmativa a las competencias de las Comunidades Autónomas, se propone delimitar la extensión de tal respuesta. En efecto, si el legislador estatal puede optar entre un sistema de cuerpos nacionales u otros sistemas, es obvio que también puede optar por un sistema de cuerpos nacionales y, a continuación, retener algunas competencias reglamentarias y ejecutivas y delimitar las competencias de la misma naturaleza que serían asumidas por las Comunidades Autónomas, en virtud de las cláusulas subrogatorias o de atribuciones estatutarias específicas. Ésta es la técnica que ha aplicado la reforma de LOPJ por la LO 19/2003, de 23 de diciembre, como se observará en los apartados que siguen.

No obstante, la subsistencia de la cláusula subrogatoria en los Estatutos acaba por matizar, siempre, las consecuencias de la técnica mencionada. Dado que la doctrina jurisprudencial del TC no ha considerado esa cláusula inconstitucional, ni ineficaz para atribuir competencias a las Comunidades Autónomas, sino que ha optado por, en cada litigio constitucional,⁴⁶ determinar el alcance de las competencias recibidas en virtud de esa cláusula, atendida la CE, la LOPJ, el Estatuto de Autonomía concernido y otras leyes que deben ser tenidas presentes para la atribución de las competencias, la especificación que haga la LOPJ de las competencias autonómicas en la materia no puede considerarse, sin más, un catálogo cerrado. Al menos mientras, en un proceso de inconstitucionalidad, el TC no declare que la norma determinada de la

⁴⁵ Decía este artículo: “Las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia incluido en el artículo anterior corresponden al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas en todas las materias relativas a su Estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario”.

⁴⁶ Habría que exceptuar, como es obvio, que la cuestión ya hubiera sido resuelta con eficacia de cosa juzgada en proceso anterior.

LOPJ que ha hecho aquella especificación es conforme al bloque de la constitucionalidad y respeta el ámbito que, de acuerdo con ese bloque, hay que reconocer a la cláusula subrogatoria. Por otra parte, también cabrá que esta cláusula – las competencias que atribuye y el eventual desconocimiento de las mismas por el Gobierno del Estado- se invoque en conflictos de competencia y en procesos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones sin fuerza de ley.

En los apartados siguientes nos limitaremos, sin embargo, a reseñar las competencias que la LOPJ, con la reforma de 2003, reconoce como asumibles por las Comunidades Autónomas, y que han sido asumidas por la Generalitat. Nos ocuparemos, también, de ampliaciones de esas competencias que pueden producirse en virtud de proyectos de ley que, en este momento, se hallan en tramitación.

2. Potestades respecto de los secretarios judiciales

El art. 440 LOPJ establece que: “Los secretarios judiciales son funcionarios públicos que constituyen un Cuerpo Superior Jurídico, único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia, dependiente del Ministerio de Justicia”.

A partir de lo anterior, la especificación que hace la LOPJ de potestades respecto del Cuerpo de Secretarios Judiciales que pueden ser asumidas por las Comunidades Autónomas es notablemente restrictiva.⁴⁷

En materia de provisión de puestos de trabajo, dejando aparte la valoración como mérito del conocimiento del Derecho foral valenciano y de la lengua propia de la Comunitat Valenciana (art. 450.4 LOPJ),⁴⁸ la Generalitat tiene:

1º) La potestad de propuesta, para su nombramiento por el Ministerio de Justicia, del Secretario de Gobierno del TSJ (art. 464.3 LOPJ). Así como es claro que la propuesta no vincula positivamente al Ministerio –porque el art. 464.3 LOPJ menciona de manera expresa la libertad de nombramiento-, el art. 15, 1) ROCSJ no ha aclarado si el nombramiento puede recaer a favor de un aspirante no propuesto.

2º) La potestad de proponer el cese del Secretario de Gobierno del TSJ (art. 464.3 LOPJ), aunque la propuesta no vincula al Ministerio de Justicia, que tiene la libre potestad de cesar (art. 464.3 LOPJ; art. 15.1 ROCSJ).

3º) La potestad de prestar, o denegar, el acuerdo a la propuesta del Secretario de Gobierno del TSJ de nombramiento de Secretarios Coordinadores en cada provincia (art. 466.1 LOPJ). En este caso, el art. 17, 4) ROCSJ despeja toda duda acerca de la necesidad del acuerdo de la CA para el nombramiento del aspirante propuesto.

4º) La potestad de informe preceptivo para la resolución de los procedimientos de provisión de puestos de trabajo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, por el sistema de libre designación (art. 450.1 LOPJ; art. 119 ROCSJ).

⁴⁷ Críticamente, JIMÉNEZ ASENCIO, “Reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas”, pp. 37-40.

⁴⁸ Y debe quedar aparte porque la Generalitat ni establece y regula el mérito, ni tiene potestad para apreciar su concurrencia, aunque, en cuanto al conocimiento de la lengua propia, le compete certificar el nivel de conocimiento con arreglo a su propia normativa (art. 109.3 Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, aprobado por RD 1608/2005, de 30 de diciembre).

En materia de derechos y deberes de los secretarios judiciales:

1º) La Generalitat, con autorización previa del Ministerio de Justicia, tiene la potestad de considerar la participación de los mismos en programas o en la consecución de objetivos determinados, a los efectos de asignar a los secretarios participantes un complemento de productividad (art. 447.3, C) LOPJ; art. 94.3, c) ROCSJ).

2º) El genérico deber de colaboración que el art. 452.3 LOPJ impone a los secretarios judiciales respecto de “las Comunidades Autónomas con competencias asumidas para la efectividad de las funciones que éstas ostentan en materia de medios personales y materiales”, comporta que la Generalitat tenga una potestad de solicitar al Secretario de Gobierno del TSJ la impartición de instrucciones dirigidas a los secretarios judiciales de su ámbito territorial y orientadas a la consecución de la finalidad apuntada.

3º) El deber de colaboración –y la potestad de instar instrucciones del Secretario de Gobierno al respecto- tiene una aplicación singular en la facilitación de datos que puedan ser recabados de los sistemas informáticos para ser destinados a explotaciones estadísticas que las Comunidades Autónomas con competencias consideren necesarias o útiles para su gestión (art. 461.4 LOPJ; art. 9, e) ROCSJ).⁴⁹

4º) La Generalitat tiene diversas potestades de informe preceptivo y de audiencia en relación con el establecimiento, por el Ministerio de Justicia, de la jornada y horarios generales de trabajo de los secretarios judiciales (art. 103 ROCSJ), y con la determinación, por el CGPJ, de los horarios y condiciones de prestación del servicio de guardia (art. 104 ROCSJ).

Por fin, en materia de régimen disciplinario, la Generalitat tiene potestad de “promover la responsabilidad disciplinaria de los secretarios judiciales con destino en órganos judiciales radicados en su territorio ante las autoridades competentes para la incoación y tramitación de los expedientes disciplinarios, quienes darán cuenta a aquéllas de las decisiones que se adopten” (art. 468.3 LOPJ).

3. Competencias respecto de los funcionarios de los otros cuerpos al servicio de la Administración de Justicia

Para la determinación del estatuto jurídico de otros funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, la LOPJ ha optado, también, por el sistema de Cuerpos Nacionales (art. 470. 2 LOPJ), a los que legalmente se reservan unas funciones específicas (art. 473.1 LOPJ *a contrario sensu*).

Es el caso de los funcionarios que integran los Cuerpos de Médicos Forenses, de Facultativos del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Gestión Procesal y Administrativa, de Técnicos Especialistas del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, de Tramitación Procesal y Administrativa, de

⁴⁹ Esta potestad de requerir información para explotaciones estadísticas específicas, se tiene sin perjuicio de las potestades generales respecto de la Estadística Judicial establecidas en el art. 461. 2 y 3 LOPJ.

Auxilio Judicial y de Auxiliares de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

No obstante, a diferencia de lo previsto por la LOPJ respecto del Cuerpo de Secretarios Judiciales, el art. 471 LOPJ⁵⁰ establece, en general, que las competencias reglamentarias y ejecutivas respecto del personal de estos Cuerpos pueden corresponder a las Comunidades Autónomas que las hayan asumido por atribución estatutaria específica o por la cláusula subrogatoria, más la efectiva asunción mediante el correspondiente Real Decreto de traspasos, como es el caso de la Comunitat Valenciana.⁵¹

Lo que sigue es sólo una primera aproximación a las competencias de la Generalitat en la materia.⁵²

A) Oferta de empleo público y procedimiento de selección. Nombramiento de funcionarios interinos

La Generalitat determinará las necesidades de recursos humanos respecto de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia sobre los que han asumido competencias y lo pondrán en conocimiento del Ministerio de Justicia, que elaborará la oferta de empleo público, integrando de forma diferenciada las necesidades de recursos determinadas por las Comunidades Autónomas con las existentes en el resto del territorio del Estado que no haya sido objeto de traspaso, para su aprobación por el Gobierno del Estado (art. 482 LOPJ).

En el procedimiento de selección las potestades de la Generalitat son muy restringidas:

1º) Tiene la potestad de proponer la adición al temario y pruebas únicos para todos los procesos selectivos, que compete aprobar a una Comisión de Selección, que actúa en el ámbito de todo el Estado, de unas pruebas “para la acreditación del conocimiento de la lengua y del derecho civil, foral o especial [...], que tendrán carácter optativo y, en ningún caso, serán eliminatorias, teniéndose en cuenta la puntuación obtenida conforme al baremo que se establezca, a los solos efectos de adjudicación de destino dentro de la Comunidad Autónoma correspondiente” (art.

⁵⁰ En efecto, este artículo dispone: “1. Las competencias respecto de todo el personal al servicio de la Administración de Justicia al que se refiere el artículo anterior, corresponden en los términos establecidos en esta Ley, al Ministerio de Justicia o, en su caso, a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, en todas las materias relativas a su estatuto y régimen jurídico, comprendidas la selección, formación inicial y continuada, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas, jornada laboral, horario de trabajo y régimen disciplinario.

2. En los mismos términos, el Gobierno o, en su caso, las Comunidades Autónomas con competencias en la materia, aprobarán los reglamentos que exija el desarrollo de este libro”.

⁵¹ Arts. 36.1.1ª y 49.1.36ª EACV y RD 1950/1996, de 23 de agosto, sobre traspaso a la Comunidad Valenciana de funciones y servicios de la Administración del estado en materia de medios personales al servicio de la Administración de Justicia.

⁵² Con referencia a la situación normativa de la LOPJ reformada en 1994, que ha sido profundamente modificada en esta materia por la reforma de 2003, SEVILLA MERINO, I., “El régimen de los Oficiales, Auxiliares y Agentes al servicio de la Administración de Justicia transferidos a la Comunidad Valenciana”, en *RVEA*, nº 18, 1997, pp. 113-141.

482.1 LOPJ). La Generalitat tiene potestad para regular esa prueba o las certificaciones de conocimiento, pero la asignación de la puntuación es competencia de la Comisión de Selección (art. 8.2 RIProvProm).

2º) Un representante de la Generalitat puede ocupar uno de los cuatro puestos que corresponden en la Comisión de Selección a las Comunidades Autónomas con competencias transferidas (art. 486.1; art. 9.1 RIProvProm).

3º) Salvo renuncia de la Generalitat, en cuyo caso serían objeto de agrupación, las plazas ubicadas en su territorio serán ofertadas, en la convocatoria que realiza el Ministerio de Justicia, para ese ámbito territorial (art. 483.5 LOPJ; art. 16.1 RIProvProm) y los aspirantes pueden limitar su participación a las plazas de ese ámbito.

4º) Aunque hay un Tribunal Calificador Único para cada procedimiento selectivo convocado, nombrado por el Ministerio de Justicia, si son convocadas plazas del ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, el Ministerio nombrará un Tribunal Delegado para ese ámbito territorial y dos de cada cinco vocales del mismo deberán ser propuestos por el órgano competente de la Generalitat (art. 487.2 LOPJ; art. 12.2 y 4 RIProvProm).

5º) Un centro, instituto o servicio de formación dependiente de la Generalitat puede asumir la realización del curso teórico-práctico previsto en la convocatoria y la evaluación del aprovechamiento de los aspirantes (art. 485.3; art. 24.4 y 5 RIProvProm)

Con arreglo al art. 489 LOPJ y a su propia normativa, la Generalitat tiene potestad para nombrar funcionarios interinos.

B) Jornada, horarios y régimen retributivo

La Generalitat tiene potestad de informe respecto de la fijación por el Ministerio de Justicia de “la duración de la jornada general de trabajo efectivo en cómputo anual y de aquellas jornadas que hayan de ser realizadas en régimen de dedicación especial, así como sus especificidades”, así como de “las compensaciones horarias y cálculos especiales cuando la atención de actuaciones procesales urgentes e inaplazables suponga un exceso de horas sobre la jornada a realizar” (art. 500.1 LOPJ).

La Generalitat ha de ser oída, antes de la determinación por el CGPJ de “los órganos jurisdiccionales y otros servicios de la Administración de Justicia que han de permanecer en servicio de guardia, así como los horarios y las condiciones en que se realizará el mismo” (art. 501.1 LOPJ). Compete a la Generalitat garantizar la asistencia necesaria a los órganos o servicios judiciales en funciones de guardia, adoptando las medidas necesarias respecto de medios personales y horarios (art. 500.2 LOPJ).

En materia de régimen retributivo, compete a la Generalitat:

1º) Fijar, en la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo, la cuantía individualizada del complemento específico correspondiente al puesto de trabajo (art. 519.3 LOPJ).

2º) La concreción individual de las cuantías del complemento de productividad y la determinación de los funcionarios con derecho a su percepción, de acuerdo con los criterios de distribución que se establezcan para los diferentes programas y objetivos (arts. 516, B).2º, a) y 519.4 LOPJ).

3º) Proceder a la asignación individual de las cuantías de las gratificaciones y a la determinación de los criterios para su percepción (arts. 516, B).2º, b) y 519.5 LOPJ).

C) Licencias, permisos, situaciones administrativas, provisión de puestos de trabajo y régimen disciplinario

Con excepción del nombramiento como funcionario de carrera y del cese, que competen al Ministerio de Justicia (arts. 488.1, 494 y 539, párrafo tercer LOPJ), todos los actos de gestión del estatuto de los funcionarios de estos cuerpos destinados en el territorio de la Comunitat Valenciana competen a la Generalitat. De modo instrumental respecto de esta competencia, la Generalitat establecerá un registro de personal para asentar las anotaciones correspondientes a esos funcionarios y colaborará con el Ministerio de Justicia para la permanente actualización del Registro Central existente en ese Ministerio (artr. 481 LOPJ).

La Generalitat es competente para:

1º) La concesión de los permisos y licencias establecidos en la LOPJ, respecto de los funcionarios que presten servicios en sus respectivos ámbitos territoriales, en la forma y mediante el procedimiento que se establezca en las disposiciones que se dicten al efecto por las mismas. Así mismo le corresponde el control de la incapacidad temporal de ese personal (art. 505 LOPJ).

2º) Acordar la concesión o declaración en las situaciones administrativas previstas por la LOPJ a los funcionarios que prestan servicios en su ámbito territorial, dictando a tal efecto, las disposiciones necesarias referentes a la forma y el procedimiento aplicable (art. 512 LOPJ).

3º) La provisión de los puestos de trabajo ubicados en su ámbito territorial, en los supuestos, condiciones y conforme a los procedimientos que se establezcan en la LOPJ y en el Reglamento General de Ingreso, Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de este personal (art. 525 LOPJ).

4º) La incoación, tramitación de expedientes disciplinarios e imposición de sanciones -salvo separación del servicio- a los funcionarios de los cuerpos ahora considerados, que se hallen destinados en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana. Por otra parte, es necesario informe favorable de la Generalitat para el cumplimiento de la sanción de traslado forzoso, si la misma supone traslado desde otra Comunidad Autónoma a la Comunitat Valenciana (art. 539 LOPJ).

4. Competencias sobre otro personal al servicio de la Administración de Justicia

Al regular el estatuto jurídico del personal al servicio de la Administración de Justicia, cumpliendo el encargo que el art. 122.1 CE realiza al legislador orgánico estatal, éste no se ha limitado a establecer cuerpos nacionales, sino que, si bien de

manera secundaria en varios sentidos, también ha previsto que presten servicios a la Administración de Justicia otros funcionarios y empleados públicos.

En la medida en que las Comunidades Autónomas puedan establecer la prestación de los servicios a través de esta otra clase de personal y en que, dentro de la misma, se hallen comprendidos los funcionarios y otros empleados públicos autonómicos, desaparecen las restricciones competenciales de las Comunidades Autónomas que provienen de la técnica de los cuerpos nacionales.

Una parte del primer condicionamiento apuntado la examinaremos en el siguiente apartado, al tratar de las competencias de la Generalitat respecto de las estructuras organizativas en las que se encuadra el personal al servicio de la Administración de Justicia. Ahora nos limitaremos a considerar la amplitud con la que la LOPJ autoriza soluciones alternativas a la que tiene establecida como prioritaria. Los supuestos son siempre limitados, aunque de manera diferente.

A) Personal que desarrolla funciones diferentes a las atribuidas a los Cuerpos Nacionales

En este supuesto la limitación consiste en que las funciones o tareas que puede desempeñar el personal al servicio de la Administración de Justicia no perteneciente a los Cuerpos Nacionales son diferentes a las funciones que están legalmente reservadas a estos Cuerpos. En cambio, no hay limitación en cuanto a las clases de órganos jurisdiccionales que pueden contar con los servicios de este personal.

La autorización para que este personal preste servicios a la Administración de Justicia se halla en el art. 473 LOPJ.

Su primer apartado se refiere a “funcionarios de otras Administraciones que, con carácter ocasional o permanente, sean necesarios para auxiliarla en el desarrollo de actividades concretas”. Con el plural que utiliza el artículo –diferente al singular “Administración” de la anterior redacción del artículo correspondiente (el 469.2 LOPJ)- queda más claro⁵³ que pueden ser funcionarios de la Generalitat.

El segundo apartado del art. 473 LOPJ establece los supuestos de contratación laboral, respecto de la cual la STC 56/1990, FJ 11, j), ya había declarado –atendiendo a otras redacciones de los preceptos pertinentes- que: “no se dan las exigencias derivadas de la pertenencia a un cuerpo nacional: en consecuencia, la norma contenida en el art. 508.3 no es contraria a las competencias de las Comunidades Autónomas, sino presupuesto mismo de su asunción. En efecto, por el juego de la cláusula subrogatoria la referencia realizada al Ministerio de Justicia para contratar habrá de entenderse respecto de la Comunidad Autónoma correspondiente cuando así sea posible por contar el Estatuto con la citada cláusula de modo operativo y en relación con los órganos de ámbito territorial competencial igual o inferior a la Comunidad Autónoma.

⁵³ Ya lo estaba con la anterior redacción, TOLIVAR ALAS, *Derecho Administrativo y Poder Judicial*, p. 129.

B) Personal que puede desarrollar algunas funciones de los Cuerpos Nacionales, pero sólo al servicio de determinadas clases de órganos jurisdiccionales

Este supuesto es, por una parte, más importante que el anterior -en cuanto rompe, aunque muy limitadamente, con el sistema de cuerpos nacionales para determinadas funciones auxiliares de la Administración de Justicia-, pero, por otra parte, tiene menor trascendencia práctica, porque es un supuesto actualmente limitado sólo al personal al servicio de los Juzgados de Paz, aunque puede extenderse al personal al servicio de los proyectados Juzgados de Proximidad.

Las normas actualmente en vigor se refieren a las secretarías de los Juzgados de Paz.

Por un lado, el art. 476, párrafo segundo, i) LOPJ atribuye a los funcionarios del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa: “Desempeñar la Secretaría de la Oficina judicial de las Agrupaciones de Secretarías de Juzgados de Paz, de Juzgados de Paz de más de 7.000 habitantes y de Juzgados de Paz de menos de 7.000 habitantes en los que la carga de trabajo justifique su establecimiento”. En relación con esto la Generalitat tiene la competencia de aprobación inicial de las relaciones de puestos de trabajo que pueden establecer la cobertura de esos puestos por personal del cuerpo mencionado. No obstante, en este supuesto lo único que hay es una reasignación excepcional de funciones entre dos Cuerpos Nacionales.

La verdadera –aunque muy limitada- marginación de los Cuerpos Nacionales se da en la atribución de las funciones de secretaria del Juzgado de Paz en el caso de que no deba aplicarse el art. 476, párrafo segundo, i) LOPJ. Con arreglo al art. 50.3 LDYPI el Ayuntamiento debe nombrar una persona idónea para el desempeño de la secretaria y ese nombramiento debe ser aprobado, no por el Ministerio, sino por el órgano competente de la Generalitat. La cláusula subrogatoria formulada por el EACV conduce a esta conclusión, atendida la doctrina jurisprudencial sentada por la STC 62/1990, FJ 6º, i).

Ya sin referencia al ejercicio de la secretaria, el art. 51.1 LDYPI prevé que, con las excepciones antes apuntadas: “En los Juzgados de Paz se prestará servicio por personal dependiente del Ayuntamiento, sin perjuicio de la normativa aplicable al ejercicio de su función”.

Considerando perspectivas de reforma inmediatas, las previsiones del Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia,⁵⁴ respecto del personal al servicio de los Juzgados de Proximidad, conducirán a otro recorte de la reserva de funciones a los Cuerpos Nacionales.

La redacción proyectada de un nuevo apartado –el 5- del art. 435 LOPJ no sólo habilita a las Comunidades Autónomas para determinar “la estructura de la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad y la provisión de los puestos de trabajo”, sino que autoriza expresamente a que estos sean ocupados por funcionarios al servicio de las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, debe hacerse notar que la

⁵⁴ Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

interpretación sistemática deja a salvo la dirección de esas oficinas judiciales por un secretario judicial.⁵⁵

En la práctica, la posibilidad de poner al servicio de la Administración de Justicia personal diferente a los Cuerpos Nacionales, ha sido utilizada no sólo para el personal encargado del mantenimiento de los edificios judiciales, sino también para el personal que presta servicios informáticos de diverso nivel, servicios de traducción, y funciones de asesoramiento y pericia psicológicos.

5. Competencias en materia de Oficina judicial, unidades administrativas y otras estructuras organizativas

El personal de las diferentes clases que estamos considerando en este apartado VII ejerce sus funciones al servicio de la Administración de Justicia integrado en específicas estructuras organizativas. En consecuencia, además de las competencias de la Generalitat respecto de este personal, que ya han sido brevemente examinadas, debemos considerar las competencias que ostenta respecto de las estructuras en las que se integra.

A) Estado de la cuestión con el texto vigente de la LOPJ

Hay que distinguir tres estructuras organizativas, no sólo por las diferentes funciones que tienen encomendadas, sino principalmente porque las competencias de la Generalitat son también distintas en cada clase de aquellas.

a) Los Institutos de Medicina Legal

En esta estructura organizativa están integrados funcionarios de los cuerpos especiales al servicio de la Administración de Justicia: principalmente, los médicos forenses (art. 479.3 LOPJ), pero también funcionarios de los otros cuerpos especiales establecidos por el art. 475, b) LOPJ, si las relaciones de puestos de trabajo de los Institutos formulan las previsiones correspondientes (art. 480.2, párrafo segundo, 3, párrafo segundo, y 4 LOPJ).

Respecto de los Institutos de Medicina Legal, la Comunitat Valenciana, en cuanto ha recibido el traspaso de medios en la materia (RD 1950/1996, de 23 de agosto) tiene la potestad de informe previo en el procedimiento de elaboración del Real Decreto por el que se determinen “las normas generales de organización y funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal y de actuación de los médicos forenses” (art. 479.4, párrafo cuarto LOPJ). Dictadas estas normas, tiene la potestad de dictar disposiciones para su desarrollo y aplicación en el ámbito territorial de la Comunitat.

⁵⁵ En primer término, la adversativa que encabeza el proyectado nuevo apartado, lo es sólo respecto de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia; en segundo lugar, el art. 522. 1 y 3 LOPJ atribuye al Ministerio de Justicia la determinación de los puestos que deben ser cubiertos por secretarios judiciales en todas las relaciones de puestos de trabajo. El CGPJ llegó también a esta conclusión en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Organización de la Administración de Justicia, p. 80.

b) La Oficina judicial

La Oficina judicial es la estructura organizativa más general y específica de las que encuadran al personal al servicio de la Administración de Justicia.

Es la más general, porque todos y cada uno de los órganos jurisdiccionales tiene asignada por lo menos una unidad de Oficina judicial (art. 436.4, pero también el art. 437.2 LOPJ). Es la más específica, porque las funciones que tiene encomendadas la Oficina judicial son de servicio inmediato al ejercicio de la potestad jurisdiccional, mediante la preparación de ese ejercicio o mediante el cumplimiento de las resoluciones en las que se manifiesta (art. 435 LOPJ).

La Oficina judicial se organiza en dos clases de unidades:

1ª) Las “unidades procesales de apoyo directo” prestan su servicio a un solo órgano jurisdiccional. Cada órgano jurisdiccional tiene adscrita una unidad de esta clase, aunque la ley autoriza a que el secretario judicial pueda ejercer su función en más de una de estas unidades (art. 437 LOPJ)

2ª) Los “servicios comunes procesales” son unidades con una doble característica. Primera, prestan servicio en actividades procesales específicas: “funciones de registro y reparto, actos de comunicación, auxilio judicial, ejecución de resoluciones judiciales y jurisdicción voluntaria”, dice el art. 438.3, párrafo primero LOPJ; y también “la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas a las relacionadas”, como dice el párrafo segundo del mismo artículo y apartado. Segunda, prestan su servicio, dentro del ámbito territorial que tengan asignado, a varios órganos jurisdiccionales cualquiera sea el orden jurisdiccional al que pertenezcan (art. 438. 2 y 436.4 y 5 LOPJ).

Las competencias de las Comunidades Autónomas, específicamente de la Generalitat, son distintas⁵⁶ en relación con cada una de estas unidades organizativas.

Obviamente, hay que partir de los presupuestos de que esas competencias se hallan sujetas a las normas de la LOPJ sobre la Oficina judicial y de que se limitan a la Oficina judicial de los órganos jurisdiccionales del territorio de la Comunitat. A partir de esto:

1º) Respecto de las “unidades procesales de apoyo directo”, la Generalitat tiene potestad de informe en el procedimiento de elaboración de la disposición general mediante la cual el Ministerio de Justicia “determinará las dotaciones básicas de estas unidades procesales de apoyo directo, que garantizarán, en todo caso, el correcto funcionamiento del órgano jurisdiccional” (art. 437.5 LOPJ).

⁵⁶ Críticamente, en cuanto a esto, JIMÉNEZ ASENCIO, “Reforma de la Administración de Justicia y Comunidades Autónomas”, p. 36. En efecto, las opciones de organización de estas unidades son interdependientes. La preferencia por concentrar servicios en las “unidades procesales de apoyo directo” resta posibles funciones a los “servicios comunes procesales”, mientras que la potenciación de estos permite minimizar las “unidades de apoyo directo”. Los problemas pueden surgir si las potestades organizativas de cada una de estas unidades se atribuyen a diferentes Administraciones, como ocurre en nuestro caso.

Respetado ese mínimo básico, la Generalitat diseñará la Oficina en cuanto a este tipo de unidades (art. 436. 3 LOPJ) y, previo informe del Consejo General del Poder Judicial y negociación con las organizaciones sindicales, procederá a la aprobación inicial de las relaciones de puestos de trabajo.

Además de la fijación de las dotaciones básicas, corresponde al Ministerio de Justicia: determinar en las relaciones de puestos de trabajo inicialmente aprobadas los puestos que deben ser asignados a los secretarios judiciales (art. 522. 1, párrafo segundo y 3 LOPJ); y la aprobación definitiva de las relaciones de puestos de trabajo, aunque con potestad limitada al control de legalidad (art. 522. 2 LOPJ).

2º) Respecto de los “servicios comunes procesales” la Generalitat es competente para el diseño, creación y organización de los mismos (art. 438. 3, párrafo primero LOPJ), aunque con dos limitaciones de diversa intensidad.

En general, “el Consejo General del Poder Judicial podrá establecer criterios generales que permitan la homogeneidad en las actuaciones de los servicios comunes procesales de la misma clase en todo el territorio nacional”, aunque estos criterios deben respetar las competencias organizativas de la Generalitat.

Especialmente, y en esto la limitación es más intensa, la creación de servicios comunes que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones distintas a las expresamente previstas por la LOPJ para estas unidades, requiere informe favorable del Consejo General del Poder Judicial (art. 438. 3, párrafo segundo LOPJ).

Aprobadas definitivamente las relaciones de puestos de trabajo de las Oficinas judiciales al servicio de los órganos jurisdiccionales de su territorio, la Generalitat tiene competencias de modificación de la misma, que ha de ejercer con arreglo a lo previsto en el art. 523 LOPJ.

c) Las unidades administrativas y las oficinas comunes de apoyo

Los puestos de trabajo de la Oficina judicial sólo pueden ser cubiertos –por regla general, con muy limitadas excepciones- por personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (art. 435. 4 LOPJ).

Sin embargo, dado que también puede prestar servicios a la Administración de Justicia personal que no pertenece a esos Cuerpos y que cumple funciones diferentes a las legalmente asignadas a los mismos,⁵⁷ era necesario prever estructuras administrativas para encuadrar a este personal, diferenciadas de la Oficina judicial.

Ese es el significado de las denominadas “unidades administrativas” y “oficinas comunes de apoyo”, reguladas por el art. 439 LOPJ.

Las competencias de la Generalitat sobre estas estructuras organizativas son plenas (art. 439.2 LOPJ),⁵⁸ hasta el punto de que es dudosa la justificación de su

⁵⁷ Véase el apartado 4, A) inmediatamente anterior.

⁵⁸ Dispone este apartado que: “Corresponde a cada Administración en su propio ámbito territorial, el diseño, la creación y organización de las unidades administrativas necesarias y de las oficinas comunes de apoyo, la determinación de su forma de integración en la Administración pública de que se trate, su ámbito de actuación, dependencia jerárquica, establecimiento de los puestos de trabajo, así como la dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento”.

regulación en la LOPJ, por tratarse de materia de autoorganización y de función pública de la Comunidad Autónoma. La regulación de la LOPJ sí que es, no obstante, necesaria para permitir que los puestos de trabajo de estas unidades puedan ser cubiertos con personal de los Cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (arts. 439. 3; 477, párrafo segundo, g); 478, h) LOPJ), así como para que, sin esa integración y desde el puesto ocupado en la Oficina judicial, funcionarios de estos Cuerpos deban prestar colaboración en materia de gestión administrativa (art. 476, párrafo segundo, h) LOPJ).

B) Una reforma en perspectiva: la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad

En el inmediatamente anterior apartado 4, B) ya adelanté una de las reformas que el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia,⁵⁹ introducirá en la Oficina judicial: la posibilidad de que, como excepción a lo dispuesto por el art. 435. 4 LOPJ, los puestos de trabajo de la Oficina judicial de los también proyectados Juzgados de Proximidad sean ocupados, entre otros, por funcionarios de las Comunidades Autónomas en las que se constituyan.

Ahora hay que considerar la posible incidencia de ese Proyecto sobre las potestades de organización de la Generalitat respecto de la Oficina judicial de esa nueva clase de órganos jurisdiccionales.

La cuestión básica es, a mi juicio, si la expresión, contenida en la redacción proyectada del apartado 5 del art. 435 LOPJ, de que “las Comunidades Autónomas [...], con sujeción en todo caso a los principios del apartado 3 anterior y a lo dispuesto en esta Ley, determinarán la estructura de la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad”, significa que el Ministerio de Justicia y el CGPJ carecen de las potestades respecto de la Oficina judicial ordinaria, a las que nos hemos referido en el inmediatamente precedente apartado b), asumiendo la Comunidad Autónoma una competencia más amplia para diseñar la estructura de estas Oficinas judiciales especiales.

En mi opinión –provisional en muchos sentidos; el primero el de que no sufra alteración el texto del Proyecto en la tramitación parlamentaria- la respuesta debe ser afirmativa. En primer lugar, porque, en caso contrario, la expresión sería redundante con otras que ya atribuyen a la Comunidad Autónoma el “diseño”, la determinación de la “dimensión y organización” de la Oficina judicial (art. 436.3 LOPJ). En segundo lugar, porque, de no entenderse así, sería la única de las tres determinaciones previstas por proyectado art. 435.5 LOPJ (estructura, provisión de puestos, apertura de estos a diversas clases de funcionarios) que no produciría innovación normativa.

No obstante, una cosa es que para la determinación de la estructura de estas Oficinas judiciales especiales las potestades se atribuyan de manera también especial, y otra distinta que la potestad organizativa que, en este supuesto, se atribuye más

⁵⁹ Puede consultarse el texto en Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

ampliamente a la Comunidad Autónoma continúa sujeta a la LOPJ, como recuerda expresamente la redacción proyectada del art. 435.5 LOPJ.

Lo anterior implica, como mínimo, lo siguiente:

1º) En la estructura de la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad no se puede prescindir absolutamente de las “unidades procesales de apoyo directo”, porque, a la vista del art. 437.2 LOPJ, esta opción no está abierta para ninguna potestad organizadora de la Oficina judicial. Cosa distinta es que el Ministerio de Justicia no tenga, en este supuesto, potestad de fijar dotaciones básicas.

2º) Al frente de las unidades de la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad –o de varias de ellas, si se trata de “unidades procesales de apoyo directo” (art. 437.3 LOPJ)- debe haber un secretario judicial, porque la única excepción en esta materia que contempla la LOPJ es la de determinadas Oficinas de Juzgados de Paz, en las que, con arreglo al art. 476, párrafo segundo, i) LOPJ, la función del secretario judicial puede ser asumida por un funcionario del Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa.

Es, en cambio, más dudoso si, para la creación, en la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad, de servicios comunes procesales que asuman la ordenación del procedimiento u otras funciones no expresamente previstas en el art. 438.3 LOPJ, será también necesario que la Generalitat obtenga informe favorable del CGPJ. Parece mejor fundada la respuesta afirmativa, porque la LOPJ en ningún supuesto ha autorizado directamente que las Administraciones Públicas con potestad organizadora de la Oficina judicial atribuyan a un servicio común las funciones antedichas, sino que siempre ha subordinado esa atribución al informe favorable del CGPJ.

Fuera de los temas de competencia, debe hacerse notar que, dadas las especialidades organizativas de la Oficina judicial de los Juzgados de Proximidad, ésta sólo puede prestar servicio a esta clase de órganos jurisdiccionales, y no a varias clases de ellos, como está previsto para la Oficina judicial ordinaria (arts. 436.4 y 5, 438.2 LOPJ).

6. Competencias sobre provisión de medios materiales

No hay duda acerca de que la Generalitat puede asumir competencia en esta materia porque, como reconoció abiertamente la STC 56/1990 en su FJ 12º, a), “la dotación material no se incardina en la materia definida como «poder judicial», sino que se trata de una materia conexa”.

Esta consideración de la STC 56/1990 esta referida a la cláusula subrogatoria como norma atributiva de la competencia en la materia. Ese fue, en efecto, el modo de atribución en el primer texto del EACV, a pesar de que también contenía una limitada referencia a la competencia de la Generalitat de “coadyuvar en la instalación de los Juzgados” art. 39.3ª EACV/1982). La cláusula subrogatoria, recogida en el art. 39.1ª del EACV/1982 fue, sin embargo, el precepto estatutario invocado por el RD 293/1995, de 24 de febrero, sobre traspaso a la Comunitat Valenciana de funciones de la Administración del Estado en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

En el nuevo texto estatutario la atribución de competencia sobre esta materia cuenta, sin embargo, con una norma más específica que la cláusula subrogatoria y más completa en su alcance objetivo que el art. 39.3ª del primer EACV. Me refiero al art. 36.1.4ª EACV, según el cual: “1.En relación a la Administración de Justicia, exceptuada la militar, corresponde a la Generalitat: [...] 4.ª Proveer de medios personales, materiales y económicos a la Administración de Justicia”

Dejando aparte los gastos de personal, que se hallan comprendidos en las competencias sobre el personal al servicio de la Administración de Justicia, en la misma medida en que la Generalitat tiene atribuida la gestión del mismo, la competencia para proveer de medios materiales y económicos a la Administración de Justicia abarca diferentes conceptos de gasto, de inversiones reales, cuestiones sobre la titularidad o derecho de uso de bienes destinados al servicio público de la justicia y los problemas de régimen jurídico de todo ello.⁶⁰

El régimen jurídico presupuestario es el propio de la Generalitat.

Esa afirmación se realiza, en primer lugar, respecto de la elaboración y aprobación del presupuesto –de la parte del mismo atinente a la materia que ahora consideramos-, como tuvo oportunidad de esclarecer la STC 56/1990, al declarar inconstitucionales dos restricciones que introducía una antigua redacción del art. 37.4 LOPJ en relación con la norma de la Comunidad Autónoma destinada a asignar recursos propios de la misma a la Administración de Justicia, caso de tener competencia sobre ésta.⁶¹

Dos advertencias son convenientes en relación con esta primera etapa del régimen presupuestario:

1ª) En cuanto al procedimiento de elaboración del presupuesto, el CGPJ remitirá anualmente a la consejería competente en materia de Justicia “una relación circunstanciada de las necesidades que estime existentes” en los órganos jurisdiccionales del ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, a los efectos de su

⁶⁰ Un análisis detallado, aunque respecto con referencia a una situación normativa que ya ha experimentado cambios, CLIMENT BARBERÁ, J., “Los medios materiales de la Administración de Justicia en la Comunidad Valenciana”, en *RVEA*, nº 18, 1997, pp. 61-90.

⁶¹ Por una parte –dice el FJ 12 de la STC 56/1990- “Al hilo de establecer un condicionante a la libre disponibilidad de recursos propios, se anula la autonomía financiera y organizativa del ente territorial. En cuanto a la autonomía financiera, reconocida por el art. 156.1 C. E. para el desarrollo y ejecución de sus competencias, porque, al dotar la ley de carácter vinculante al informe del Consejo General del Poder Judicial, viene a cercenar totalmente la libre disposición de los recursos, lo que equivale a decir la facultad de decisión autónoma del Ente autonómico. Se trata, pues, de una exigencia que va más allá de la coordinación conveniente en este campo, al subordinar completamente la atribución de recursos autonómicos al informe favorable del Consejo”. Por otro lado, sigue el mismo FJ: “también es contrario a la autoorganización de las Comunidades Autónomas la regulación de extremos del procedimiento interno de aprobación del uso de recursos propios. Ciertamente, será lo normal que, vía presupuestaria, ordinaria o no, los correspondientes programas sean objeto de aprobación, de una u otra forma, por la correspondiente Asamblea Legislativa; pero, en todo caso, no es la ley estatal el instrumento adecuado para regular esa materia, que queda reservada a la regulación propia de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos, según lo previsto en los arts. 147.1 c) y 148.1 C. E.”.

toma en consideración para elaborar los estados de gasto en el anteproyecto de presupuestos.

2ª) Dejando siempre a salvo las funciones atribuidas a los Cuerpos Nacionales al servicio de la Administración de Justicia, la prestación de determinados servicios – y, en este momento, la incidencia que tiene en el capítulo presupuestario de gasto en el que debe incluirse- mediante personal funcionario, personal laboral o mediante contratación externa de servicios, depende de las normas de función pública y de contratación pública vigentes en la Comunitat Valenciana.

La vigencia del régimen presupuestario de la Generalitat comprende, también, las normas sobre modificaciones presupuestarias, y ejecución y liquidación del presupuesto.

Respecto de estas fases del régimen presupuestario son, también, convenientes dos observaciones:

1ª) Por su contenido de gestión administrativa, las funciones para realizarlas, además de atribuirse a otros órganos de la Administración de la Generalitat no directamente relacionados con los órganos jurisdiccionales, constituyen las funciones propias de las “unidades administrativas de apoyo”, a las que nos hemos referido en el inmediato anterior apartado 5, A), c).

2ª) En la ejecución de los programas relativos a la equipamiento informático deberá cumplirse lo dispuesto por el art. 230.5 LOPJ.⁶²

La titularidad de los bienes destinados al funcionamiento de la Administración de Justicia puede corresponder a la Generalitat, a otras Administraciones Públicas, mediante los actos requeridos para la cesión de uso, o a personas privadas, pero, en el último caso, corresponde a la Generalitat adquirir el correspondiente derecho de uso a favor de la Administración de Justicia.⁶³ Tratándose de los inmuebles en los que ejercen sus funciones los órganos jurisdiccionales, la competencia de la Generalitat para proveer de los mismos conlleva la de establecer que esos edificios constituyen la sede permanente u ocasional de los correspondientes órganos jurisdiccionales (art. 10.1 LDYPJ).

Excepciones a lo expuesto ya existen, con arreglo al Derecho vigente, respecto de los medios materiales y económicos de los Juzgados de Paz. En efecto, la regla general es que la instalación y medios instrumentales de estos Juzgados se hallen a cargo del Ayuntamiento respectivo (art. 51. 3 LDYPJ), aunque esto no implica que éste también tenga la competencia para determinar el edificio-sede, sino que, en este

⁶² Los párrafos segundo y tercero del art. 230.5 LOPJ establecen: “Los programas y aplicaciones informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser previamente aprobados por el Consejo General del Poder Judicial, quien garantizará su compatibilidad.

Los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia deberán ser compatibles entre sí para facilitar su comunicación e integración, en los términos que determine el Consejo General del Poder Judicial”.

⁶³ CLIMENT BARBERÁ, “Los medios materiales”, pp. 85-86.

aspecto, sólo tiene una potestad de propuesta a la Generalitat, que tiene la competencia decisoria (art. 10. 1 LDYPJ).

Por otro lado, la salvedad prevista en el mismo art. 51.3 LDYPJ comporta que corresponda a la Generalitat la potestad de apreciar la mayor conveniencia de otro modo de atender a los medios materiales de estos órganos jurisdiccionales, y también la de establecer ese otro modo y el alcance objetivo de su aplicación.

Si se aprueba el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia,⁶⁴ las excepciones experimentarán una ampliación. El texto proyectado para el art. 48 bis. 2 LDYPJ prevé que: “Las instalaciones y medios materiales de los Juzgados de Proximidad podrán estar a cargo del Ayuntamiento respectivo, en cuyo caso también le corresponderá la determinación del edificio”.

VIII. POTESTADES DE LA GENERALITAT RESPECTO DE TRIBUNALES ESPECIALES

La Generalitat no tiene competencias para crear tribunales especiales, ni para regular en ninguna medida los que se hallen constituidos, de acuerdo con la CE y las leyes estatales, incluso sólo en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. La creación y regulación de tribunales especiales forma parte de la materia de Poder Judicial, de la Administración de Justicia en sentido estricto. Además forma parte de esa materia en el sentido muy peculiar de representar la limitada autorización que la CE concede al legislador estatal para atribuir potestad jurisdiccional a órganos diferenciados de los que constituyen la organización judicial ordinaria, integrados por jueces con estatuto diferente y no sometidos al gobierno autónomo del CGPJ.⁶⁵

No obstante, el EACV tiene algunas normas sobre esta materia y la doctrina jurisprudencial del TC ha tenido oportunidad de examinar casos concretos en los que leyes de Comunidades Autónomas han intentado incidir en la regulación de tribunales especiales.

La primera mención que el EACV contiene a tribunales especiales es la del art. 36.1, y consiste, precisamente, en exceptuar la Administración de Justicia en lo militar de todas las competencias que el EACV atribuye a la Generalitat en materia de Administración de Justicia.

En segundo lugar, pero ahora ya en un sentido afirmativo, el art. 36.1.3ª EACV atribuye específicamente a la Generalitat la competencia de “coadyuvar en la organización de tribunales consuetudinarios y tradicionales, en especial del Tribunal de las Aguas de Valencia”.

El análisis de esta competencia conduce, principalmente, a las siguientes consideraciones:

64 Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

65 ORTELLS RAMOS, *Introducción*, pp. 49-56; ORTELLS RAMOS en ORTELLS/JUAN/CÁMARA, *Derecho Procesal. Introducción*, pp. 60-65.

1ª) La referencia diferenciada, en primer lugar y de un modo genérico, a los tribunales consuetudinarios y tradicionales, y, a continuación y ya de modo específico, al Tribunal de las Aguas de Valencia, podría inducir a pensar que la Generalitat puede tener alguna competencia previa al reconocimiento, por una ley orgánica estatal, de un tribunal como consuetudinario y tradicional. Con seguridad habrá vías para que la Generalitat pueda proponer ese reconocimiento, si lo estima justificado. Pero el reconocimiento como un tribunal de esa calidad es competencia del Estado, mediante ley orgánica, en cuanto el mismo incide en la configuración del Poder judicial, y constituye una excepción a la regla general de su unidad organizativa. Previamente, pues, a cualquier competencia que quiera ampararse en “coadyuvar en su organización” el tribunal ha de haber sido reconocido por el Estado mediante ley orgánica, como lo ha sido el Tribunal de las Aguas de Valencia mediante el art. 19.3 LOPJ.⁶⁶

2ª) “Coadyuvar en la organización” tiene algunos significados seguros y una limitación bastante clara. Centrándome, ahora, en los primeros, se puede entender con seguridad que la expresión significa algo más que colaborar con medios materiales y económicos. Y eso no sólo por el sentido del término “organización”, sino porque en el texto del art. 39. 3ª del EACV/1982 –del que proviene la actual redacción del art. 36.1.3º EACV- era particularmente claro el contraste entre coadyuvar “en la organización” y hacerlo “en la instalación” de los Juzgados, lo que sí que aludía sólo a los medios materiales y económicos. Ese “algo más” sería, también con seguridad, que la Generalitat tiene competencia sobre el personal al servicio del tribunal consuetudinario y tradicional –reconocido como tal por el Estado y radicado en la Comunidad Autónoma-, dado que las funciones de auxilio al ejercicio de la potestad de esta clase de tribunales no se hallan legalmente reservadas a funcionarios de cuerpos nacionales.

3ª) Aludí antes también a una limitación. La misma deriva tanto de la propia expresión “coadyuvar en la organización”, cuanto del significado y las condiciones de la conservación de tribunales consuetudinarios y tradicionales por el art. 125 CE. Por un lado, aquella expresión excluye, por si sola, que la Generalitat haya recibido la competencia de organizar esa clase de tribunales, aunque sea después del reconocimiento de los mismos por ley del Estado. Por otro lado, en la autorización indirecta de esta clase de tribunales por el art. 125 CE, se halla insita la limitación de los poderes públicos en la organización de los mismos. La CE sólo autoriza la existencia de esta clase de tribunales en cuanto deban su origen a la costumbre y a la tradición, y esos mismos parámetros regirán su continuidad.⁶⁷ El poder público –en

⁶⁶ ORTELLS RAMOS, M., “Sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia procesal (Cuestiones procesales del Derecho privado valenciano)”, *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, 2002, núm. 13, p. 108.

⁶⁷ ORTELLS RAMOS, *Introducción*, p. 55, con carácter general sobre la justificación y la limitación de esta excepción a la regla general de unidad organizativa del Poder judicial. Con un profundo análisis de este componente respecto del Tribunal de las Aguas, FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de Valencia y su proceso (Oralidad, concentración, rapidez y economía)*, Caja de Ahorros de Valencia, Valencia, 1988, pp. 1-258.

este caso, el Poder Legislativo del Estado- sólo puede reconocer esa existencia,⁶⁸ pero no someter a una regulación legal la composición del tribunal y la potestad jurisdiccional que tiene atribuida, porque, de ese modo, el tribunal dejaría de tener la legitimidad constitucional de la que le dota el art. 125 CE.

Otro tribunal al que debe prestarse atención en este contexto es el Tribunal de Cuentas. El órgano así llamado, no por mor de su simple nombre, sino porque tiene constitucionalmente atribuido el enjuiciamiento contable (art. 136 CE; principalmente la referencia a “su propia jurisdicción” del apartado 2 de este artículo), es uno de los tribunales especiales previstos por la CE.⁶⁹

El EACV no hace ninguna mención a eventuales competencias de la Generalitat respecto de este tribunal especial. Es fácilmente comprensible la omisión de una referencia directa, porque la falta de competencia sería evidente por tratarse de un tribunal de ámbito estatal. Pero sí que merece ser destacado que el EACV tampoco haga ninguna mención en su art. 39 a posibles funciones jurisdiccionales de la Sindicatura de Comptes, lo que podría ser una vía indirecta para intentar asumir competencias en la organización del enjuiciamiento contable. En efecto, el art. 39 EACV sólo considera a la Sindicatura de Comptes como “órgano al que corresponde el control externo económico y presupuestario de la actividad financiera de la Generalitat, de los entes locales comprendidos en su territorio y del resto del sector público valenciano, así como de las cuentas que lo justifiquen”.

La Ley de Les Corts reguladora de la Sindicatura de Comptes es también respetuosa con el límite de no invadir la regulación de la potestad jurisdiccional del Tribunal de Cuentas, dado que el art. 4. 4 de la Ley de la Generalitat Valenciana, 6/1985, de 11 de mayo, de la Sindicatura de Comptes, sólo prevé que el Tribunal de Cuentas pueda delegar en la Sindicatura la instrucción de procedimientos jurisdiccionales por responsabilidad en el ámbito de la Comunitat Valenciana. En definitiva, la actuación de la Sindicatura de Comptes en la preparación del enjuiciamiento del Tribunal de Cuentas no está habilitada por la ley valenciana, sino por el art. 26.3 LO 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, y, además, depende de una decisión de este órgano jurisdiccional.

El precepto de la mencionada ley valenciana se halla, pues, libre de los reproches de inconstitucionalidad que se hicieron fundadamente a preceptos de otras leyes autonómicas que regulaban la colaboración con el Tribunal de Cuentas de los órganos autonómicos de control externo.

En primer término, la STC, Pleno, 187/1988, de 17 de octubre, declaró la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 6/1984, sobre la Sindicatura de Comptes: “[E]s, sobre todo, el art. 18 el que pone de relieve que la Ley 6/1984, del Parlamento de Cataluña pretende atribuir a la Sindicatura de Cuentas, bien la titularidad de una función jurisdiccional, o bien una participación en

⁶⁸ Obviamente, el TC tendrá la potestad de controlar, en un proceso de constitucionalidad, si el tribunal reconocido como tal, se ajusta a los condicionamientos constitucionales –a su interpretación por el supremo intérprete de la Constitución- para tal reconocimiento.

⁶⁹ ORTELLS RAMOS, *Introducción*, p. 54.

la que es propia del Tribunal de Cuentas, lo que, en cualquier caso, excede ya manifiestamente de los límites constitucionales o de los fijados por la Ley Orgánica 2/1982, así como de los estatutarios, a que antes se ha hecho referencia. Pues tal art. 18.1 dispone que «corresponderá a la Sección de Enjuiciamiento, en el marco de lo que establece el art. 2.2, la instrucción de los procedimientos jurisdiccionales y el enjuiciamiento de las responsabilidades contables de quienes tienen a su cargo caudales o efectos públicos, de acuerdo con las funciones propias de la Sindicatura de Cuentas». Con lo que dicho art. 18.1 pretende reconocer a la Sindicatura -sin que aparezca claro si como funciones «propias», o sólo delegadas, en su caso, por el Tribunal de Cuentas-, no sólo la competencia de «instrucción de los procedimientos jurisdiccionales», sino incluso el propio «enjuiciamiento de las responsabilidades contables de quienes tienen a su cargo caudales o efectos públicos», dando al art. 2.2 un alcance que impide su interpretación conforme a la Constitución» (FJ 5º).

Y la STC, Pleno, 18/1991, de 31 de enero, hizo lo propio con el art. 5. 1 de la Ley del Parlamento de Galicia 6/1985, de 12 de junio, del Consejo de Cuentas, que disponía que “si en el ejercicio de su función fiscalizadora, el Consejo de Cuentas advirtiera la existencia de indicios de responsabilidad contable, instruirá el oportuno procedimiento jurisdiccional y dará traslado de las correspondientes actuaciones al Tribunal de Cuentas para que éste efectúe el enjuiciamiento de las mismas”. Como indica el FJ 4º de la sentencia citada: “Existe, pues, una explícita remisión al Tribunal de Cuentas en cuanto al enjuiciamiento de la presunta responsabilidad contable, pero no se produce tal remisión respecto a la «instrucción del oportuno procedimiento jurisdiccional» que se configura como una fase previa a tal enjuiciamiento. Pues bien, a la luz de lo que más arriba se ha dicho, ha de considerarse que, efectivamente, el artículo impugnado viene a contradecir el diseño que la Ley Orgánica 2/1982 lleva a cabo de las funciones del Tribunal de Cuentas, por conferir al Consejo de Cuentas de la Comunidad Autónoma de Galicia competencias que deben inscribirse en la función de enjuiciamiento de responsabilidades contables que corresponde en exclusiva a ese Tribunal. Las actividades de «instrucción de procedimientos jurisdiccionales» aparecen estrechamente vinculadas al enjuiciamiento estricto por responsabilidades contables, lo que se deduce, tanto de las disposiciones al respecto de la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas, como de la posterior Ley 7/1988, de 5 de abril, de funcionamiento de ese Tribunal”.

IX. EL “CONSELL DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA” Y SUS FUNCIONES

El contenido de este apartado tiene como presupuesto el análisis que se desarrolló oportunamente en el apartado V. Remitimos, pues, en primer lugar, a ese apartado.

Que tratemos, de nuevo, ahora sobre el “Consell de Justicia de la Comunitat Valenciana” se justifica por que en este punto de la exposición ya tenemos una visión completa de las heterogéneas competencias de la Generalitat en materia de Justicia. Y son precisamente esas competencias las que, en mi opinión, delimitan las funciones que pueden ser atribuidas al “Consell de Justicia”.

En síntesis, la regulación que hace el art. 33. 3 EACV del “Consell de Justicia de la Comunitat Valenciana”, examinada teniendo presente la regulación de los Consejos de Justicia contenida en el Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley 6/1985, de 1 de Julio, del Poder Judicial, en materia de Justicia de Proximidad y Consejos de Justicia,⁷⁰ plantea un dilema para el que debe encontrarse la mejor respuesta, aunque ésta no sea plenamente satisfactoria.

El dilema consiste en si el “Consell” (le llamaremos ahora brevemente así) del art. 33.3 EACV es el “Consejo de Justicia” del mencionado proyecto de reforma de la LOPJ, o si, diferentemente, es un órgano de la Generalitat, con composición y funciones distintas a las de los “Consejos de Justicia”.

La primera opción, como ya hicimos notar en el apartado V, conduce a afirmar la inconstitucionalidad del art. 33.3 EACV, porque estaría habilitando al Poder legislativo autonómico para regular un órgano de gobierno autónomo del Poder Judicial, desconcentrado del CGPJ, en vez de limitarse –según autoriza la redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ- a atribuirle funciones sobre la materia de Justicia que correspondan a la competencia de la Comunidad Autónoma.

La segunda opción apuntada evita la inconstitucionalidad, aunque debe afrontar otros inconvenientes menos radicales:

1º) Evita la inconstitucionalidad porque se entiende que la creación del “Consell de Justicia” es una manifestación de la potestad de autoorganización de la Generalitat, mediante la que diseña un órgano propio, al que atribuye funciones relativas a materias también propias de la Generalitat, en el sentido de que están incluidas en la competencia que tiene válidamente asumidas en materia de Justicia.

2º) No obstante, los objetivos que puedan perseguirse con la opción organizativa que acaba de mencionarse se consiguen de manera notablemente antieconómica. En vez de aprovechar las posibilidades que, para alcanzar aquellos objetivos, abren los proyectados “Consejos de Justicia” –parte de cuyos miembros son elegidos por la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma (redacción proyectada del art. 148 *ter* LOPJ) y que pueden recibir funciones sobre materias de Justicia de competencia de la Comunidad Autónoma, si se las atribuye el propio Estatuto (redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ)-, se aboca a una cierta duplicación orgánica.⁷¹

3º) Además, la determinación de la composición del “Consell de Justicia” mediante Ley de Les Corts chocará con un importante obstáculo. Con arreglo a una conocida y recientemente recordada doctrina jurisprudencial del TC,⁷² las Comunidades Autónomas no tienen competencia para atribuir a los jueces y magistrados funciones no previstas por la LOPJ y otras leyes estatales, de modo que la ley de Les Corts no podrá prever válidamente la participación de jueces y magistrados

⁷⁰ Puede consultarse el texto en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Año LX, suplemento a núm. 2006, 1 de febrero de 2006.

⁷¹ Digo “cierta” porque siempre debe quedar claro que entre el “Consell de Justicia” y el “Consejo de Justicia” deberá haber diferencias de composición y de funciones.

⁷² STC, Pleno, 150/1998, de 2 de julio; STC, Pleno, 127/1999, de 1 de julio.

en ese órgano colegiado autonómico. La composición del mismo será, en consecuencia, inadecuada por falta de representación de un sector básico entre los profesionales que actúan en la Administración de Justicia.

El riesgo de inconstitucionalidad puede eludirse de la manera que he apuntado. Más difícil será evitar los inconvenientes ligados a la segunda opción.

El mejor modo de evitarlos sería dejar sin regulación legislativa al “Consell de Justicia”. A pesar de esto, la constitución, de acuerdo con la reforma de la LOPJ que hemos mencionado más arriba, del “Consejo de Justicia” en la Comunitat Valenciana, vendría a satisfacer una parte importante de los objetivos presuntamente perseguidos por la institución del “Consell de Justicia”,⁷³ sin caer en la duplicación orgánica más arriba apuntada.

No obstante, la posibilidad abierta por la redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.3º LOPJ es, hoy por hoy, inasequible a la Generalitat, porque el EACV no ha realizado la atribución de funciones al “Consejo de Justicia” y no puede ser válidamente sustituido a esos efectos por una ley de la Comunidad Autónoma. Consecuentemente, todas las funciones relativas a la materia de Administración de Justicia competencia de la Generalitat, serían ejercitadas por los órganos de ésta que las tuvieran atribuidas, según un régimen de organización que no incluiría ese nuevo órgano que es el “Consell de Justicia”.

No parece, sin embargo, que, por más que fuera conveniente, sea jurídicamente defendible dejar sin cumplimiento el mandato estatutario del art. 33.3 EACV. La solución jurídicamente correcta y, además, prácticamente satisfactoria, habrá que buscarla en la adecuación entre, de una parte, las funciones que, salvo reforma estatutaria, no podrán ser atribuidas al “Consejo”, sino sólo al “Consell”, y, de otra parte, la composición de este último que, además de respetar los condicionamientos constitucionales más arriba apuntados, sea la idónea, en número y calidad de miembros, para las funciones que la Ley de Corts decida atribuirle.

X. COMPETENCIAS SOBRE LEGISLACIÓN PROCESAL

El art. 49.1.3ª EACV arrastra la redacción del art. 31.3 del antiguo EACV y delimita la competencia de la Generalitat sobre la legislación procesal con algunas diferencias respecto del art. 149.1.6ª CE.

Una primera diferencia tiene justificación. Lo que para el art. 149.1.6ª CE es excepcional (“sin perjuicio”), porque la regla general atribuye al Estado la competencia para la legislación procesal, para el art. 49.1.3ª EACV es la única norma que establece, porque la función de este precepto es precisamente determinar la competencia atribuida a la Comunidad Autónoma.

⁷³ Téngase en cuenta que parte la composición del “Consejo de Justicia” (redacción proyectada del art. 148 *ter* LOPJ) y algunas de las funciones del mismo (redacción proyectada del art. 148 *quinquies*.1.1º, 2º y 7º en relación con la del art. 301 *bis*, todos de la LOPJ) tienen como finalidad introducir la perspectiva autonómica en determinados asuntos de gobierno del Poder Judicial.

Las otras dos diferencias carecen de justificación, y, en cualquier enjuiciamiento de constitucionalidad, no podrán, obviamente, prevalecer sobre el texto constitucional:

1ª) La delimitación de la competencia por implicación de “las especialidades de la organización de la Generalitat”. El art. 149.1.6ª CE no contiene ninguna referencia a esta delimitación. Su presencia en el art. 49.1.3ª EACV se explica (véase el art. 149.1.18ª CE) por la innecesaria mezcla que se ha hecho de la competencia sobre legislación procesal con la competencia sobre procedimiento administrativo. No obstante, aún podría ser que esta diferencia fuera inocua, por poderse entender que el Derecho de Organización de la Comunidad Autónoma es parte de su Derecho sustantivo. Es cierto que es una parte no incluida en ninguna de las ramas de este Derecho mencionadas en el art. 149.1.6ª CE, pero no lo es menos que, cuando este precepto constitucional acota la competencia de las Comunidades Autónomas sobre legislación procesal, tampoco se refiere solamente al proceso civil y al penal.

2ª) Nada inocua es, en cambio, la segunda diferencia, también explicable por la innecesaria mezcla de regulación antes mencionada.⁷⁴ Lo que el art. 149.1.6ª CE delimita restrictivamente como “necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, en el art. 49.1.3ª EACV pasa a ser, simplemente, “normas procesales [...] derivadas de las particularidades del Derecho sustantivo valenciano”.

La delimitación de la competencia de las Comunidades Autónomas sobre la legislación procesal mediante el criterio de la implicación de las normas procesales y su contenido por las peculiaridades del Derecho material propio de la Comunidad Autónoma, presenta una notable dificultad.

Por un lado, la superación –tanto legal, como en la ciencia jurídica- de la concepción del Derecho procesal como un complemento de cada rama del Derecho material, para entenderlo como ordenamiento de la potestad jurisdiccional y de la tutela de todo derecho e interés legítimo, podría conducir a eliminar, de raíz, la justificación de toda norma procesal autonómica. En efecto, todas las situaciones jurídicas amparadas por el Derecho material autonómico contarían con tutela judicial mediante las normas de las leyes del Estado. Este planteamiento convertiría la parte que consideramos del art. 149.1.6ª CE en una norma inútil, porque nunca estaría justificado establecer una norma procesal autonómica.

Por otro lado, siempre hay instrumentos procesales que pueden contribuir a que se alcancen con mayor efectividad los fines de política legislativa perseguidos por una determinada regulación jurídico-material. Si bastara con esta relación de adecuación o conveniencia, la norma que nos ocupa del art. 149.1.6ª CE sería también inútil, aunque, en este caso, por la razón contraria de que una norma procesal autonómica estaría justificada siempre que hubiera Derecho material autonómico, al que la norma procesal persiguiera dotar de una mejor tutela judicial.

⁷⁴ Véase la acertada llamada de atención sobre las diferencias entre las reglas 6ª y 18ª del art. 149.1 CE que hace JUAN SÁNCHEZ, *Las Comunidades Autónomas en el proceso civil*, pp. 51-52.

La cláusula restrictiva que emplea el art. 149.1.6ª (“necesarias especialidades que [...] se deriven de las particularidades”) sirve, precisamente, para superar estas interpretaciones que conducen a la inutilidad del precepto: presupone que la norma material autonómica puede justificar especialidades procesales, pero no autoriza que la Comunidad Autónoma pueda legislar siempre sobre las mismas, sino sólo si es necesario.

A continuación profundizaremos en la delimitación de esta competencia,⁷⁵ principalmente con el apoyo de la doctrina jurisprudencial del TC.

1. Supuestos en los que las particularidades del Derecho material autonómico pueden ser asumidas por la ley procesal estatal

Una norma procesal autonómica es innecesaria, y, por tanto, la Generalitat carecerá de competencia para dictarla, si las situaciones jurídicas configuradas por el Derecho material autonómico están contempladas –mejor: puede concluirse, mediante la interpretación, que están contempladas– por las leyes procesales del Estado al establecer los supuestos de hecho a los que se vinculan los efectos procesales, siempre que estos no signifiquen una negación o desconocimiento del contenido jurídico de aquellas situaciones.

En la mayor parte de los supuestos lo anterior se produce sin que la disposición procesal estatal mencione de manera expresa las situaciones jurídicas de Derecho autonómico.

Así, por ejemplo, si una ley administrativa autonómica determina de modo distinto a la estatal cuándo se entiende agotada la vía administrativa, no se requiere una ley distinta a la LJCA para determinar que, a partir de entonces, es admisible el recurso contencioso-administrativo.

Considerando otros posibles ejemplos de Derecho valenciano, las pretensiones procesales civiles que se interpongan al amparo de la Ley de la Generalitat Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, reguladora de los Arrendamientos Históricos Valencianos o de la Ley de la Generalitat Valenciana 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, se hallan sujetas a la LEC y serán tratadas en el proceso declarativo adecuado por la materia (arrendamientos rústicos: arts. 249.1.6º y 250.1.1º y 2º LEC) o por la cuantía, en su caso. Lo mismo puede decirse, por ejemplo, respecto de las pretensiones de retracto justificadas en el derecho de retracto que el art. 32 de la Ley de Patrimonio Cultural Valenciano atribuye a las Administraciones autonómica y local en determinados supuestos, pretensiones que habrán de ser interpuestas en el juicio ordinario (art. 249.1.7º LEC).

Ocurre lo mismo con los efectos procesales probatorios vinculados a la calidad de documentos públicos que corresponde, en virtud de la técnica remisoria con la que están concebidos los apartados 5º y 6º del art. 317 LEC, a los documentos producidos por las diferentes instituciones de la Generalitat.

⁷⁵ Para un estudio más detallado, debo remitir a JUAN SÁNCHEZ, *Las Comunidades Autónomas en el proceso civil*, pp. 13-113.

En cuanto a las limitaciones a la embargabilidad de bienes, el supuesto del art. 605.1º LEC es, también, una norma de remisión, que conferirá el efecto de inembargabilidad a los bienes y derechos que una ley autonómica haya declarado inalienables. En cambio, el supuesto de inembargabilidad del art. 605.1º LEC, aunque también utiliza la técnica de la remisión, requiere que una ley establezca la inembargabilidad. Si puede serlo una ley de la Comunidad Autónoma, ya es cuestión afectada por la regla de delimitación competencial del art. 149.1.6ª CE. Atendido el art. 48 EACV, no es objetable, desde ese punto de vista, la norma de embargabilidad limitada de bienes patrimoniales de la Generalitat establecida por el art. 13.4 del Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana.

En otros muchos supuestos las situaciones jurídicas de Derecho material autonómico son tomadas expresamente en consideración por las leyes procesales estatales.

De nuevo sólo a título de ejemplo, y dejando aparte las numerosas disposiciones de la LJCA que ilustran esta técnica, pueden citarse:

1º) El art. 551.3 LOPJ, que establece las reglas especiales sobre los efectos procesales –no sobre la organización de los correspondientes servicios- de la representación y defensa en juicio de las Comunidades Autónomas.

2º) La disp. adic. 4ª de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, por la que se regula el Régimen de la Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, completa, con la disposición antes citada, el régimen especial de la posición de las Comunidades Autónomas en el proceso, al determinar que les son de aplicación los artículos de esa ley que regulan la especial posición del Estado.

3º) La reclamación administrativa previa al proceso civil está prevista, también respecto de las Comunidades Autónomas, por el art. 403.3 LEC en relación con el art. 120 y concordantes de LAP.

4º) En relación con el proceso laboral, los arts. 22.1, 60.3, 69.1 y 227.4 LPL.

2. El criterio de la “necesaria especialidad” en la práctica legislativa de las Comunidades Autónomas y en la doctrina del TC

Es frecuente en la legislación procesal que, con mejor o peor justificación desde el punto de vista técnico y de política jurídica, determinadas regulaciones jurídico-materiales sean acompañadas por normas procesales especiales, porque el legislador entiende que, de ese modo, las situaciones jurídicas que ha amparado con la innovación del Derecho material gozarán de mejor tutela judicial.

Por otra parte, la legislación comparada y la ciencia jurídica procesal han diseñado progresivamente instrumentos procesales destinados a perfeccionar la tutela judicial de cualquier situación jurídica: modalidades de tutela declarativa diferentes a la tutela ordinaria de condena, modalidades de legitimación distintas a las que consisten en la titularidad de derechos subjetivos o de intereses legítimos,⁷⁶ normas

⁷⁶ Menciono la legitimación porque la doctrina jurisprudencial del TC se ha referido a la misma como una de las materias procesales que las Comunidades Autónomas han intentado regular.

que modifican el régimen general de la carga de la prueba, procesos sumarios o que – como ocurre con los de estructura monitoria- facilitan de otro modo la obtención de un título ejecutivo, regímenes avanzados de tutela cautelar y, para terminar una relación meramente ilustrativa, supuestos de acceso a títulos ejecutivos sin previo proceso de declaración.

Así como el legislador estatal no tiene, en cuanto al establecimiento de normas procesales –por tanto, en cuanto a la realización de los juicios de adecuación mencionados-, más límites que los generales de la Constitución, el art. 149.1.6ª CE somete la competencia legislativa procesal de las Comunidades Autónomas al límite especial de que las normas que se establezcan en ejercicio de la misma regulen necesarias especialidades derivadas de las particularidades del correspondiente Derecho sustantivo de esas Comunidades.

A) La orientación general de la doctrina jurisprudencial del TC

La doctrina jurisprudencial del TC ha sido, como regla general, estricta en la concepción de este límite constitucional.

De entrada, el TC ha entendido que no basta la simple conexión entre la norma procesal establecida por la Comunidad Autónoma con el Derecho material que la Comunidad haya constituido por tener competencia para ello:

1º) Así, la STC, Pleno, 121/1992, de 28 de septiembre, aunque previamente reconoce que la Comunitat Valenciana tiene competencia para legislar sobre una cierta clase de arrendamiento rústico, hasta el momento regido por la costumbre (FJ 3º), niega que de ello derive ninguna necesaria especialidad de ordenación procesal –en el caso, atribuir la competencia genérica para conocer de los litigios a los tribunales del orden jurisdiccional administrativo (FJ 4º).⁷⁷

2º) La STC, Pleno, 173/1998, de 23 de julio, niega que la competencia del País Vasco para legislar sobre asociaciones comporte, sin más, la de establecer un plazo de caducidad para el ejercicio de acciones de impugnación de acuerdos de los órganos de las mismas y la delimitación, respecto de litigios en materia de asociaciones, de las competencias genéricas de los órdenes jurisdiccionales civil y administrativo. (FJ 16º).⁷⁸

No obstante, la naturaleza procesal de la legitimación es más que dudosa; como máximo podría sostenerse que, en algunos supuestos, tiene naturaleza justicial-material en el sentido de Goldschmidt: véanse, DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 152-164; ORTELLS RAMOS, M., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 141-156.

⁷⁷ Aunque la STC invoca en su razonamiento la limitación de la competencia sobre legislación procesal del art. 149.1.6ª CE, el asunto encaja más bien en la competencia sobre Administración de Justicia en sentido estricto (art. 149.1.5ª CE), porque el precepto anulado de la ley autonómica intentaba incidir en la distribución de la competencia genérica entre órdenes jurisdiccionales.

⁷⁸ Nuevamente debe advertirse aquí que el segundo aspecto es más propio de la competencia de Administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE), por referirse a temas de competencia (judicial) genérica.

3º) La STC, Pleno, 243/2004, de 16 de diciembre, rechaza que la competencia de la Comunidad de Baleares en materia de protección de menores y su competencia para colaborar en la ejecución de las medidas impuestas por los jueces de menores, le otorguen competencia para regular una medida que afecta al régimen de la acción penal en el proceso de menores, excluyendo su ejercicio en algunos supuestos (FJ 5º y 6º).

4º) La STC, Pleno, 142/1988, de 12 de julio, estima que la competencia de la Comunidad de Aragón para regular la institución autonómica del Justicia no alcanza a permitirle la regulación del régimen de la comunicación del titular de esa institución con los detenidos, presos provisionales y personas condenadas a penas privativas de libertad (FJ 6º).

5º) La STC, Pleno, 159/1991, de 18 de julio, advierte que el título competencial de organizar las instituciones de autogobierno habilita, sin duda, al Principado de Asturias para regular el estatuto de los consejeros del Gobierno regional, pero sin que ello alcance a establecer respecto de los mismos un aforamiento para su enjuiciamiento penal, porque esto es competencia del Estado (FJ 4º).⁷⁹

6º) En fin, la STC, Pleno, 187/1988, de 17 de octubre, FJ 2º al 5º, y la STC, Pleno, 18/1991, de 31 de enero, FJ 1º, 2º y 4º, niegan que la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer órganos propios de control externo de la gestión económica y contable de la propia Comunidad Autónoma y de su sector público, confiera competencia a las mismas para regular el ejercicio de las potestades de esos órganos en el enjuiciamiento de responsabilidades contables.

Dando un paso más, el TC ha estimado que continúa siendo insuficiente que, a lo anterior, se añada la consideración de que la norma procesal establecida por la Comunidad Autónoma es muy idónea y adecuada para conseguir los fines de política jurídica perseguidos por la correspondiente legislación material. Así:

1º) Establecer un supuesto de legitimación por sustitución procesal a favor del Consejo Ejecutivo de la Generalitat de Cataluña para el ejercicio de acciones judiciales en defensa de los derechos que atribuye a los ciudadanos la ley de uso del idioma catalán, “puede considerarse más o menos adecuada desde la perspectiva de la política legislativa en función de la realidad lingüística, pero [...] no resulta ser una «necesaria especialidad» procesal que se derive de las particularidades del Derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma de Cataluña” (STC, Pleno, 83/1986, de 26 de junio, FJ 2º; en el mismo sentido, STC, Pleno, 123/1988, de 23 de junio, FJ 2º).

2º) Las normas de legitimación colectiva introducidas en la ley vasca que aprueba el Estatuto del Consumidor, “si bien se insertan en un cuadro deseable de la defensa o de la protección jurídica del consumidor -y en este punto podríamos recordar algunas soluciones en otros derechos y hasta algunas recomendaciones de organismos supranacionales-”, no pueden estimarse ya formuladas por el Derecho estatal vigente en el momento, sin que el Derecho sustantivo vasco en la materia tenga

⁷⁹ También debe advertirse aquí que el tema litigioso es más propio de la competencia de Administración de Justicia (art. 149.1.5ª CE), por tratarse de la regulación de la competencia (judicial) objetiva.

particularidades que impongan la innovación normativa y hagan competente a la Comunidad Autónoma para introducirla (STC, Pleno, 71/1982, de 30 de noviembre, FJ 20°).

3º) Crear un procedimiento innominado de jurisdicción voluntaria para suplir la autorización del protectorado de fundaciones constituidas en la Comunidad de Madrid –autorización necesaria para repudiar herencias y no aceptar donaciones a favor de la fundación-, “por mucho que responda a intereses jurídico-públicos, supone la articulación de un cauce procesal cuyo establecimiento es competencia exclusiva del Estado *ex art. 149.1.6 CE*” (STC, Pleno, 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 10°, c).

B) Un caso de constatación por el TC de la concurrencia del criterio

La doctrina jurisprudencial reseñada revela claramente la dificultad de hallar normas procesales autonómicas que se ajusten a la estricta concepción que mantiene el TC sobre la limitación constitucional de la legislación autonómica.

Hay que esperar a la STC, Pleno, 47/2004, de 25 de marzo, para encontrar pronunciamientos desestimatorios de la inconstitucionalidad, que el TC fundamenta en que la norma procesal autonómica respeta esa limitación.

De entrada, merece resaltarse que el TC, sin dejar de requerir que las especialidades procesales sean necesarias –según dispone el art. 149.1.6ª CE-, matiza que: “la necesidad a que ésta se refiere no puede ser entendida como absoluta, pues tal intelección del precepto constitucional dejaría vacía de contenido y aplicación la habilitación competencial que éste reconoce en favor de las Comunidades Autónomas” (STC 47/2004, FJ 5°).

Después del examen de las características peculiares del Derecho civil gallego y de la consideración del régimen común del recurso de casación, la STC 47/2004 concluye la constitucionalidad, principalmente, de dos disposiciones:

1ª) La que desvincula la recurribilidad en casación por infracción de normas de Derecho foral gallego de que el pleito haya tenido una determinada cuantía mínima. La justificación de esta especialidad radica en que el Derecho foral gallego regula instituciones vinculadas al ámbito rural, que sólo generan litigios de cuantía muy baja, que nunca podrían cumplir el requisito de acceso a la casación, de modo que ese ordenamiento quedaría privado de los efectos, vinculados a la casación, de formación de jurisprudencia y de uniformidad en la aplicación del Derecho (STC 47/2004, FJ 10° y 11°).

2ª) La disposición que permite la casación por error en la apreciación de la prueba, consistente en el desconocimiento por el juzgador de una costumbre que tenga la condición de notoria, condición, esta última, que la ley atribuye a costumbres reconocidas en ciertas formas. La justificación de la especialidad es, en este caso, el carácter marcadamente consuetudinario del Derecho civil gallego, que impone que la infracción de usos y costumbre tenga acceso a la casación (STC 47/2004, FJ 13° y 14°).

No es este el momento para la crítica de esta sentencia. Pero no puede omitirse advertir que las dos justificaciones invocadas por el TC son desacertadas en lo fundamental. La primera, porque el régimen común de la casación también ha tomado

en cuenta las dificultades de formación de jurisprudencia respecto de asuntos de baja cuantía y ha establecido una norma correspondiente de recurribilidad objetiva.⁸⁰ La justificación de la segunda norma tampoco resiste la crítica desde el momento en que el motivo de casación dejó de describirse como infracción de ley, para serlo como infracción del ordenamiento o de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del pleito, porque estas expresiones comprenden, sin duda, la infracción de normas consuetudinarias.⁸¹

Sí que es evidente, sin embargo, que las normas procesales autonómicas, que el TC ha estimado constitucionales, allanan el acceso a la casación, marginando ciertas dificultades interpretativas que han hecho fortuna en la aplicación de las normas de la casación común.

¿Significa nuestra crítica a la STC 47/2004 que, en buena técnica, resulta imposible hallar normas procesales autonómicas que respeten una concepción razonablemente rigurosa de la limitación del art. 149.1.6ª CE?

Estimo que no. Precisamente en el siguiente apartado consideraremos un caso paradigmático que nos ofrece el Derecho valenciano.

C) Algunos casos de Derecho valenciano

En el apartado 2, A inmediatamente anterior hicimos referencia a la declaración de inconstitucionalidad de diversas disposiciones la Ley de la Generalitat Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, de Regulación de los Arrendamientos Históricos Valencianos.⁸²

En la cuestión de inconstitucionalidad que planteó la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana respecto del art. 17.3 de la Ley de la Generalidad Valenciana 4/1984, de 13 de junio, de Hacienda Pública de la Generalidad, y del artículo del mismo número del Texto Refundido de esa Ley, aprobado por Decreto Legislativo de la Generalidad Valenciana de 26 de junio de 1991, regulador del devengo y del tipo de los intereses procesales debidos por la Generalitat, la STC, Pleno, 81/2003, de 30 de abril, resolvió la primera cuestión con un pronunciamiento interpretativo, y la segunda con una declaración de inconstitucionalidad. Sólo quiero destacar, ahora, que, si bien esta última se fundó en la infracción del art. 149.1.18º CE y en la del principio de igualdad del art. 14 CE, el voto particular del magistrado Rodríguez-Zapata, en respuesta al expreso planteamiento del órgano jurisdiccional proponente, añadió a las causas de estimación la naturaleza procesal de la regulación, sin que la especialidad se hallara justificada por peculiaridades del Derecho sustantivo autonómico.

⁸⁰ ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, pp. 539-541. Especialmente en cuanto a la casación por infracción de normas autonómicas, ORTELLS RAMOS, “Sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia procesal”, pp. 127-130.

⁸¹ SERRA DOMÍNGUEZ, M., en CORTÉS DOMÍNGUEZ (Coordinador), *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 859-860.

⁸² Un examen más detallado en ORTELLS RAMOS, “Sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia procesal”, pp. 109-123.

Pero, además de los casos que han devenido litigiosos, el Derecho valenciano ofrece otros que es ilustrativo considerar y cuyo examen conduce a conclusiones muy diferentes.

La Ley de la Generalitat Valenciana 8/1998, de 9 de diciembre, de Fundaciones, incluye algunas normas procesales que, cotejadas con las hoy ya derogadas e integradas en la Ley 30/1994, de 24 noviembre, de Fundaciones e incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, el único reproche que merecen es el de repetir los contenidos de las normas procesales estatales (STC, Pleno, 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9º). Pero no se repiten todas las disposiciones, y, lo que es más importante, no hay divergencias en los contenidos.⁸³ La misma apreciación debe hacerse si se compara la mencionada Ley valenciana con la nueva ordenación estatal en la materia, aprobada por la Ley 50/2002, de 26 diciembre, de Fundaciones.

La Ley de la Generalitat Valenciana 8/2003, de 24 de marzo, de Cooperativas, en una parte de sus disposiciones de contenido procesal aplica las mismas técnicas utilizadas en la Ley valenciana de Fundaciones.⁸⁴

Pero otra parte de sus disposiciones de contenido procesal son claramente innovadoras en comparación con la estatal Ley 27/1999, de 16 julio, reguladora de las Cooperativas.

De esas disposiciones normativamente innovadoras, una de ellas –como anuncié al final del apartado inmediatamente anterior- me parece paradigmática de una especialidad procesal necesariamente derivada de una peculiaridad del Derecho valenciano de cooperativas. Como la anterior ley valenciana en la materia, la nueva no prevé, entre los órganos de las cooperativas, a los interventores, sino que atribuye las funciones de estos a una comisión de control de la gestión (art. 54 Ley de la Generalitat Valenciana 8/2003). Para la Ley valenciana son especialidades procesales necesarias la de atribuir a la comisión de control de la gestión (arts. 40.4, 5 y 7, 46.6 Ley de la Generalitat Valenciana 8/2003) la legitimación que la ley estatal atribuye a los interventores para impugnar acuerdos de la Asamblea General, del Consejo Rector de la Ley, así como asignar a las peticiones de suspensión de acuerdos formuladas por la mencionada comisión el mismo tratamiento que tienen las de los interventores.

Por el contrario, otras dos disposiciones me parecen inconstitucionales:

1ª) El art. 52.3 de la Ley de la Generalitat Valenciana 8/2003, en cuanto autoriza que los estatutos de las cooperativas establezcan que la reclamación ante el comité de recursos será requisito inexcusable para interponer demanda de impugnación judicial contra cualquier acuerdo del consejo rector y de la asamblea general. Esta es una norma procesal de las previstas en los arts. 403.3 y 439.5 LEC, cuyo incumplimiento debería tener como efecto la inadmisión de la demanda.

⁸³ Un examen más detallado en ORTELLS RAMOS, “Sobre la competencia de la Generalitat Valenciana en materia procesal”, pp. 123-124.

⁸⁴ Principalmente en los arts. 40 y 46.6, reguladores de la impugnación de acuerdos sociales, aunque con la especialidad a la que luego me referiré.

No es difícil comprender la justificación de tal disposición –agotamiento de los medios no judiciales de solución de litigios-, pero, en todo caso, esta justificación tiene una validez general y no específicamente vinculada a las características del Derecho valenciano de cooperativas.

2ª) El art. 123.1 de la Ley de la Generalitat Valenciana 8/2003 atribuye al Consejo Valenciano del Cooperativismo una competencia de conciliación previa, de carácter voluntario, en la resolución de los conflictos que se planteen entre entidades cooperativas o entre éstas y sus socios o miembros. Hasta aquí ningún problema. El problema surge, en cambio, cuando el precepto dispone que la regulación de esta conciliación: “que será la prevista en el reglamento del Consejo, incluirá el reconocimiento de que las certificaciones de avenencia son título suficiente para obtener la ejecución de lo acordado”.

En definitiva, la disposición crea, o autoriza para crear, un título ejecutivo. Me limitaré a decir que es seguro que la potenciación de la solución de litigios mediante autocomposición y con la intervención de un órgano especializado -a la que, sin duda, contribuye una norma como la comentada-, es muy adecuada a los principios del cooperativismo, pero, en cualquier caso, esa adecuación no sólo se da en el ámbito del cooperativismo regulado por la ley valenciana, sino que se extiende al cooperativismo en general.

**LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y LOS RECURSOS: MARCO CONSTITUCIONAL Y
CRITERIOS POLÍTICO Y TÉCNICO-JURÍDICOS PARA SU CONFIGURACIÓN***

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto: 1) La distinción entre medios de impugnación procesales, recursos y medios para declarar la ilicitud de las resoluciones judiciales. 2) El análisis de los fundamentos de las dos primeras instituciones. 3) La consideración de los principales criterios para su ordenación, distinguiendo los de naturaleza constitucional, los de carácter político-jurídico y los criterios de técnica jurídica.

**CHALLENGE, REVIEW AND APPEAL PROCEDURES: A CONSTITUTIONAL
FRAMEWORK AND SOME POLITICAL AND DRAFTING CRITERIA**

ABSTRACT

This paper aims to 1) establish the distinction between challenge procedures, appeals and review procedures to try the lawfulness or unlawfulness of court decisions; 2) analyze the basis for the first two institutions; 3) consider the main criteria used for their management, taking separately constitutional principles from legal political reasons and drafting standards.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto de este trabajo no es un estudio, más o menos completo – inevitablemente ocurriría lo segundo-, sobre los medios de impugnación, o, más específicamente, sobre los recursos, en nuestro ordenamiento. Pretende ser una reflexión sobre algunos aspectos fundamentales de estas instituciones procesales.

En el (demasiado largo) título del trabajo he intentado reflejar sus principales objetivos: contribuir a la claridad conceptual en esta materia, analizar los fundamentos de las instituciones consideradas y los principales criterios para su ordenación, distinguiendo los que pertenecen al marco constitucional, que el legislador ordinario debe respetar, y los que no vienen normativamente impuestos, sino que corresponden a consideraciones de política jurídica o una teoría del Derecho coherentemente construida.

* Publicado en *Revista de Derecho Procesal dirigida a Iberoamérica*, año 2008, Madrid, pp. 407-464.

Este trabajo ha sido elaborado en el proyecto de investigación SEJ-2005-08384-C02-01/JUR, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España y dirigido por el Prof. Ortells Ramos.

II. MEDIOS DE IMPUGNACIÓN, RECURSOS Y MEDIOS PARA LA DECLARACIÓN DE ILICITUD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Todo concepto de medio de impugnación o de recursos tiene como referencia el posible error judicial y la función de corregirlo.

Por otra parte, el error judicial y sus consecuencias son la base de una institución procesal específica, con importante aplicación en nuestro Derecho positivo, principalmente a partir de la CE (art. 121).

¿Hay que extender nuestro examen a esta institución? La respuesta debe ser positiva, pero con un objetivo limitado y precisamente clarificador de la diferencia que hay entre la misma y los medios de impugnación, y, en especial, de los recursos.

1. Medios de impugnación: concepto y clases

A) Concepto

a) Aproximación y exclusiones

Los medios de impugnación son una posibilidad procesal de parte –propia del estatuto de ese sujeto procesal- destinada a atacar una resolución judicial con la consecuencia, si se consideran fundados, de impedir que se consoliden los efectos jurídicos de aquélla o de eliminarlos.

Con esta definición queda fuera del concepto de medio de impugnación la posibilidad procesal de oponerse a que un acto procesal de la contraparte produzca los efectos que persigue. Aunque en algún caso la ley asigna a esta actuación el nombre de impugnación, la terminología no contribuye a la claridad, porque aún no se ha dictado una resolución o realizado una actuación del juez que produzca los efectos jurídicos que el acto de la contraparte pretende conseguir. No obstante, en ocasiones la ley habla de impugnación en ese sentido impropio; por ejemplo: arts. 846 bis b, párrafo tercero, 867 bis LECrim; arts. 195, 196, 212, 224 LPL; arts. 15 bis.2 LEC.¹ En la terminología jurídica es frecuente la polisemia, aunque sus efectos sólo son graves si, por inducir a confusión en la comprensión de los conceptos, conduce a consecuencias incorrectas en la aplicación de las normas. En esta materia puede ocurrir, e incluso ya ha ocurrido.²

¹ Por el contrario, la utilización del término en el art. 461.2 LEC, y en los arts. 463 y 465.4 de la misma, coincide con la que consideramos correcta, porque el término se distingue en los propios preceptos del de oposición al recurso de la parte contraria.

² Así, por ejemplo, la Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 398/2001 (Sección 5ª), de 13 junio, ha tenido que explicar -frente a la opinión del Juzgado que “entendió que el término “impugnación” al que se refiere ese apartado [el 4 del art. 464 LEC] debe interpretarse en un sentido amplio, comprensivo tanto del de impugnación en sentido estricto (el equivalente al recurso por adhesión de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1881), como al de oposición del apelado al recurso”- que “el término impugnación en el artículo 461-4 no admite otra inteligencia que la que resulta de su concepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil 2000, esto es el nuevo recurso por quien inicialmente se aquietó a la sentencia”. Sólo en este caso, y no en el de oposición, el traslado al apelante inicial abre plazo para nuevas alegaciones de éste.

Queda también fuera del concepto de medio de impugnación el control judicial de la eficacia del acto de parte presentado ante el tribunal. En algunos supuestos este control puede hacerse de oficio; en otros, no. En los primeros ni siquiera hay acto de la contraparte que haga valer eventuales defectos del acto presentado; en los segundos, sí, pero, como acabamos de ver, no hay propiamente impugnación, porque falta resolución judicial productora de los efectos pretendidos por el acto de parte.

También queda fuera del concepto de medio de impugnación el control judicial de oficio de resoluciones judiciales previas, con la posible consecuencia de privarlas de sus efectos. Pueden citarse como ejemplos las resoluciones de inadmisión de recursos dictadas por el tribunal *ad quem*, que rectifiquen, sin acto de parte que lo solicite, las resoluciones de dar trámite al recurso dictadas por el tribunal *a quo*;³ la declaración de nulidad de actos judiciales afectados por intimidación o violencia (art. 239 LOPJ); con los necesarios matices –porque el control no recae sobre una resolución judicial- la revisión de oficio, en algunos supuestos, de las diligencias de ordenación del secretario (art. 224.1 LEC).

b) Nulidad, anulación y modificación del contenido de las resoluciones judiciales

Impedir la consolidación de los efectos de la resolución impugnada o eliminarlos se sustancia, en términos más técnicos, en:

1º) Una declaración de nulidad o una anulación de los mencionados efectos, de manera que el objeto⁴ que hubiera sido resuelto queda sin resolver y pendiente de ser nuevamente decidido.

2º) Una modificación del contenido de la resolución impugnada, cambiando el sentido de sus pronunciamientos y/o los fundamentos de los mismos.

Estas diferentes modalidades de los “resultados” o “consecuencias” de los medios de impugnación dependen, de entrada, de fundamentos de la impugnación también distintos. La primera tiene como causa la infracción de normas procesales que, de acuerdo con la ley, determina nulidad o anulabilidad de los actos procesales (arts. 238 al 240, 242 y 243 LOPJ, principalmente), mientras que la segunda se funda en la infracción de normas de Derecho material, incluido el error en la comprobación de los hechos necesarios para la aplicación de las mismas.

No obstante, esta primera –e intuitiva- afirmación, ha de ser matizada:

1º) Hay normas procesales que no rigen la validez de los actos del proceso, sino el contenido y sentido que deben tener determinadas resoluciones. Es el caso de las que rigen los presupuestos de las medidas cautelares y de los efectos jurídicos que pueden ser concedidos en tal calidad (arts. 726, 727 y 728 LEC, principalmente), de

³ Entre otros, y sin examinar ahora la jurisprudencia que entiende que el tribunal *ad quem* tiene esta potestad de inadmisión aun sin expresa disposición que se la atribuya, pueden citarse los arts. 92 LJCA, 198, 211 y 223 LPL y 483 LEC.

⁴ Se utiliza aquí la expresión en sentido amplio; por lo tanto, puede ser propiamente el objeto del proceso, si la resolución decidía sobre él, o puede ser un tema de naturaleza procesal o de dirección del proceso si sobre el mismo decidía la resolución.

las que establecen cuáles son los títulos ejecutivos y, por lo tanto, permiten obtener la actividad ejecutiva prevista por la ley para los mismos (arts. 517 LLEC, entre otros) y de las que establecen los supuestos de condena en costas (arts. 394 al 398 LEC). También tienen esta naturaleza algunas normas que, sin determinar completamente aquel contenido, lo determinan en parte: por ejemplo, las que disponen cómo debe ser resuelto un punto de hecho que ha sido probado por un medio probatorio que tenga atribuido, en algún supuesto, valor legal (arts. 319.1, 326.1 LEC), las que regulan la carga de la prueba, en cuanto rigen el sentido de la resolución sobre el objeto del proceso en caso de falta de prueba sobre puntos de hecho relevantes para el sentido de la resolución (art. 217 LEC). Por el contrario, me parece menos importante la advertencia –que podría ser un reproche de imprecisión respecto de la distinción de causas de impugnación de la que hemos partido- de que si la resolución impugnada tiene por objeto una cuestión de dirección del proceso, la declaración de nulidad o la anulación pueden ir acompañadas de una nueva resolución de contenido diferente sobre aquella cuestión, lo que desdibujaría la diferencia que hemos apuntado.

Conclusión de esta primera matización es la de que debe afinarse la diferencia entre las dos modalidades de consecuencias de la impugnación: la nulidad o la anulación serán consecuencia de la infracción de normas procesales cuando éstas tengan la función de regular la admisibilidad y validez de los actos y la secuencia procedimental, en cuanto implicada por esas valoraciones, pero no si rigen, en todo o en parte, el contenido de las resoluciones.

2º) Respecto de algunos medios de impugnación que se destinan a producir la eliminación de los efectos de la resolución impugnada –no la modificación de su contenido- no es correcto sostener que tienen como presupuesto la nulidad o la anulabilidad, porque ninguno de los supuestos legales de las mismas han concurrido en la actividad procesal realizada, que es plenamente válida. Es el caso del juicio de revisión (arts. 510 y 516 LEC, principalmente) y de la rescisión de sentencias firmes en algunos supuestos de rebeldía (arts. 501 a 503 y 505 LEC, principalmente), en los que las causas en que puede fundarse la impugnación demuestran que ni la sentencia es nula o anulable, ni errónea en atención al concreto contenido de las actuaciones realizadas en el proceso. No obstante, la eliminación de efectos que el ordenamiento autoriza demuestra que, como también ocurre en Derecho privado,⁵ el legislador puede establecer la posibilidad de eliminar efectos jurídicos producidos válidamente si concurren causas que se consideran determinantes de injusticia de la resolución. Se trata de una modalidad de falta de eficacia jurídica diferente a la nulidad y a la anulabilidad, que recibe frecuentemente el nombre de rescisión.

3º) En algunos medios de impugnación –o en el régimen histórico de los mismos, o en el régimen que tienen en algunos ordenamientos extranjeros creadores del modelo- la declaración de nulidad o la anulación, a la que conduce la estimación de la impugnación, no tiene por causa, de manera evidente, la infracción de una norma procesal, sino la de una norma de Derecho material cuya aplicación tiene atribuida el

⁵ Respecto de la categoría de la rescisión, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 1996, pp. 507-515; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1971, pp. 517-531.

orden jurisdiccional correspondiente. Pienso en la estimación de una casación de fondo en los ordenamientos en los que rige el sistema de reenvío,⁶ e incluso en el régimen de la casación civil en nuestro Derecho, hasta la reforma de la LEC 1984, que imponía separar la sentencia de casación, que anulaba la de instancia, incluso por infracción de Derecho material, y la segunda sentencia, sobre el objeto del proceso, que debía ser dictada después la misma Sala del Tribunal Supremo.⁷

Este tratamiento quiebra, en alguna medida, la que parece ser lógica consecuencia de la infracción por la resolución impugnada de las reglas que rigen el fondo de la decisión. Su justificación radica en razones⁸ que inducen al legislador a mantener claramente diferenciados el órgano jurisdiccional competente para resolver la impugnación y el órgano competente para resolver sobre el objeto del proceso.⁹ No obstante, es muy probable que este designio de separación no sea fácilmente realizable y que no se pueda evitar que surjan problemas en la aplicación de la delimitación de las competencias de los órganos jurisdiccionales implicados.¹⁰

Particularmente, en nuestro ordenamiento esta clase de problemas se plantean, con cierta frecuencia e intensidad, entre el Tribunal Constitucional, por la extensión de sus potestades en caso de estimación del amparo por violación de derechos fundamentales, tanto “materiales”, como “procesales”, y los tribunales ordinarios –en especial, el Tribunal Supremo–, que han dictado las necesarias resoluciones previas, en las que el derecho fundamental ha sido lesionado directamente o indirectamente –por falta de la debida protección–, y que tal vez deben ejercer de nuevo sus potestades,

⁶ Véase, por ejemplo, CADIET, L., JEULAND, E., *Droit judiciaire privée*, Ed. Lexis Nexis, Paris, 2006, pp. 547-548; CARPI, F., TARUFFO, M. (coordinadores), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 2002, pp. 1141-1142.

⁷ La casación sin reenvío ya fue establecida por el art. 1060 LEC/1855, se conservó en las leyes de 1870, de 1878 y llegó a la LEC/1881, sin otras variaciones que las relativas al modo en el que el TS había de adquirir el conocimiento necesario del asunto para sentenciar, en su caso, como tribunal de instancia.

⁸ Las razones de esta opción pueden ser la diferente calidad de los tribunales competentes para conocer de la impugnación y del objeto del proceso, los distintos procedimientos de debate que requieren la impugnación y el objeto de fondo del proceso, las peculiaridades de los razonamientos judiciales para la decisión sobre la primera y sobre el segundo.

⁹ La justificación es distinta en los supuestos de casación sin reenvío, pero con separación de sentencias (sobre la casación y sobre el objeto del proceso) que debe dictar el mismo órgano jurisdiccional. Aquí se trata de distinguir ambos enjuiciamientos y, tal vez, de rodear la segunda sentencia de las garantías necesarias. En este sentido las soluciones en Derecho español fueron diversas desde la LEC de 1855 a la de 1881: con o sin una vista específica para formulación de alegaciones respecto del proceso cuya sentencia había sido casada; con remisión preceptiva general de los autos del proceso o sólo discrecional, si el TS lo estimaba absolutamente necesario.

¹⁰ Así, sobre las cuestiones que pueden plantearse en cuanto a la existencia o no de vinculación a la sentencia del tribunal de la casación para el órgano jurisdiccional del reenvío, o en cuanto a la medida de esa vinculación, puede verse CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privée*, cit., pp. 641-644; CARPI, TARUFFO (coord.), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, cit., pp. 1143-1145.

después de la concesión del amparo, para resolver sobre cuestiones no incluidas en el contenido esencial del derecho fundamental tutelado en amparo.¹¹

B) Clases

Las características que hemos apuntado al tratar del concepto de los medios de impugnación aparecen en diversos instrumentos jurídicos regulados por las leyes procesales, pero entre los mismos existen unas similitudes y unas diferencias que permiten distinguir tres grandes clases.

a) Medios de impugnación consistentes en un nuevo proceso

El medio de impugnación es un proceso diferenciado de aquél en el que ha sido dictada la resolución que se impugna y se dirige a obtener una resolución que, según los supuestos, declare la nulidad o anule aquélla o modifique su contenido por otro favorable a la parte que ha instado el nuevo proceso.

Su característica distintiva no consiste solamente en que el proceso en el que se ha dictado la resolución impugnada haya producido cosa juzgada, sino también que aquél proceso haya concluido por resolución firme, de manera que, dentro del mismo, ya no existen medios legales para obtener la declaración de nulidad, la anulación o la modificación del contenido de la resolución (art. 217 LEC).¹²

Si para que el medio de impugnación de esta clase sea admisible ha de haberse producido cosa juzgada material (art.222 LEC),¹³ o basta que la resolución sea firme, es algo que pertenece al régimen jurídico propio de cada medio de impugnación de esta primera clase.

En la misma se incluyen los siguientes supuestos:

1º) La rescisión de sentencias dictadas en algunos supuestos de rebeldía, que requiere, por ley (art. 503 LEC), que se haya producido cosa juzgada en el proceso correspondiente (arts. 501 al 507 LEC).¹⁴

¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., “Tribunal Constitucional y jurisdicción ordinaria: causas, ámbitos y alivios de una tensión”, en *Tribunal Constitucional, Jurisdicción ordinaria y derechos fundamentales*, Mac Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 15-23, 45-46, 52-53; LÓPEZ GUERRA, L., “Jurisdicción ordinaria y jurisdicción constitucional”, en RUIZ-RICO RUIZ, G. (ed.), *La aplicación jurisdiccional de la Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 52-54; GÓMEZ AMIGO, L., *La sentencia estimatoria del recurso de amparo*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, pp. 170-176, 184-194; ORTELLS RAMOS, M., “El Tribunal Supremo español. Un tribunal en busca de identidad”, *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje del Profesor Almagro Nosete*, (Gimeno Sendra, coord.), Iustel, Madrid, 2007, pp. 48-50.

¹² Se trata de la firmeza o también llamada cosa juzgada formal, cuyo significado es la inmutabilidad de una resolución dentro del proceso en el que ha sido dictada, ORTELLS RAMOS, M., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 561-564.

¹³ Es decir, de la inmutabilidad de lo resuelto instando otra resolución en un proceso diferenciado, ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 564-574.

¹⁴ Sobre el llamado recurso de anulación del art. 793 LECrim, véase el apartado c inmediatamente siguiente.

2º) El juicio de revisión (arts. 519 al 516 LEC), que la doctrina jurisprudencial no considera admisible si el correspondiente proceso no ha producido cosa juzgada.¹⁵

3º) Impugnación posterior a resolución firme, fundada en determinadas violaciones de derechos fundamentales, actualmente regulada por los arts. 241 LOPJ y 228 LEC, que ha experimentado cambios notables desde su introducción en nuestro ordenamiento.

4º) Proceso plenario posterior a proceso sumario, mediante el que se pretende alterar el estado o situación producido por la sentencia firme del último. En el concepto de sumario se incluyen no sólo los procesos autónomos que, de acuerdo con la ley, no producen efectos de cosa juzgada (art. 447.2, 3 y 4 LEC), sino también ciertas actuaciones, no necesariamente vinculadas a procesos sumarios, en las que se decide sobre determinadas tutelas judiciales, sin perjuicio de lo que pueda resolverse en un proceso declarativo posterior (por ejemplo: denegación del despacho de ejecución –art. 552.3 LEC-, resolución de la tercería de dominio –art. 603, párrafo primero LEC-, resolución sobre el desalojo de determinados ocupantes del inmueble adjudicado en vía de apremio –art. 675.4 LEC- o que deba ser entregado al ejecutante en una ejecución no de condena a entregar cosa inmueble –art. 704.2 LEC).

5º) El amparo constitucional que, ciertamente, no puede ser considerado, al menos principalmente, como un medio de impugnación de los procesos ante los tribunales ordinarios, sino como un medio para la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, su régimen jurídico afecta decisivamente a los efectos producidos por los procesos ante los tribunales ordinarios. Por un lado, presupone el agotamiento de los medios de impugnación que fueran admisibles ante la jurisdicción ordinaria (art. 44.1 a) LOTC), de modo que, según la resolución judicial que se estime causante de la lesión del derecho fundamental, puede abrir posibilidades de resolución posteriores a la firmeza e, incluso, a la cosa juzgada. Por otro lado, la estimación del amparo comporta el reconocimiento del derecho fundamental, el restablecimiento del recurrente en el disfrute del mismo, y la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de ese derecho, con determinación de la extensión de sus efectos (art. 55.1 LOTC), con lo que resulta evidente que el amparo puede producir la eliminación de los efectos de una resolución dictada en proceso ante los tribunales ordinarios que es firme e, incluso, generó cosa juzgada.

6º) La acción de anulación del laudo arbitral (arts. 40 a 42 Ley de Arbitraje).

b) Medios de impugnación consistentes en incidentes de oposición

De entrada presentan una característica común a todas las modalidades que consideramos en este apartado B. Ha sido dictada una resolución y ha producido, en principio, unos efectos jurídicos cuya consolidación se quiere contrarrestar con la solicitud que inicia estos incidentes. En este aspecto, los incidentes que deben incluirse

¹⁵ SIGÜENZA LÓPEZ. J., *La revisión de sentencias firmes en el proceso civil*, Editorial Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 100-101.

en este grupo son distintos a aquéllos que, precisamente, se desarrollan de modo previo a la emisión de determinadas resoluciones.¹⁶

La característica distintiva con los medios de impugnación de la primera modalidad (anterior apartado a) consiste en que el proceso en el que se plantean los de esta segunda modalidad sigue pendiente, no ha terminado por resolución firme.

Las características diferenciales con la tercera modalidad, que veremos inmediatamente a continuación, son diversas y no todas ellas concurren en todos los supuestos. En todo caso sí que debe apuntarse que no es una de ellas la de que la competencia para resolver corresponde al mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución impugnada, porque esto también ocurre en el recurso de reposición.

En cambio, sí que es peculiar de estos medios de impugnación que sirven para compensar unas posibilidades de contradicción inexistentes, incluso prohibidas, antes de ser dictada la resolución impugnada, que permiten una instrucción más completa de la impugnación –alegaciones, actos de acreditamiento o de prueba- que la que está prevista en recursos del tipo de la reposición, y, en fin, que posibilitan que, contra la resolución que se dicte tras el incidente, aun puedan ser interpuestos los recursos que la ley prevea.¹⁷

Dentro de esta modalidad de medios de impugnación podemos incluir, entre otros, a los siguientes:

- 1º) Oposición a las diligencias preliminares acordadas (art. 260 LEC).
- 2º) Oposición a la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia (arts. 528-530 LEC) y de la de segunda instancia (art. 535.2 LEC).
- 3º) Oposición a la ejecución (arts. 556-561 LEC).
- 4º) Tercería de dominio (arts. 595-604 LEC).
- 5º) Tercería de mejor derecho, en cuanto destinada a contrarrestar el efecto del embargo establecido en el art. 613.2, aunque no en cuanto al proceso para dotar al crédito pretendidamente preferente de eficacia ejecutiva (art. 614-620 LEC).
- 6º) Oposición a medidas cautelares adoptadas sin previa audiencia (art. 739-741 LEC)
- 7º) Declinatoria (arts. 63-65 LEC)
- 8º) Incidente de impugnación de cuantía y de procedimiento seguido (art. 255.2 y 3 LEC).

¹⁶ Por ejemplo, los incidentes sobre acumulación de autos (arts. 81-93), de recusación de jueces y magistrados (arts. 223-228 LOPJ, 197-113 LEC), cuestiones incidentales de régimen general (arts. 387-393 LEC), incidente previo sobre la titularidad de los bienes a los efectos de su embargo (art. 593.2 LEC), incidente previo a la adopción de medidas cautelares (arts. 732, 733.1, 734 y 735 LEC).

¹⁷ No es muy adecuado que, entre los mismos, se halle el recurso de reposición. No tiene, en efecto, mucho sentido un doble debate y una doble resolución, específicamente referidos a la misma cuestión, y ante y por el mismo órgano jurisdiccional. No obstante, la ley no siempre tiene en cuenta esta consideración; véanse, por ejemplo, arts. 66.2 y 287.2 LEC.

9º) Incidente sobre ilicitud de prueba admitida, en cuanto contrarresta el efecto de la admisión y deber de práctica (art. 287 LEC).

c) Recursos en sentido estricto

Esta modalidad de medios de impugnación se caracteriza por que están dirigidos a producir un nuevo examen de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes y que fueron dictadas tras las ordinarias posibilidades de audiencia previa de las partes. Sus características son, pues, la falta de firmeza de la resolución que se dirigen a atacar (art. 207 LEC) y que su previsión legal no se funda en que las partes hayan carecido de previas posibilidades de audiencia, sino en que es conveniente que una cuestión sea examinada y resuelta más de una vez.

Están incluidos en esta clase, en el proceso civil, los recursos de reposición, de apelación, extraordinario por infracción procesal, casación y queja. En el proceso laboral, los recursos de reposición y de súplica, de suplicación, de casación, de casación para unificación de doctrina y de queja. En el proceso contencioso-administrativo, los recursos de reposición y de súplica, de apelación, de casación y de casación para unificación de doctrina, y de queja. En el proceso penal, los recursos de reforma y de súplica, de apelación,¹⁸ de casación y de queja. No es necesario advertir que la identidad de terminología no siempre corresponde a la identidad de régimen jurídico de los recursos correspondientes, pero es cierto que todos ellos responden a las características apuntadas al principio del apartado.

2. El proceso de declaración de error judicial y otros procesos en los que se declara la ilicitud de las resoluciones judiciales

Como anticipé, el fundamento de los medios de impugnación se relaciona con la posibilidad de errores judiciales, que tendrían la finalidad de corregir. Así, en nuestra doctrina procesal se habla, sin mayores preocupaciones de exactitud terminológica –tal vez por entender que son sinónimos o que expresan ideas muy próximas– de la finalidad de evitar errores, vicios, defectos, equivocaciones, desaciertos, incorrecciones, de diversa índole –de Derecho y, en este caso, procesal o material, y de hecho, en cuanto a las constataciones de hecho imprescindibles para la correcta aplicación de una norma en concreto-,¹⁹ en los que el titular o titulares del

¹⁸ Más dudosa es la naturaleza del llamado recurso de anulación del art. 793 LECrim, que se mueve entre un recurso de nulidad por incumplimiento de los requisitos específicos de validez del juicio oral en incomparecencia del acusado –MUERZA ESPARZA, con otros autores, *Derecho procesal penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2007, p. 689- y un medio de impugnación que permite reabrir la revisión plena de la condena pronunciada –CALDERÓN CUADRADO, M. P., *El recurso de anulación penal*, Editorial Comares, Granada, 1995, pp. 55-64-.

¹⁹ FAIRÉN GUILLÉN, V., “Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del Derecho procesal”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp. 328-329; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., con MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 368; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 2004, p. 551; RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento Civil*, II, Atelier, Barcelona, 2008, p. 1409; ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 485; BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 69, 95, 109, 169, 212, 266.

órgano jurisdiccional, a causa de la falibilidad humana,²⁰ pueden incurrir al dictar las resoluciones mediante las que dirigen el proceso y le ponen término.

Ahora bien, entre error judicial y medios de impugnación no existe una implicación absoluta. El ordenamiento establece medios para la constatación de errores judiciales para producir unos efectos jurídicos determinados, que no constituyen medios de impugnación. Cabe referirse, en primer término y principalmente, al proceso de reconocimiento de error judicial –previo al procedimiento para reclamar responsabilidad al Estado por los daños causados por la resolución que incurrió en aquél- (art. 293 LOPJ). Pero también al proceso sobre responsabilidad civil de jueces y magistrados, en el que la apreciación de la antijuridicidad de la conducta es uno de los elementos de los que depende la responsabilidad imputable y sus consecuencias indemnizatorias,²¹ y a los procesos penales por prevaricación,²² o por cohecho.²³ Es cierto que en el caso de procesos sobre la responsabilidad del juez, la relevancia del requisito subjetivo de la culpa –en particular, la exigencia de dolo de los tipos penales- parece repeler el concepto –más objetivo- de error judicial, pero lo que éste significa de disconformidad de la resolución con el Derecho continúa, sin duda, estando presente.

La diferencia entre los medios de impugnación y los medios jurídicos que acabamos de mencionar radica, principalmente, en su distinta eficacia jurídica: los primeros pueden impedir que se consoliden los efectos de una resolución judicial de alguna manera no conforme con el Derecho, o eliminar esos efectos; mientras que los segundos dejan esos efectos inalterados y generan unos efectos distintos, de naturaleza indemnizatoria.

Esto es cierto incluso para los supuestos en que la disconformidad a Derecho de la resolución judicial ha generado responsabilidad del juez a título de prevaricación o de cohecho. La eliminación de la cosa juzgada, en esos casos, no la produce el proceso penal (medio de exigencia de responsabilidad, en el que, de manera imprescindible, ha sido constatada la disconformidad a Derecho de la actividad del juez), sino en el juicio de revisión (éste sí medio de impugnación).

Y sigue siendo cierto, a pesar de la norma del art. 293.1 LOPJ, que dispone que la “previa decisión (que expresamente reconozca el error judicial) podrá resultar directamente de una sentencia dictada en virtud de recurso de revisión”. Es obvio que lo que ocurre en este caso es que la revisión añade a su función de medio de

²⁰ GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general*, cit., p. 551; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, p. 501; BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, cit., p. 95.

²¹ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Poder Judicial y responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, pp. 42-54; ATIENZA NAVARRO, M. L., *La responsabilidad civil del juez*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 66-76.

²² En concreto, la apreciación de la manifiesta injusticia de la sentencia o resolución, que requieren los tipos de los artículos 446 y 447 CP.

²³ En concreto, las apreciaciones de haber realizado una acción u omisión constitutiva de delito –art. 419 CP-, o ejecutado un acto injusto –art. 420 CP-.

impugnación la de proveer una base necesaria a la posterior atribución de responsabilidad.²⁴

Centrando la atención en el error judicial de los arts. 292 y 293 LOPJ quisiera, sin posibilidad de profundizar, dejar anotadas unas observaciones pertinentes respecto de su diferenciación con los medios de impugnación:

1ª) Tiene interés plantearse si lo que la jurisprudencia ha ido especificando como error judicial, a los efectos de los artículos citados, tiene una entidad diferente a lo que, según el régimen de cada medio de impugnación, puede ser examinado en éste y, en su caso, dar lugar a su estimación. Pienso que no. La diferencia no es de esencia, sino de grado o gravedad del error, que debe ser especialmente intenso para obtener la declaración del art. 293.1.²⁵ Nos encontramos, pues, con un difícil problema de límites que, en cierto sentido, recuerda al que afronta el TC cuando decide en amparo sobre la protección del derecho a la tutela judicial efectiva con aplicación de las cláusulas del error patente o de la selección e interpretación arbitrarias y manifiestamente irrazonables de la norma aplicable.²⁶

2ª) Considero correcta una concepción tendencialmente restrictiva de lo que debe entenderse por error judicial a los efectos de los arts. 292 y 293 LOPJ, pero pienso que algunos argumentos a favor de esa concepción en nada contribuyen a la

²⁴ Lo que no es admisible, y la ley no establece, es hacer servir la declaración de error para producir los efectos de la revisión, HERNÁNDEZ MARTÍN, V., con otros autores, *El error judicial. Procedimiento para su declaración e indemnización*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 175-177, con jurisprudencia sobre esta cuestión.

²⁵ Para una detallada exposición, HERNÁNDEZ MARTÍN, con otros autores, *El error judicial*, cit., pp. 77-164; GUZMÁN FLUJÁ, V. C., *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 151-169; GONZÁLEZ ALONSO, A., “Doctrina legal y jurisprudencial de la responsabilidad del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”, en *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, 2007, núm. 2, pp. 23-28. También son útiles las siguientes orientaciones jurisprudenciales: STS 27 marzo 1993, Fj 1º; STS 16 octubre 1993, Fj 2º; 26 diciembre 1995, Fj 1º; STS 22 abril 1996, Fj 2º; STS 26 noviembre 1996, Fj 3º; STS 11 septiembre 1997, Fj 4º; STS 5 mayo 1998, Fj 1º; 16 diciembre 1999, Fj 2º.

²⁶ BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 71, 74. En cuanto al ejercicio de autocontención que debe hacer el tribunal que decide sobre la declaración de error judicial, advierte la STS 15 diciembre 1994, Fj 2º, que la posibilidad de esta declaración “nunca puede marginar la misma soberanía -más bien independenciar- de corte funcional que los órganos de la justicia ostentan por atribución constitucional, la cual si bien les conmina a la inexcusabilidad decisoria, también les provee de poderes propios que, ubicados dentro de la llamada metodología judicial, les permita cumplir con su función de «decir el derecho aplicable» no sólo en cuanto que, tras el aislamiento del caso litigioso, en sus coordinadas fácticas relevantes, habrán de elegir la norma aplicable, sino, en especial, que después de esa selección, habrán de ajustar la misma al caso debatido, en una labor de auténtica interpretación aplicatoria -no hace al caso deslindar la pureza en dogmática jurídica entre la «aplicación» y la «interpretación» como quehaceres de aquella metodología judicial-; interpretación, pues, como búsqueda del sentido más acorde de la norma con el litigio, que no sólo habrá de efectuarse con absoluta independencia que es tanto como no injerencia de factor alguno de presión, sino que, cómo no, pueda, en su caso, derivar en una conclusión o tesis que no coincida con la que provenga de cualquier otro sector de juridicidad o, mucho menos, de la que se sustenta por la parte interesada”.

claridad de ideas sobre esta institución. Así, la frecuentísima alusión, en la jurisprudencia, a que una concepción menos estricta haría de este medio jurídico una especie de nueva instancia,²⁷ lo que es obvio que en ningún caso puede suceder, precisamente porque los efectos de la resolución declarada errónea siempre permanecerán inalterados. Es también criticable, y por la misma razón, que se diga que las demandas de declaración de error judicial –la resolución sobre las mismas- no pueden desconocer la santidad de la cosa juzgada,²⁸ dado que es evidente que ésta siempre queda a salvo, y precisamente por ello se establece, en algunos supuestos, un derecho a indemnización.

3ª) A pesar de estas claras limitaciones del medio jurídico que consideramos, como el mismo posibilita que las Salas del TS –en su caso, la especial del art. 61 LOPJ- se pronuncien –aunque sea con gran restricción en cuanto a la posibilidad de una decisión estimatoria- acerca de la conformidad a Derecho de resoluciones judiciales, este medio jurídico acaba siendo utilizado para suplir medios de impugnación que el ordenamiento no solo no establece, sino que excluye. Paradigmática, en este sentido, es la incidencia que la STS 14 noviembre 2001 –que declaraba error judicial la concesión de ejecución provisional de sentencia condenatoria a emitir una declaración de voluntad, mediante elevación a escritura pública de un contrato de compraventa, error de carácter jurídico por estar esa decisión abiertamente en contra de lo dispuesto por los arts. 525.2ª y 708 LEC- ha tenido en la cuestión sobre la que se pronunció, propiciando demandas de declaración de error en casos similares e influyendo, como si de doctrina jurisprudencial del TS se tratara, en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.²⁹

Un último apunte, para cerrar este apartado. La demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por violación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Protocolos del mismo ratificados por España, carece, en nuestro ordenamiento, de la naturaleza de medio de impugnación y ello por la misma razón por la que carecen de ella los medios que hemos considerado en este apartado. En nuestro Derecho no están previstos medios para dar cumplimiento específico a las sentencias del TEDH. Esto requeriría que, en virtud de esas sentencias, pudieran ser eliminados o modificados los efectos jurídicos de los pronunciamientos judiciales internos que, directamente o por falta de haberlos tutelado, el TEDH ha estimado lesivos de los derechos correspondientes. Sin embargo, el efecto jurídico de tales sentencias sólo lo es la específica declaración de ilicitud y, en su caso, un derecho a indemnización.³⁰

²⁷ Puede verse este argumento, por ejemplo, en STS 3 marzo 1993, Fj 3º; STS, Sala especial del art. 61, 2 diciembre 1991, Fj 2º; STS 15 octubre 1993, Fj 2º; STS 13 diciembre 1994, Fj 1º; STS 15 diciembre 1994, Fj 2º; STS 5 mayo 1998, Fj 1º; STS 26 julio 1999, Fj 1º; STS 10 abril 2000, Fj 4º; STS 4 noviembre 2005, Fj 2º.

²⁸ Así, por ejemplo, STS 26 diciembre 1995, Fj 1º.

²⁹ Véase, sobre este tema, MARTÍN PASTOR, J., “La ejecución provisional y las condenas a emitir una declaración de voluntad”, en *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2008, núm. 49, pp. 17-21.

³⁰ Más ampliamente, ORTELLS RAMOS, M., “El juez español ante el Convenio Europeo de Derechos Humanos y ante las sentencias del TEDH”, en *Seminario sobre la jurisprudencia del*

III. EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

La Constitución puede acotar de diversas maneras la libertad de configuración normativa del legislador ordinario para establecer medios de impugnación y, específicamente, recursos. Puede imponer un deber de establecerlos o, por el contrario, no. Si, en el segundo caso, el legislador ordinario decide establecerlos, puede encontrar normas constitucionales que le prohíben o que le imponen determinadas regulaciones en el medio de impugnación o recurso establecido.

Sustancialmente diferentes a los condicionamientos constitucionales que acabamos de mencionar de modo general, hay ciertos criterios de política jurídica en la materia que nos ocupa que, sin poder decirse impuestos por determinados preceptos constitucionales, son especialmente próximos a los mismos. Pienso, por ejemplo, en la relevancia que para la regulación del acceso al recurso de casación debe reconocerse a la protección del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley o a la protección del principio de seguridad jurídica; también en la incidencia que el carácter subsidiario del amparo constitucional ha de tener en la previsión de un régimen de nulidad por violación de derechos fundamentales que ha sido conocida después de la firmeza de la resolución del tribunal ordinario, y, por tanto, no se ha podido hacer valer antes delante de ese tribunal.

En definitiva, estas consideraciones conducen a realizar distinciones en los parámetros constitucionales de los medios de impugnación y, específicamente, de los recursos.

1. Sobre el deber constitucional de establecer recursos y el derecho a los mismos

La combinación de lo dispuesto por los arts. 10.2, 24.1 CE y 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, ha conducido al TC a concluir que el acusado condenado tiene derecho a un recurso contra la sentencia de condena y, por tanto, el legislador un deber constitucional de preverlo. Es una doctrina constitucional conocida, y compleja en los matices referidos a las posibles excepciones a ese deber, a la concreta configuración que ese recurso debe tener, en fin, a si, presupuesto este derecho del acusado condenado al recurso, el principio de igualdad impone una previsión similar a favor de los acusadores. No es posible profundizar en estas cuestiones, porque el panorama general al que este trabajo debe atender es, por si solo, desbordante.³¹

Con esa excepción del proceso penal –aunque, como resulta evidente, no alcanza a todas las resoluciones que se dictan en el mismo- el TC considera que no existe ninguna norma constitucional que imponga al legislador ordinario la previsión

Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Generalitat Valenciana, Valencia, 1998, pp. 31-45; ORTELLS RAMOS, “El Tribunal Supremo español”, cit., pp. 54-60; SIGÜENZA LÓPEZ, *La revisión de sentencias firmes*, cit., pp. 83-88.

³¹ Remito a la cuidada exposición de la doctrina del TC que realizan TAPIA FERNÁNDEZ, I. y MUÑOZ MUÑOZ, S., en ORTELLS RAMOS, M., TAPIA FERNÁNDEZ, I., (dirección y coordinación), *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 1095-1208.

de recursos, ni de una determinada clase determinada de los mismos, ni que reconozca un derecho fundamental a un recurso y menos con específica configuración.

Frente a la pretensión de que el “derecho al proceso con todas las garantías, determina que también por la vía de la aplicación directa de la Constitución deba entenderse derogada la limitación del repetido art. 17 (de la Ley de Suspensión de Pagos), y abierta la vía de la casación civil”, pronto advirtió la STC 14/1982, de 21 de abril, Fj 5º, que: “si bien el art. 24.1 de la Constitución garantiza a cada uno el derecho a la tutela jurídica o derecho al proceso, comprensiva, desde luego, de la defensa relativa a derechos de carácter civil, tal tutela no significa que para todas las cuestiones, esté abierto necesariamente un recurso, como es el de casación”.

Por el contrario, “No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador”, como recuerda la STC 216/1998, de 16 de noviembre, Fj 2º, citando la STC 3/1983. “El derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, “ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan” (STC 214/2003, 1 de diciembre, Fj 3º).

Específicamente respecto de la casación: “la Constitución no impone (...) la existencia o procedencia de un recurso de casación y (...) el legislador es libre de determinar los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación de esta instancia y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación” (STC 81/1986, de 20 de junio, Fj 2º; similarmente, STS 109/1987, de 29 de junio, Fj 2º). La ley “puede establecer restricciones al recurso de casación -dado su carácter- por razones cualitativas o cuantitativas” (ATS 433/1985, 3 de julio, Fj 3º). La selección de “los asuntos más importantes para hacer posible en la práctica su reconsideración en un segundo grado jurisdiccional, provoca que el legislador utilice distintos criterios selectivos, unos directos como puede ser la naturaleza del asunto y alguno indiciario, entre los cuales se encuentra la cuantía de la pretensión” (STS 93/1993, de 22 de marzo, Fj 1º). Esa libre disponibilidad del legislador comporta -en orden a los casos en que procede el recurso- que “al aumentar las cuantías para el acceso a la casación, no ha violado derecho constitucional alguno” (ATS 376/1986, de 23 de abril, Fj 4º)

El derecho a la tutela judicial efectiva no incluye, en la CE, un derecho al recurso (STC 19/1983, 14 de marzo, Fj 3º; STC 17/1985, de 9 de febrero, Fj 1º).

No obstante, el derecho al recurso, una vez legalmente establecida su regulación, pasa a formar parte del derecho a la tutela judicial efectiva y puede ser tutelado mediante amparo por el TC, que puede controlar los actos de los tribunales ordinarios que deciden sobre la eficacia del recurso en cuanto dirigido a un pronunciamiento de fondo (STC 19/1983, 14 de marzo, Fj 3º), lo que incluye al

recurso de casación (STC 17/1985, de 9 de febrero, Fj 1º; STC 109/1987, de 29 de junio, Fj 2º; STS 93/1993, de 22 de marzo, Fj 1º STC 374/1993, 13 de diciembre, Fj 2º; STC 214/2003, 1 de diciembre, Fj 3º)

No obstante, el canon de control del TC sobre la actividad de los tribunales ordinarios referida a la eficacia del recurso interpuesto ha evolucionado notablemente.

Inicialmente el TC estableció una línea jurisprudencial caracterizada, sustancialmente, por considerar que el tribunal ordinario debía optar por la interpretación de la norma que fuera más favorable a la posibilidad de un pronunciamiento de fondo en el recurso.

En la interpretación de las normas que inciden en la eficacia del derecho al recurso “no puede ni debe interferir el TC, a no ser que, admitiendo la legalidad procesal diversas interpretaciones, se haya elegido alguna que no sea la más favorable a la eficacia del derecho a la tutela judicial, ya que, en este caso, se habrá ocasionado vulneración de este derecho fundamental, cuya especial y superior fuerza vinculante exige a la jurisdicción ordinaria y, en último término, al Tribunal Constitucional, conceder prevalencia a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que resulten ser las más adecuadas a la viabilidad del mismo” (STC 19/1983, de 14 de marzo, Fj 3º; STC 161/1992, de 26 de octubre, Fj 1º). Como dice, muy gráficamente, la STS 7/1989, de 19 de enero, Fj 2º, refiriéndose a la admisión de una casación civil, procede “la apertura de la vía del proceso para su consideración judicial, siempre, y eso es claro, que la pretensión procesal no choque de modo directo, frontal, insubsanable, con una regla sin excusa”

Aplicaban este canon, en cuanto a la apreciación de la recurribilidad de la resolución, la STC 50/1990, de 26 de marzo, Fj 3 (interpretación más favorable a entender que la sentencia era recurrible por la cuantía), la STC 55/1992, de 8 de abril, Fj 2 (interpretación más favorable a entender que sentencia era recurrible por cuantía) y la STS 63/1992, 29 de abril, Fj 2 (interpretación más favorable a la recurribilidad).

Hubo, a partir de cierto momento, matizaciones en el sentido de que esa opción sólo debía seguirse en la medida en que la interpretación de la norma dejara abiertas varias opciones e, incluso, sólo si la opción elegida por el tribunal ordinario no fuera razonable (STC 199/1994, de 4 de julio, Fj 2; STC 255/1994, 26 de septiembre, Fj 2º).

Por fin, ha acabado por consolidarse la orientación de que el canon de control debe ser el mismo que se aplica para comprobar si ha sido lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que implica un cuidadoso respeto a las potestades de interpretación y aplicación de las leyes que, constitucionalmente, corresponden a los tribunales ordinarios, y que, en estos supuestos, van referidas a las leyes que regulan la admisión y posterior eficacia del recurso.

Corresponde “a los órganos judiciales el control de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales para la admisión de los recursos, siendo sus decisiones revisables en sede constitucional únicamente cuando la resolución judicial de inadmisión se funde en un manifiesto error o en una causa legal inexistente o en la aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas legales de inadmisión”, en concreto “la cuantía del pleito constituye un presupuesto procesal del recurso de casación (*summa gravaminis*), que es materia de orden público y no disponible por las

partes, y cuya determinación y control corresponde en última instancia al Tribunal Supremo” (STC 201/1994, de 4 de julio, Fj 2º). En el mismo sentido se expresaba la STS 37/1995, de 7 de febrero, Fj 5º, que es considerada como la sentencia básica del cambio de criterio.

No es posible, dice la STC 119/1998, 4 de junio (Fj 2º), “imponer en los casos en los que existe ya un pronunciamiento en la instancia una concreta interpretación de la norma procesal que permita el acceso al recurso de casación. (...) salvo que, como hemos señalado en muchas ocasiones, la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente”. Ya había sostenido esta tesis la STC 138/1995, de 25 de septiembre, Fj 3º. En similar sentido, la STC 162/1998, 14 de julio, Fj 3º, STS 63/2000, 13 de marzo, Fj 2º y STC 225/2005, de 12 de septiembre, Fj 2º.

Dado que no son irrazonables los argumentos en relación con el requisito de firmeza de la sentencia de contraste como requisito de la recurribilidad en casación para unificación de doctrina en el proceso laboral, la STS 251/2000, de 30 de octubre, Fj 4º, desestima el amparo, porque “la razonabilidad de otras interpretaciones posibles, más favorables o beneficiosas para quienes pretenden acceder al recurso, no determina per se, y conforme a lo arriba expuesto, la vulneración del art. 24.1 CE”. Y la STC 13/2002, de 28 de enero, Fj 8º, rechaza el carácter arbitrario o irrazonable de una “tesis sustentada por Tribunal Supremo en materia de debate sobre la cuantía del procedimiento a efectos de casación, referida a la legislación procesal vigente en aquel momento, [que] viene siendo mantenida de modo continuado en el tiempo desde 1996”. La STC 164/2004, de 4 de octubre, Fj 3º, comparte el criterio de previas resoluciones del TC que han rechazado, en principio, que esté viciada de irrazonabilidad, arbitrariedad o de error patente la jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre la recurribilidad en casación con arreglo a la LEC, de modo que, “por discutible que pueda considerarse la argumentación que ha conducido a la inadmisión del recurso de casación, la densidad del control que puede ejercerse sobre las decisiones judiciales de inadmisión de recursos por la vía del recurso de amparo constitucional en el que se invoque el art. 24.1 CE no habilita a este Tribunal a revisar resoluciones como la aquí impugnada”.

Ha llegado a sostenerse que ese respeto ha de ser especialmente intenso cuando el tribunal ordinario que ha de aplicar esas leyes es el TS. Así, entre otras, la STC 230/2001, de 26 de noviembre, Fj 2º, STC 214/2003, de 1 de diciembre, Fj 3º.

No obstante, este riguroso canon no ha impedido que se constaten casos concretos en que la decisión del tribunal ordinario se ha basado en una interpretación y aplicación de la ley lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a un pronunciamiento sobre el objeto del recurso. Así, las STC 78/2002, 8 de abril, Fj 4º, STC 150/2002, de 15 de julio, Fj 4º y STC 225/2005, de 12 de septiembre, Fj 3º, han estimado el amparo por concurrir error patente respecto de la incidencia de la cuantía del pleito en la recurribilidad de la sentencia en casación.

2. Los condicionamientos constitucionales de la ordenación de los medios de impugnación, específicamente de los recursos, que el legislador decida establecer

Si el legislador establece medios de impugnación, específicamente recursos – por libre decisión o por imperativo constitucional- la CE puede imponerle diversos condicionamientos en la ordenación de los mismos.

La doctrina jurisprudencial del TC ofrece ejemplos ilustrativos de aspectos de esa ordenación para los que hay preceptos constitucionales que resultan decisivos.³²

A) Los órganos competentes para conocer del medio de impugnación, específicamente del recurso

La disposición del art. 152.1, párrafos segundo y tercero CE puede tener relevancia sobre este componente del régimen del medio de impugnación – específicamente, del recurso-, y en un doble sentido:

1º) Por reservar al Tribunal Superior de Justicia la culminación de la organización judicial en la Comunidad Autónoma, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al Tribunal Supremo. Por esta última limitación y, principalmente, porque esa culminación habrá de concretarse “de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial”, el precepto resulta ser poco limitativo, como ha ilustrado la jurisprudencia del TC, en la STC 114/1994, de 14 de abril,³³ y ha reiterado el ATC 208/2000, de 19 de septiembre.³⁴

2º) Por prohibir que la competencia funcional para resolver un recurso consistente en una nueva instancia procesal se atribuya a un órgano jurisdiccional no radicado en el territorio de la Comunidad Autónoma en el que tuviera su demarcación el órgano que ha conocido de la primera instancia. Respecto de esta limitación la STC 56/1990, de 29 de marzo precisó:³⁵

³² Dado que el amparo constitucional funciona, sin perjuicio de su función primigenia de medio especial de tutela de derechos fundamentales, como verdadero medio de impugnación, habría que considerar los preceptos constitucionales que condicionan su acabada configuración por el legislador ordinario mediante ley orgánica (arts. 159 al 165 CE, básicamente), que, para empezar, imponen al legislador ordinario la regulación de ese medio, y, para continuar, son más detallados que los que pueden delimitar la configuración de otros medios de impugnación. Se comprenderá que no acometamos una línea de investigación tan específica.

³³ Dice esta sentencia en su Fj 3º, B, que “claramente se desprende que el precepto [el párrafo 2º del art. 152.1 de la CE] nada dice sobre cuáles sean las competencias objetivas que puedan corresponder a los Tribunales Superiores de Justicia, ya que su determinación corresponde al legislador, según lo dispuesto en el art. 117.3, inciso final, de la CE; atribución de competencia que se ha llevado a cabo en los arts. 53 a 103 de la LOPJ respecto a los distintos Tribunales y Juzgados que integran el Poder Judicial. Por lo que no cabe inferir, como se ha hecho en el Auto de planteamiento, que el art. 152.1 de la CE imponga una estricta correspondencia entre el ámbito jurisdiccional de un Tribunal Superior de Justicia y el ámbito de la disposición administrativa de carácter general impugnabile en un recurso contencioso-administrativo”. En el mismo sentido, STC 91/1998, de 23 de abril, Fj 2º.

³⁴ “Dicho precepto constitucional se limita, junto a otras prescripciones que ahora no vienen al caso, a aludir a los Tribunales Superiores de Justicia en tanto que vértices superiores de la organización judicial en los ámbitos territoriales de las Comunidades Autónomas de conformidad con la LOPJ y dentro de la unidad e independencia del Poder Judicial. De manera que las concretas competencias de los Tribunales Superiores de Justicia no quedan predeterminadas por la CE”.

³⁵ Véase, en el mismo sentido, STC 62/1990, de 30 de marzo, Fj 11º y 12º.

En primer lugar, que “la culminación en el Tribunal Superior de Justicia de la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, establecida en los arts. 152 C. E. y 21 EAG, no comporta que el agotamiento de las instancias procesales se haya de producir necesariamente y en todos los órdenes jurisdiccionales ante dicho órgano, sino tan sólo la inexistencia de ningún otro órgano jurisdiccional jerárquicamente superior, con independencia de la salvedad que, respecto al Tribunal Supremo, resulta del art. 123 C. E. La única exigencia constitucionalmente impuesta por dichos preceptos en orden a las instancias procesales es que su preclusión se produzca ante órganos radicados en el propio territorio de la Comunidad Autónoma si en ella lo está el órgano competente de la primera instancia” (Fj 32°).

En segundo término, que “el art. 152.1 C. E., dejando a salvo la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo (art. 123 C. E.), sólo previó para los órganos judiciales radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma el agotamiento de las instancias procesales, en las que conceptualmente no estaban incluidos los recursos extraordinarios, en general, ni en particular los recursos de casación y revisión.

En efecto, en puridad de principios, la instancia procesal comporta un nuevo examen o pleno conocimiento por parte del Tribunal Superior del asunto inicialmente juzgado, alcanzando la revisión, tanto a la determinación de los hechos (permitiendo, incluso, nuevas pruebas en determinados casos y valoración de la prueba practicada ante el Juez a quo, como a la determinación e interpretación de la norma aplicable; esto es, como ha señalado este Tribunal, el control de la totalidad de la actividad del órgano inferior (...).

Frente al carácter ilimitado de los motivos que pueden hacerse valer en la nueva instancia y del carácter plenario del conocimiento, que hace que el órgano judicial tenga para dirimirla los mismos poderes que el órgano que dictó la resolución recurrida, los recursos extraordinarios se caracterizan, precisamente, porque, como ocurre en los recursos de casación y revisión, los motivos de interposición están legalmente tasados y a ellos se reduce el conocimiento del Tribunal llamado a resolverlos, que no puede pronunciarse sobre la totalidad de la cuestión litigiosa. Incluso, con respecto al recurso de revisión se ha elaborado una categoría propia, la de recurso excepcional, en el que se ejercita una acción impugnatoria autónoma frente a una sentencia ya firme (art. 1797 L. E. C.)” (Fj 33°).

Otra limitación constitucional relativa al órgano competente para conocer del medio de impugnación es de naturaleza formal, en el sentido de que el art. 122.1 CE reserva a ley orgánica la determinación de lo que sea constitución de los órganos jurisdiccionales. Esto se concreta en que la previsión de la existencia de los mismos, su composición, el orden jurisdiccional en el que se integran, la determinación de su ámbito territorial y una cierta delimitación de su competencia objetiva y funcional son materia de ley orgánica.³⁶ El desconocimiento de esta limitación dio lugar a la declaración de inconstitucionalidad del art. 737 LEC (redacción de la Ley 10/1992, de 30 de abril), que no se limitó a atribuir a las Audiencias Provinciales la competencia funcional para conocer de la apelación en determinados procesos civiles, sino que alteró la composición del órgano jurisdiccional competente, en el seno de la Audiencia

³⁶ STC 254/1994, de 21 de septiembre, Fj 1°, 2°, 3° y 4°.

Provincial, estableciendo uno de carácter unipersonal, en vez de los colegiados que, según la LOPJ, conocen en esas Audiencias de los asuntos civiles.³⁷

B) La legitimación para presentar medios de impugnación

Con relevancia sobre este aspecto de la configuración de los medios de impugnación encontramos, en primer término, dos declaraciones de inconstitucionalidad de sendos preceptos del antiguo Código de Justicia Militar. Estas disposiciones atribuían al Ministerio Fiscal legitimación para recurrir en casación de manera irrestricta –siempre que la resolución fuera objetivamente recurrible–, mientras que restringían la legitimación de los condenados al supuesto de que la pena hubiera excedido de unos mínimos establecidos en la ley.³⁸

Estas sentencias del TC podrían considerarse poco significativas más allá del régimen de los recursos en el proceso penal, a causa de las peculiaridades de sus condicionamientos constitucionales, derivadas de la relación entre el art. 10.2 CE y el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. No obstante debe llamarse la atención acerca de que el TC no hace descansar la inconstitucionalidad en ese especial fundamento, sino que la STC 76/1982, en su Fj 4º sostiene que:

“Antes de referirnos a dicho Pacto y al papel que pueda corresponderle en la resolución de la presente cuestión, entiende este Tribunal que la interpretación del art. 14 de la Ley Orgánica 9/1980 a la luz del 24 de la C.E. permite una respuesta adecuada a la duda que la provocó. El derecho a un proceso con todas las garantías, establecido en el párrafo 2 de este artículo, exige que todas las partes del proceso penal tengan las mismas posibilidades de recurso. Y como en el caso presente los condenados hasta tres años de privación de libertad no pueden recurrir en casación, como puede hacerlo el Ministerio Fiscal, dicha exclusión se opone a este precepto constitucional”.

Para insistir, en el Fj 5º, que: “En el proceso regulado por la Ley Orgánica 9/1980 el Tribunal superior existe, y el legislador ha creado el recurso ante él; pero lo abrió al Ministerio Fiscal, excluyendo del mismo a los condenados a menos de tres años de privación de libertad. De esta última exclusión deriva la inconstitucionalidad del art. 14 de la Ley Orgánica 9/1980: inconstitucionalidad que no nace de su contradicción directa con el art. 14.5 del Pacto, sino de su contradicción con el art. 24 de la Constitución, por cuanto, creado un recurso en materia penal en nuestro ordenamiento, como en el caso presente el recurso de casación, tal garantía procesal (según vimos en el fundamento jurídico anterior) ha de estar a disposición de todas las partes”.³⁹

Otra discriminación para el acceso a un medio de impugnación, esta vez la revisión en el proceso penal –que el Ministerio Fiscal podía instar ante el órgano jurisdiccional competente, pero no el condenado y otros interesados, que estaban limitados a promover ante el Ministerio de Justicia un procedimiento para que se

³⁷ STC 254/1994, de 21 de septiembre, Fj 5º.

³⁸ STC 76/1982, de 14 de diciembre; STC 27/1985, de 26 de enero.

³⁹ En el mismo sentido la argumentación de la STC 27/1985, Fj 3º.

decidiera sobre la procedencia de instar la revisión- fue eliminada por reforma legislativa –la Ley 10/1992, de 30 de abril, que dio nueva redacción al art. 955 LECrim-, después de dos dubitativas sentencias del TC, que amagaron con la inconstitucionalidad, sin llegar a declararla (STS 7/1981, de 30 de marzo; STC 124/1984, de 19 de diciembre).

C) El régimen de las posibilidades procesales de las partes dentro de los medios de impugnación legalmente establecidos

Creado legalmente un medio de impugnación, el legislador ha de respetar, en la configuración del mismo, la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE).

En este sentido la STC 212/1994, de 13 de julio, estimó el amparo, no porque faltara en la ley la posibilidad de defensa, sino porque la interpretación por el TS de la norma correspondiente negaba, en la práctica, ese derecho fundamental al no permitir que la parte recurrente formulara alegaciones antes de que la Sala de lo Civil del TS decidiera definitivamente la inadmisión de la casación en virtud de determinada causa.⁴⁰

En realidad, la STC 37/1995, de 7 de febrero, que se dice contraria a la anterior –y que realmente lo es, en cuanto desestima el amparo en un caso igual- no deja de reconocer que, de acuerdo con el régimen de interposición y admisión del recurso, aunque se interprete como lo hace el TS –que es lo que el TC, a diferencia de la sentencia 212/1994, respeta- no infringe la prohibición de indefensión:

“Si se analizan las dos causas de inadmisibilidad, concatenadas por la conjunción copulativa, se observa fácilmente que tienen características muy diferentes. La primera, «carencia manifiesta de fundamento», puede apreciarse directamente y sin más por el contenido del escrito de interposición donde han de constar los motivos y su soporte argumental. En cambio, la otra, que incorpora el principio de unidad jurisprudencial, estriba en que el caso planteado haya sido resuelto negativamente por razones de fondo, en el lenguaje forense, no meramente procesales, merece ser puesta de manifiesto al recurrente, que puede no conocer la jurisprudencia sobre la cuestión, en especial si fuere relativamente reciente o no hubiere obtenido la difusión adecuada.

40 Dice la STC 212/1994, Fj 3º: “Así acotados los términos del presente recurso, la primera cuestión que hay que resolver es la de si el trámite de audiencia era o no preceptivo en este caso antes de pronunciarse sobre la inadmisión decretada, pues sólo a partir de este premisa cabría entrar a considerar una hipotética indefensión material”. Para concluir (Fj 4º): “Respecto de esta cuestión resulta claro que la privación a la parte recurrente de una vía procesal de defensa, de carácter esencial, como es la de la audiencia, que le hubiera permitido en su caso exponer los argumentos que a su juicio no concurrían para la inadmisión, apreciada inicialmente en el Auto impugnado, le producía indefensión. Posiblemente por ello el legislador estableció ese particular trámite cuando se tratase de la inadmisión por manifiesta falta de fundamento, a diferencia de otras causas que, por su propia naturaleza, pueden ser estimadas de oficio. La idea del legislador al establecer dicho requisito fue la de dar al Tribunal la oportunidad de rectificar o reafirmar su inicial criterio respecto de la concurrencia de la causa de inadmisión, apreciada inicialmente a la vista de las alegaciones de la parte a cuyo favor se establece un derecho, y cuya inobservancia determina la omisión de un trámite esencial en razón de su finalidad y a un real y efectivo menoscabo en su derecho a la defensa causante, en definitiva, de una verdadera indefensión material”.

Queda claro (...) que el hoy demandante tuvo ocasión de exponer los fundamentos del recurso de casación intentado en el momento de interponerlo y que el Auto donde se rechazó la admisión no fue dictado sin oírle, inaudita parte. Por lo tanto, no hubo la indefensión «material» como algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, que de darse hubiera dejado sin contenido la tutela judicial, vulnerando así tal derecho fundamental” (Fj 5º).

Respecto de otro posible componente del régimen del medio de impugnación – el derecho a la prueba, si el legislador lo ha establecido en alguna medida- sostiene la STC 23/1985, de 15 de febrero, Fj 3º que: “El art. 792.2 (de la LECrim), ciertamente, no puede ser interpretado en el sentido de que sólo el apelante puede proponer pruebas, pues es una exigencia insita en el principio contradictorio, ordenado a la defensa, el de la posición de paridad de las partes en el proceso, y, por esto también en los casos que señala el precepto, y cuando se puede producir efectivamente indefensión, a los apelados -y, desde luego, al acusado-, corresponde también la facultad de propuesta de pruebas, con lo que no se hace más que dar virtualidad al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa”.

3. Límites constitucionales al número de medios de impugnación que el legislador puede establecer

La cosa juzgada, como manifestación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) debe poner límites a las posibilidades de recursos y de otros medios de impugnación previsibles en el ordenamiento. Esa limitación la postula, también, el derecho a la tutela judicial efectiva que, para tener esa calidad, en algún momento ha de poder obtenerse y consolidarse.

Lo que ocurre es que una configuración legislativa que desconociera aquel principio constitucional y este derecho fundamental consistiría en que el legislador ha llegado a extremos tan absurdos que son difícilmente imaginables en la realidad.

Sin llegar a ese terreno del absurdo, si el legislador establece recursos e, incluso, medios de impugnación que impliquen afectación de la cosa juzgada –menos aún si ésta no hubiera llegado a constituirse- con base en algún fundamento no irrazonable, su opción no encontrará límites en la Constitución.

No obstante, los límites que ahora apuntamos sí que afloran con fuerza en la doctrina jurisprudencial del TC sobre amparo en casos de inejecución o ejecución incompleta de la sentencia,⁴¹ o de modificaciones en el contenido de la sentencia, generalmente por la vía de una utilización abusiva de la aclaración de resoluciones judiciales,⁴² o mediante otras técnicas carentes de todo respaldo en las leyes procesales.⁴³

De la tesis del TC me parece particularmente ilustrativo el Fj 4º de la STC 34/1993:

⁴¹ STC 149/1993, de 14 de junio, Fj 1º; STC 149/1989, de 22 de septiembre, Fj 1º y 2º.

⁴² STC 119/1988, de 20 de junio, Fj 2º y 3º; STC 57/1995, de 6 de marzo, Fj 2º y 3º.

⁴³ STC 15/1986, de 31 de enero, Fj 1º, 3º y 5º; STC 34/1993, de 8 de febrero, Fj 1º y 2º; STC 1/1997, de 13 de enero, Fj 4º.

“(…) desde la STC 119/1988, fundamento jurídico 2.4, nuestra jurisprudencia ha declarado que la inmutabilidad de las Sentencias integra el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de modo que si el órgano judicial modifica la parte dispositiva de una Sentencia, fuera del cauce del correspondiente recurso, vulneraría ese derecho fundamental del justiciable, puesto que, si se permitiera reabrir un proceso ya resuelto por Sentencia firme, la protección judicial de los derechos e intereses legítimos carecería de efectividad. De este modo, el derecho fundamental que establece el art. 24.1 C.E. actúa como límite que impide a los Tribunales revisar las Sentencias y demás resoluciones firmes al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, incluso en la hipótesis de que con posterioridad entendieran que la decisión jurisdiccional no se ajusta a la legalidad (SSTC 142/1992, fundamentos jurídicos 1. y 2., 231/1991, fundamento jurídico 5., 189/1990, fundamento jurídico 1.4, y 67/1984, fundamento jurídico 4.)”.

IV. LOS CRITERIOS DE POLÍTICA JURÍDICA QUE INSPIRAN EL RÉGIMEN DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN Y, EN ESPECIAL, DE LOS RECURSOS

La conclusión de lo expuesto en el anterior apartado es que el legislador ordinario tiene ante sí un amplio ámbito de libertad de configuración normativa tanto para establecer, o no, medios de impugnación, como para diseñar el régimen de los mismos. Además, la mayor parte de los criterios que orientan sus decisiones en ese ámbito son de política jurídica. De modo que el campo de estudio que se abre es desbordante y está más que justificado seleccionar sólo algunas de las cuestiones que se plantean y tratarlas con imprescindible moderación.

1. La opción de establecer o no recursos: fundamentos y contrapesos. Referencia a estas cuestiones respecto de los demás medios de impugnación

Inexistente un precepto constitucional que imponga, salvo en el supuesto determinado que ya apuntamos, el deber de establecer recursos, la opción legislativa de establecerlos puede basarse en fundamentos muy diversos, con un grado de generalidad también diferente, y, además, puede atender a límites distintos. La cuestión se complica si, además de a los recursos en sentido estricto, ha de ser considerada en relación a medios de impugnación que no constituyen propiamente recursos. La visión no puede ser más que panorámica.

A) El fundamento más general de los recursos y sus contrapesos

La razón más general por la que el legislador establece recursos tiene dos componentes: la posibilidad de error en la actividad judicial y el principio de instancia de parte, que informa el régimen del proceso más allá del ámbito de vigencia del principio dispositivo.

En primer término, es relevante la posibilidad de error judicial y la finalidad de eliminarlo o reducir su incidencia mediante la reconsideración de los juicios que se han realizado, o debido realizar, para la aplicación de las normas. Los posibles errores pueden ser procesales, tanto en la interpretación y aplicación de las normas que rigen la dirección del proceso y la validez de sus actos, como de aquéllas que, en algunos supuestos, rigen, en todo o en parte, el juicio de fondo. Pueden ser errores de Derecho material, si se refieren a la interpretación y aplicación de las normas que, además de regir extraprocesalmente las relaciones jurídicas, rigen la decisión sobre el objeto del

proceso de declaración y, en parte, sobre la tutela ejecutiva y cautelar. Pueden ser errores en los juicios jurídicos necesarios para aplicar esas normas (sobre su vigencia, aplicabilidad en virtud del sistema de fuentes, interpretación, correcta utilización de los métodos de integración normativa, aplicabilidad a hechos que presentan las características necesarias para dar soporte a la aplicación). Pueden ser errores en los juicios de hecho que son necesarios con aquella finalidad, dado que las normas sólo deben ser aplicadas si en la realidad, según los casos procesal o extraprocesal, concurren los acaecimientos que satisfacen lo que requieren los “supuestos” de hecho de las normas correspondientes.

Si solamente fuera relevante el anterior componente, estaría justificado el establecimiento de un control de oficio. Y, aunque éste se da en algunos casos,⁴⁴ no es la regla general.⁴⁵ Esto pone de manifiesto que también se atiende a otro componente, que suele describirse como una finalidad de mitigar el estado de insatisfacción de la parte ante la resolución desfavorable, pero que, más técnicamente, deberíamos identificarlo como el principio de iniciativa de parte al que, más allá del ámbito de vigencia del principio dispositivo, atiende el legislador para ordenar la tramitación de los procesos. En efecto, si el gravamen es presupuesto del recurso,⁴⁶ la admisión de éste requiere que la parte haya postulado, explícita o implícitamente, una decisión que le ha sido denegada o que, simplemente, no ha sido pronunciada. No sólo el posible error, sino también el perjuicio que deriva de lo dicho es lo que justifica el establecimiento del recurso. Lo último no significa desconocer el tratamiento adecuado que deben recibir los posibles recursos contra resoluciones que, por el objeto que deciden, afectan a intereses públicos. En estos últimos supuestos lo importante para una adecuada protección de esos intereses es quién está legitimado en el correspondiente proceso (administraciones públicas, Ministerio Fiscal), los criterios de defensa del interés público que deben informar su actividad procesal –por tanto, sus decisiones sobre los actos procesales a realizar y, específica y consecuentemente, sobre los recursos-. Específicamente, en el supuesto de legitimación del Ministerio Fiscal, las funciones que le atribuyen el art. 124 CE y los arts. 1 al 3 de su Estatuto Orgánico, justifican que el gravamen se entienda existente, cualesquiera hubieran sido

⁴⁴ Véase, además de los supuestos que hemos mencionado en el apartado II, 1, A, a, los de los arts. 624, 625, 622 y 630 LECrim.

⁴⁵ Una regulación próxima a la del control de oficio de resoluciones o actuaciones judiciales es la que, de entrada, necesita de un recurso de parte, pero, en el caso de que éste se produzca, el órgano jurisdiccional competente para resolver sobre el mismo recibe de la ley la potestad para resolver de oficio sobre cuestiones que en el recurso de la parte no han sido planteadas, de modo que el deber de congruencia impondría no decidir sobre las mismas. Véase, en este sentido, el art. 240.2, párrafo segundo LOPJ –“En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal”.

⁴⁶ Para el proceso civil el art. 448.1 LEC, que, además, es norma supletoria para los demás procesos. Específicamente para el proceso penal, HINOJOSA SEGOVIA, R., con otros autores, *Derecho procesal penal*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, 2007, p. 597; TAPIA FERNÁNDEZ, MUÑOZ MUÑOZ, S., en ORTELLS RAMOS, TAPIA FERNÁNDEZ, (dir.y coord.), *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional*, cit., pp. 1112-1113.

les precedentes peticiones del representante del MF, si, en la oportunidad del recurso, el representante del MF entiende que la resolución no ha respetado el principio de legalidad.⁴⁷

En el supuesto de aplicación de normas procesales debería, a mi juicio, reconocerse la trascendencia de otro fundamento o, tal vez, de un especial matiz del fundamento de la posibilidad de error, consistente en que un recurso que deba ser conocido por un tribunal de grado superior asegura un control imparcial de la aplicación de la norma procesal que, en un primer momento, ha sido “autoaplicada” por el tribunal director de la instancia o etapa procesal anterior.

Si estos fundamentos son los que, de modo más general, conducen al establecimiento de recursos, otras consideraciones pueden contrarrestarlas, de modo que, como resultado de la ponderación de unos y de otras el recurso no llegue a crearse. De la variedad de estas consideraciones, debemos destacar:

1º) Una valoración de proporcionalidad entre la entidad del asunto litigioso –o de la cuestión relativa a la gestión procesal del mismo- y los medios orgánicos y procesales que han sido puestos al servicio de la primera (o de la anterior, si ya no fuera la primera) resolución sobre aquél (o aquélla). El legislador puede entender que esos medios han rodeado la decisión de un elevado grado de garantías de acierto, de manera que opta por no establecer ningún recurso frente a ella.⁴⁸ El problema radica en cómo se aprecia la entidad del objeto (o de la cuestión) litigioso; si debe atenderse sólo a la cuantía, si hay supuestos en que la baja cuantía no equivale a escasa importancia, si los hay en que una cuantía elevada no justifica la posibilidad de recurso, a causa, por ejemplo, de la estandarizada sencillez del asunto litigioso. La valoración de las garantías orgánicas y procesales puede ser más fácil: que el procedimiento tenga las mismas garantías de los procedimientos comunes del sistema procesal; que el juez de la primera instancia sea, o no, de acuerdo con las normas de organización y competencia, un juez técnico de carrera.

2º) En supuestos muy específicos puede ser decisiva para excluir el recurso la naturaleza del asunto litigioso, que requiere que se alcance una sentencia firme en breve plazo. Entiendo que esta consideración tiene gran peso en algunos supuestos de sentencias irrecurribles de nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, en el proceso laboral, las sentencias que dicten los Juzgados de lo Social en los procesos relativos a la fecha de disfrute de las vacaciones, concreción horaria y determinación del período de disfrute en permisos por lactancia y reducción de la jornada por motivos familiares y en los de materia electoral (art. 189.1 LPL); en el proceso administrativo, las dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión –en caso de prohibición o de propuesta de modificación de reuniones, no aceptadas por sus promotores- (art. 86.2 c LJCA) y las dictadas en materia electoral (art. 86.2 d LJCA).

⁴⁷ FAIRÉN GUILLÉN, “Doctrina general de los medios de impugnación”, cit., p. 306; HINOJOSA SEGOVIA, con otros autores, *Derecho procesal penal*, cit., p. 597.

⁴⁸ Me refiero ahora, estrictamente, a los supuestos de no recurribilidad, no a los de recurribilidad “demorada” o “aplazada” –por ejemplo, art. 454 *in fine* LEC; art. 197.3 Ley Concursal-, que constituyen una peculiar configuración de un recurso legalmente establecido.

B) El fundamento (general) de la reducción del margen de error y los medios de impugnación que no son recursos

El que puede considerarse fundamento general de los recursos –cuyos matices veremos después, al considerar algunos recursos específicos- no puede afirmarse, sin embargo, de los medios de impugnación que no constituyen recursos en sentido estricto, o sólo puede afirmarse con un significado diferente.

Por una parte, hay medios de impugnación cuyo establecimiento no está justificado por los posibles errores en los juicios de interpretación y de aplicación de las normas procesales y materiales, sino que se fundan en otras razones que, además, son diferentes en cada supuesto.

Veámoslas brevemente:

1º) Los medios de impugnación consistentes en *incidentes de oposición* se fundan –como ya anticipamos en el apartado II, 1, B, b- en que debe ser concedida la posibilidad de contradicción a la parte que, antes de dictarse la resolución impugnada, estuvo privada de ella, porque la ley procesal no la preveía o, incluso, la prohibía. Es obvio que esa falta de contradicción previa puede haber conducido a errores al dictar la resolución impugnada, pero lo peculiar de estos medios de impugnación no es poner de manifiesto el error en el enjuiciamiento de los datos inicialmente aportados, sino abrir la expectativa de obtener un nuevo enjuiciamiento y con un sentido diferente, precisamente porque el tribunal, con el incidente de oposición, tiene la oportunidad de conocer y considerar unos datos relevantes que, por disposición legal, estaban excluidos de su cognición antes de dictar la resolución impugnada.

2º) La *rescisión de sentencias dictadas en algunos supuestos de rebeldía* en el proceso civil, y asimilados, y la *anulación de sentencias dictadas en ausencia del condenado* en el proceso penal, no se fundan en el error, que, en estos supuestos, habría afectado a la interpretación y aplicación de las normas sobre llamamiento del demandado al proceso, o del acusado al juicio oral. Este error no aparece en los supuestos de hecho de las normas que establecen las causas de estos medios de impugnación (arts. 501 LEC, 183 LPL; art. 793.1 en relación con el 786.1 LECrim). Pero, además, en caso de haberse producido, sería fundamento de un medio de impugnación distinto, como es el de nulidad de actuaciones posterior a resolución firme. El fundamento hay que encontrarlo en una redoblada protección del derecho a la contradicción en juicio, que, con estos medios de impugnación, es protegido más allá de las garantías que establecen las propias normas legales sobre el llamamiento al proceso. Eso sí, con intensidad diferente en el proceso civil y asimilados –en los que se protege al demandado frente a algunos supuestos de desconocimiento del llamamiento y frente a la imposibilidad de personación- y en el proceso penal –en el que una nueva oportunidad de defensa se concede sin las anteriores limitaciones-.

3º) Tampoco el error en los juicios de aplicación de las normas procesales y materiales está en la base de la revisión. Y no sólo en el proceso civil y asimilados (arts. 510 LEC, 43 LA, 234 LPL, 102 LJCA), sino tampoco en el proceso penal (art. 954 LECrim), aunque hay diferencias entre ésta y las primeramente mencionadas, como apuntaremos después.

El fundamento de la revisión no consiste en la posibilidad de error al aplicar normas procesales, determinante de nulidad de la sentencia, por sí misma o por la nulidad del proceso que la ha precedido. En realidad casi todas las nulidades procesales se convierten en irrelevantes una vez la sentencia ha adquirido firmeza. Y las nulidades que pueden hacerse valer después de la firmeza de la sentencia no pueden alegarse mediante la revisión, sino a través del incidente de nulidad posterior a resoluciones firmes.

Tampoco tiene su fundamento en errores del enjuiciamiento contenido en la sentencia: el razonamiento que ha conducido a resolver en un determinado sentido es correcto a partir de los materiales que han sido aportados al proceso y, en todo caso, ha precluido toda posibilidad de examinar si es correcto o no.

El fundamento de la revisión radica en que la actividad de las partes o del juez ha estado influenciada por específicos y tipificados supuestos de violencia, ignorancia y dolo (los motivos de revisión establecidos en el art. 510 LEC), lo que ha podido conducir a que se dicte una sentencia con un contenido distinto al que hubiera podido tener si no hubieran operado esas influencias anómalas. Una consideración de justicia⁴⁹ conduce a eliminar la cosa juzgada para que el proceso puede realizarse, de nuevo, libre de estas influencias anómalas.

La principal diferencia de fundamentos entre la revisión del proceso civil y asimilados y la revisión penal⁵⁰ consiste en que lo que he llamado “específicos supuestos de ignorancia”, que en la primera son objeto de una tipificación restrictiva – obtención de documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor-,⁵¹ mientras que en la revisión penal se tipifican con gran amplitud –véase el número 4º del art. 954, tan amplio que podría acoger, sin dificultad, los contenidos de los números 1º y 2º del mismo artículo-.

4º) Por fin, tampoco me parece que el error sea el fundamento de la admisión de un *proceso plenario dirigido a modificar el resultado producido por un previo proceso sumario*. Es cierto que la restricción de la cognición que caracteriza al último⁵² puede llevar a una sentencia que no refleje, correcta y completamente, la situación jurídica litigiosa tal como existe en la realidad extraprocesal, pero esto no se debe a que el ordenamiento haya creado un proceso destinado a producir resultados erróneos, sino a que lo ha diseñado con el objetivo de satisfacer unas específicas necesidades de tutela

⁴⁹ FAIRÉN GUILLÉN, “Doctrina general de los medios de impugnación”, cit., pp. 344-345; SIGÜENZA LÓPEZ, *La revisión de sentencias firmes*, cit., pp. 18-19.

⁵⁰ Aparte de que la primera está abierta para ambas partes procesales, mientras que la segunda sólo lo está para el condenado.

⁵¹ Lo que dificulta la subsunción en las causas de revisión de ciertos casos. Por ejemplo, el que considera la STSJ Cataluña núm. 37/2003 (Sala de lo Civil y Penal, Sección Única), de 27 octubre, en el que no se presentan documentos detenidos por fuerza mayor, ni por obra de la parte beneficiada por la sentencia, sino los resultados de una prueba pericial heredo-biológica posterior a la sentencia que ha declarado una paternidad que aquella prueba excluye indubitadamente.

⁵² ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 598-599.

judicial.⁵³ El proceso plenario posterior, en el que no se dejan de corregir errores de enjuiciamiento del sumario, se caracteriza –y esa es su justificación- por posibilitar la ampliación del material procesal –los hechos, los medios de prueba, las peticiones- a todo el que es relevante para una resolución sobre el asunto litigioso, sin las restricciones, genéricas o específicas, a las que fue sometida la aportación de aquel material en un régimen de sumariedad.

Para un segundo grupo de medios de impugnación que no son recursos en sentido estricto, la idea de un error que debe ser rectificado sí que se halla en su fundamento, pero se trata de un error específico –diferente en cada supuesto, según veremos- y al que se añade una razón adicional –también distinta en cada clase de estos medios- para completar su fundamento.

Se integran en este grupo:

1º) El *incidente de nulidad posterior a resolución firme por vulneración de derechos fundamentales*, medio de impugnación que actualmente regulan el art. 241 LOPJ y el art. 228 LEC, tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales, pero está atribuido a los tribunales ordinarios. Su vigencia en nuestro ordenamiento no es muy larga, pero tiene gran interés considerar su origen y los cambios que ha experimentado hasta hoy.

Hay ciertas nulidades procesales que la parte sólo puede conocer después de que haya sido dictada la resolución firme del correspondiente proceso. Hasta cierto momento, nuestro ordenamiento no preveía un medio de impugnación para plantear esas nulidades ante los tribunales ordinarios, de modo que el amparo ante el Tribunal Constitucional acababa por ser el único medio para denunciarlas, con fundamento en la violación del derecho fundamental a la no indefensión.⁵⁴

Una reforma de 1997 del entonces numerado como art. 240 LOPJ estableció el incidente de nulidad de actuaciones con el limitado fundamento de las nulidades causantes de indefensión, que tuvieran las características apuntadas, aunque también con fundamento en la incongruencia del fallo de la sentencia, que ya no pudiera ser corregido mediante un recurso ante los tribunales ordinarios. Con la primera causa de la nueva impugnación se reforzaba el carácter subsidiario del amparo constitucional. Pero la segunda causa de la impugnación no tenía una justificación tan fácil.⁵⁵

⁵³ El estudio más acabado de los procesos sumarios ha de buscarse en FAIRÉN GUILLÉN, tanto en trabajos anteriores suyos, cuanto en el reciente y completísimo *Lo “sumario” y lo “plenario” en los procesos civiles y mercantiles españoles: pasado y presente*, Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, *passim*.

⁵⁴ Sobre esta etapa y las soluciones para ampliar la competencia de los tribunales ordinarios para apreciar la nulidad, MARTÍN DE LA LEONA ESPINOSA, J. M., *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Colex, Madrid, 1991, pp. 227-270.

⁵⁵ Sobre esta etapa del incidente de nulidad, véase GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Civitas, Madrid, 2002, *passim*.

En cuanto a las dudas de que este incidente fuera adecuado a todos los casos de incongruencia téngase en cuenta que, por una parte, la misma razón práctica de evitar el acceso directo al amparo constitucional podía existir en los casos de incongruencia por omisión de pronunciamiento, dado que en esos casos puede haber lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (como derecho a un

La LEC de 2000 suprimió la causa de incongruencia (art. 228 LEC) y dio solución –adecuada, pero diferente al incidente de nulidad– al problema de la incongruencia por omisión de pronunciamiento (art. 215.2, 3 y 4 LEC). Ahora bien, el artículo 228 no era aplicable hasta que se modificara la LOPJ (disp. final 17ª Ley 1/2000), por lo que permaneció en vigor el régimen establecido por el art. 240 LOPJ. Reformada la LOPJ en diciembre de 2003, la nueva redacción que se dio al artículo entonces numerado como 241 lo hizo coincidir en su mayor parte con la del art. 228 LEC, pero siguió incluyendo la causa de «incongruencia del fallo».

Como último estadio de esta evolución, el art. 241.1, párrafo primero LOPJ ha sido de nuevo modificado en el contexto de la reforma del amparo constitucional (LO 6/2007, de 24 de mayo), y en el preciso punto de las causas en las que puede fundarse el incidente. Estas causas se conciben, ahora, como «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

Esta reforma significa, en primer término, que el fundamento del incidente de nulidad no estará limitado a los defectos de forma que hayan causado indefensión, como sigue disponiendo el art. 228 LEC, sino que podrá serlo la vulneración de cualquier derecho fundamental a los que se refiere el art. 53.2 CE, incluidos los procesales, pero todos ellos y no sólo ellos. Por tanto, la finalidad del incidente ha evolucionado en la dirección de potenciar el carácter subsidiario del amparo constitucional respecto de la protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios.

2º) El fundamento de la *acción de anulación del laudo arbitral*, y del proceso al que da lugar su ejercicio, también es doble.⁵⁶ Por un lado, los errores de hecho y de Derecho que dan soporte a las causas de la acción de anulación previstas en el art. 41.1 LA, que constituyen la garantía de los límites imperativos a la autonomía de la voluntad, que el ordenamiento ha establecido para el arbitraje, como medio privado de solución de litigios, productor de especiales efectos en relación con la solución jurisdiccional de los mismos (efecto excluyente de esta solución, eficacia ejecutiva del laudo). Por otra parte, la preceptividad de que esos límites sean actuados mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, puesto que se negaría a las personas su derecho a la tutela judicial, como derecho de acceso a los tribunales del Estado, si no pudieran plantear ante estos si se dan las condiciones de la aceptación de una solución no jurisdiccional de los litigios y si han sido respetadas las normas de Derecho imperativo que rigen esa solución.

pronunciamiento sobre las pretensiones). Pero en caso de incongruencia por exceso, salvo que, simultáneamente, hubiera indefensión –es decir, que el tribunal se hubiera pronunciado de oficio y, además, sin posibilidad de audiencia; caso subsumible, sin dificultad, en la primera causa de nulidad a la que pretendía atender la reforma–, este medio de impugnación no está justificado en las razones que se han apuntado poco antes.

⁵⁶ Véase GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J. L., *El control jurisdiccional del arbitraje*, La Ley, Madrid, 2007, en síntesis pp. 23-31, y, más ampliamente, pp. 43-115.

3º) Del amparo constitucional no debería tratarse en este contexto, porque su establecimiento no depende de la libertad de configuración normativa del legislador, sino que viene impuesto por el art. 161.1, b CE. No obstante, cabe apuntar que este fundamento constitucional contempla el error en la interpretación y aplicación de las normas que reconocen los derechos fundamentales y libertades públicas, que conduce a la violación de los mismos y que puede ser atribuida a los tribunales ordinarios, bien por violación directa de tales derechos, bien porque no los han protegido contra violaciones de otros sujetos jurídicos.⁵⁷ Por otra parte, incluye la determinación de que la última palabra en la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas corresponda a un tribunal especial, situado fuera del Poder Judicial (arts. 123.1, 161.1, b, 162.1, b CE), compuesto por magistrados con un estatuto personal distinto al de los que forman parte de los tribunales ordinarios.

C) El fundamento especial de algunas clases de recursos: el problema abierto de la amplitud del acceso a recursos de corte casacional

El fundamento más general al que el legislador atiende para establecer recursos experimenta una limitación o especificación cuando ha de optar por el establecimiento de clases determinadas de recursos. El aspecto más importante –aunque no el único- de esta cuestión es el de las razones para la implantación de recursos de corte casacional.

a) El fundamento de los recursos de reposición, reforma, súplica y queja

Es poco frecuente –tal vez por obvia- la observación de que el fundamento de estos cuatro recursos –que, por naturaleza jurídica son dos, porque los tres primeros sólo se diferencian entre sí por el *nomen iuris*- sólo lo son posibles errores en la interpretación y aplicación de las normas procesales. Y no por que el legislador haya optado por configurarlos como recursos extraordinarios –es decir, con causas de impugnación legalmente limitadas y condicionantes de la admisibilidad-, sino porque la resolución recurrible sólo puede decidir sobre cuestiones procesales. Incluso, dentro de esta limitación, es mayor la que experimenta el recurso de queja que, salvo en uno de sus regímenes en el proceso penal (art. 218 LECrim, en cuanto al recurso de queja contra autos no apelables), se ciñe al control de los posibles errores sobre la admisión y la continuación de la tramitación ante el tribunal *a quo* de un recurso devolutivo preparado y/o interpuesto ante ese tribunal.

b) El fundamento de los recursos de corte casacional

La referencia a los recursos de corte casacional es una limitación a la realidad de nuestro ordenamiento –y de algunos de su entorno más próximo-. Un planteamiento más abierto debería conducir a preguntarse por las razones a las que el legislador atiende para establecer, además de otros recursos, un recurso último o supremo en el curso de todos o de algunos procesos.⁵⁸

⁵⁷ ORTELLS RAMOS, “El Tribunal Supremo español”, cit., pp. 39-47.

⁵⁸ Sobre opciones respecto de este “último” recurso, diferentes a la casación puede encontrarse una información inicial en TARUFFO, M., *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, (trad. Monroy Gálvez, J., Monroy Palacios, J.J.), Palestra Editores, Lima, 2005, pp. 7-33 y 35-69; LEIPOLD, D., “Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich”, en *Rechtstaat-*

Aun ciñendo nuestras consideraciones a la limitación mencionada al principio, el campo de cuestiones es muy amplio y está, en la actualidad, particularmente abierto.

De entrada, no puede sostenerse que el fundamento de los recursos de corte casacional sea contrarrestar, en general, los errores judiciales en la dirección del proceso y en la sentencia sobre el objeto del mismo, en toda la variada entidad que esos errores pueden tener –correspondiente a una correlativa variedad de juicios a los que pueden afectar-. De otro modo dicho: los recursos de corte casacional no se destinan a lograr que se dicte una sentencia que, en todos los aspectos sea más acertada y justa. La razón principal es que estos recursos, por lo general y particularmente en su configuración más estricta, sólo permiten revisar si se han producido errores de Derecho, a partir de unos hechos ya fijados y cuya certeza ya no es revisable (art. 477.1 LEC; art. 88 LJCA).

En nuestro ordenamiento, algún régimen histórico⁵⁹ y actual (art. 849.2º LECrim; art. 205, a LPL) de recursos denominados de casación, o de recursos de características próximas a estos aunque con otro *nomen iuris* (el recurso de suplicación del proceso laboral y, en especial, el motivo del mismo que regula el art. 191, b LPL), han abierto vías limitadas –además, en diferente medida- para alguna revisión del juicio de hecho.⁶⁰

No obstante, aunque el recurso de casación se ajuste a la configuración más estricta, tampoco es acertado decir que su finalidad es la protección del *ius constitutionis*, frente a la defensa del *ius litigatoris*. Ésta es otra de las formas de plantear las grandes opciones a las que se enfrenta el legislador cuando decide sobre el establecimiento de la casación.⁶¹ Basta considerar que la casación no se inicia de oficio, sino a iniciativa de parte gravada por la sentencia impugnada, que existe el deber de congruencia del tribunal respecto del recurso interpuesto y que la sentencia estimatoria de casación tiene eficacia anuladora –cuando no hay reenvío, ni sentencias separadas, aparentemente eficacia modificadora- de la sentencia recurrida, para concluir que la casación es un instrumento de tutela de los derechos litigiosos de las partes, aunque de manera acotada a una revisión de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que conforman esos derechos, lo que comporta que la parte recurrente quede sujeta, en el procedimiento del recurso, a reglas diseñadas para que el

Rechtsmittelstaat, Justzministerium Baden-Württemberg, Stuttgart, 1999, pp. 70-72; SONELLI, S., *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*, G. Giapichelli Editore, Torino, 2001, pp. 13-67.

⁵⁹ Pienso, principalmente, en el motivo que se incorporó a la casación de la LEC de 1881 por la reforma de 1984, en el art. 1692.4º. Sobre esta cuestión véase lo que decimos en el inmediatamente siguiente apartado 2, B, b.

⁶⁰ Se deja, ahora, aparte la general dificultad para delimitar, con precisión, en qué consisten los juicios de hecho que, contra lo que ocurre con los de derecho, no son revisables en casación: en general, puede verse, ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 547-548; con mayor detalle, SILGUERO ESTAGNAN, J., *El control de los hechos por el Tribunal Supremo (Su aplicación en el recurso de casación civil)*, Dykinson, Madrid, 1997, *passim*; GUASCH FERNÁNDEZ, S., *El hecho y el Derecho en la casación civil*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 1998, *passim*.

⁶¹ Por ejemplo, entre nosotros, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, N., “El recurso de casación”, en *Los recursos en el proceso civil*, (Gimeno Sendra, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 400.

recurso sirva, precisamente, a esta finalidad limitada.⁶² Simultáneamente el recurso de casación sirve para que el Tribunal Supremo⁶³ determine cuál es la más correcta interpretación de la norma y si ha sido aplicada correctamente –es decir, a unos hechos que satisfacen las exigencias del supuesto de hecho normativo-. De este modo el recurso cumple la función nomofiláctica –de protección o defensa de la norma jurídica- y, además, garantiza la uniformidad de esas interpretación y aplicación, así como los cambios reflexivos de las mismas.

Las razones que conducen al legislador a establecer recursos de corte casacional tienen un contrapeso en la incidencia que la carga de trabajo de los tribunales competentes para conocer de esos recursos tiene sobre la efectiva posibilidad de que cumplan las funciones que se les asignan.

Si cualquier asunto litigioso tuviera oportunidad de acceder al TS, aunque sólo fuera para que éste resolviera sobre si la norma jurídica ha sido bien interpretada y aplicada en concreto y si se deben mantener o hay razones para alterar la interpretación y aplicación que se han hecho hasta el momento, aquél tribunal no estaría en condiciones de cumplir correctamente sus funciones. Por razones diversas. Si, con la finalidad de que pueda asumir en un plazo razonable su carga de trabajo, se optara por aumentar, proporcionalmente al incremento de la misma, el número de magistrados del Tribunal, se pondría en peligro la uniformidad en la interpretación y aplicación de las normas y la calidad de unas sentencias, de las que se espera la mayor corrección en la tarea de concreción normativa.⁶⁴ Si, por el contrario, la composición del Tribunal se limita a un número razonable de magistrados, se corre el riesgo de las dilaciones indebidas, que no sólo son perjudiciales para los litigantes, sino que, en una perspectiva más general –relevante porque corresponde a uno de los fines del recurso- son nocivas para el conjunto de la vida jurídica, a causa del retraso en el establecimiento de las orientaciones jurisprudenciales que derivan de las sentencias del alto tribunal.⁶⁵

⁶² GRUNSKY, W., STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, V-1, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1994, pp. 304-305.

⁶³ O el tribunal de máximo grado en el ámbito de un ordenamiento cuya vigencia no alcanza a todo el territorio del Estado y respecto de las normas de ese ordenamiento. Véase el inmediatamente siguiente apartado 2, A, a.

⁶⁴ TARUFFO, M., “La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y de la instancia”, en *Estudios de Derecho Procesal en honor de Victor Fairén Guillén*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990, pp. 550-551; DELGADO BARRIO, J., “Del modo de arreglar la Justicia”, *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Tribunal Supremo, Madrid, 2000, p. XLIII; MORAL SORIANO, L., *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 182; ORTELLS RAMOS, “El Tribunal Supremo español”, cit., pp. 81-82.

⁶⁵ HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *Independencia del juez y desorganización judicial*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 166-169, 185-188; ORTELLS RAMOS, “El Tribunal Supremo español”, cit., pp. 77-81.

La opción legislativa respecto del establecimiento de un recurso como la casación, va acompañada de otra opción: la relativa al modo de seleccionar los asuntos que podrán acceder a ese recurso.

Las posibilidades son muy diversas.⁶⁶ Las soluciones tradicionales en nuestro ordenamiento han sido, principalmente, la de la cuantía de los asuntos –la gravedad de las penas, si de causas penales se trata-, y residualmente la de la materia sobre la que aquellos versaran. La reflexión de que estos criterios pudieran no ser compatibles con el fundamento del recurso, en cuanto dejaban ciertas clases de asuntos jurídicos fuera de la posibilidad de alcanzar la más correcta interpretación y aplicación de las normas y de contar con una jurisprudencia unificada y razonadamente evolutiva, ha conducido a plantearse otros modos de selección. Y así –de nuevo nos limitamos a nuestro ordenamiento, y sin posibilidades de profundizar- encontramos planteamientos *lege ferenda* en favor de la atribución al Tribunal Supremo de una potestad discrecional de selección de asuntos, y, *lege data*, criterios de selección según conceptos jurídicos indeterminados, cuyo contenido se diseña en atención al principio de igualdad en la aplicación de la ley, abriendo el acceso a la casación precisamente en aquellos casos en que una diversa resolución de casos iguales parezca poner en riesgo el respeto a aquel principio (casación para unificación de doctrina; casación por interés casacional).

2. Las principales opciones para la configuración de los recursos establecidos

Si el legislador decide establecer un recurso contra una determinada clase de resolución, se abren ante él diversas opciones de configuración de una serie de componentes de la estructura de ese recurso. Me voy a referir a las fundamentales.

A) Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del recurso

Entre las opciones referidas a la competencia destaca, sin duda, la relativa a qué tribunal tendrá la competencia para dictar la resolución final del recurso. Pero la importancia de esta cuestión oculta, en ocasiones, la de qué tribunal tendrá atribuidas otras competencias funcionales en la tramitación del recurso.

a) El tribunal competente para dictar la resolución final del recurso

Las principales opciones sobre este componente del recurso dependen de la consideración de la entidad de la cuestión resuelta por la resolución impugnada y del fundamento o de la función perseguida mediante el recurso establecido.

Como ejemplo de lo primero puede destacarse la competencia para resolver la reposición (o la reforma o la súplica, en su caso). Su atribución al mismo órgano que ha dictado la resolución impugnada es proporcionada a la menor importancia de las cuestiones procesales decididas por aquella, que residualmente –es decir, salvo excepción (por ejemplo, art. 454 LEC)- ya no podrán ser sometidas a un tribunal de

⁶⁶ Remito, para una más amplia consideración, a ORTELLS RAMOS, M., “La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, en *Los recursos ante los tribunales supremos en los ordenamientos europeos*, (Ortells Ramos, ed.), pendiente de publicación en Editorial Difusión Jurídica, Barcelona, 2008.

grado superior. La menor entidad de la cuestión hace aceptable un recurso con menores expectativas de éxito. Pero hay otra reflexión de política jurídica que debe ser considerada aquí. Se ha puesto, a veces, en tela de juicio la conveniencia de mantener este recurso, porque la complejidad que introduce en el procedimiento no queda compensada por su eficacia práctica; es comprensible el obstáculo psicológico que supone que sea el mismo órgano jurisdiccional quien tenga que reformar su propia resolución. Sin embargo, si se tiene en cuenta la sobrecarga de trabajo en los órganos jurisdiccionales y la mayor probabilidad, por ello, de errores en la tramitación, parece conveniente conservar un medio que obliga a reconsiderar especialmente las resoluciones.

La mayor importancia de las cuestiones decididas por otras resoluciones induce al legislador a atribuir la competencia para decidir el recurso a un tribunal distinto y de grado superior, lo que añade imparcialidad y un verdadero enjuiciamiento adicional en la decisión del recurso.

No obstante, como apuntamos poco antes, la función de reducir las posibilidades de error de las resoluciones judiciales puede ser especificada o acotada en algunas modalidades de recurso, concretamente en las de corte casacional. Esa especificación o acotación de la función también es factor relevante para atribuir la competencia de resolución del recurso.

Respecto de un recurso que tenga por función la revisión del enjuiciamiento sobre los hechos y el Derecho realizado por la resolución impugnada –o un nuevo enjuiciamiento sobre ellos-, para optimizar, en general, las posibilidades de acierto, basta que la competencia de decisión se encomiende a un tribunal con cualidades orgánicas mejores que el que dictó la resolución recurrida (por ser juez técnico, cuando éste no lo era; por ser colegiado, cuando éste era unipersonal).

En cambio, en los recursos con la función específica de la casación, la opción coherente de política jurídica es atribuir la competencia de decisión del recurso a un único tribunal en el Estado, o, al menos, a un tribunal único en el ámbito del ordenamiento respecto de cuyas normas deba establecerse cuál es la más correcta interpretación y aplicación, una doctrina jurisprudencial uniforme y una racional evolución de la misma. En caso contrario, se corre el riesgo de que la opción por una determinada función del recurso quede neutralizada por la opción sobre el tribunal competente. Ciertamente mantener la coherencia de estas opciones no es fácil, como lo demuestra la regulación de la materia en nuestro Derecho.⁶⁷

⁶⁷ Respecto del tema de la casación, los ordenamientos jurídicos autonómicos y las competencias funcionales del Tribunal Supremo y los Tribunales Superiores de Justicia, véase: CORDÓN MORENO, F., “El recurso de casación por infracción de ley foral”, *Revista Jurídica de Navarra*, 1988, pp. 28-49; BONET NAVARRO, A., “Facultades del Tribunal Supremo para enjuiciar y controlar la aplicación del Derecho Civil Foral: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 1 de julio de 1996”, *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 226-254; VALLS GOMBAU, J. F., “Las competencias civiles de los Tribunales Superiores de Justicia. Especial referencia a la revisión y a los recursos de casación autonómicos”, *Justicia*, 1988, II, pp. 334-353; ORTELLS RAMOS, M., “Interpretación y aplicación del Derecho autonómico en el orden contencioso-administrativo”, en *Balance de cinco años de aplicación de la Ley jurisdiccional. Procedimientos administrativos y proceso contencioso-administrativo*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 189-226;

b) La distribución de competencias funcionales en los recursos devolutivos

La distribución de competencias funcionales entre el tribunal *a quo* y el tribunal *ad quem* en los recursos devolutivos es considerado un tema tan secundario que, en ocasiones, da la impresión de que la única competencia funcional en esos recursos es la que se atribuye al tribunal *ad quem*. En realidad, esa distribución comporta opciones de política jurídica de alguna importancia.

Por un lado, con la excepción del procedimiento del recurso de queja, es regla general en nuestro ordenamiento que los recursos devolutivos deban prepararse ante el tribunal *a quo* y que éste tenga potestades de dirección en una primera etapa del procedimiento del recurso, potestades que comprenden las de resolver sobre la admisión de la preparación, dirigir formalmente la realización de –más o menos- actos de alegación y, en su caso, de proposición de prueba, incluida, en algunos supuestos, la potestad de apreciar preclusiones que determinan desistimiento tácito del recurso (deserción). La posibilidad de que el ejercicio de estas potestades por el tribunal *a quo* ponga fin al recurso, es lo que justifica el establecimiento de un recurso como el de queja, instrumento de control del tribunal *ad quem* sobre las potestades del *a quo* en estos supuestos límite.

La primera cuestión de política jurídica es la de si este régimen procedimental es o no el más acertado en cuanto a la distribución de la carga de trabajo entre los dos órganos jurisdiccionales implicados –y sus respectivas oficinas judiciales-, teniendo en cuenta el volumen de trabajo que, fuera de estas actuaciones en una primera etapa del procedimiento de los recursos, ya recae sobre el tribunal *a quo*. En segundo término, si esa carga de trabajo que se echa sobre este tribunal resulta útil, habida cuenta que un pronunciamiento suyo que impida la tramitación del recurso no evitará que el tribunal *ad quem* deba ocuparse también de la correspondiente cuestión procesal, en virtud del recurso de queja que puede interponerse directamente ante ese tribunal.

De momento, dejo estas cuestiones sólo apuntadas, pero llamo la atención sobre la importancia práctica que han manifestado tener para un cierto alivio de la carga de trabajo del Tribunal Supremo, en particular en cuanto a los recursos de casación (y extraordinario por infracción procesal) atribuidos a su Sala Primera. Es muy notable el efecto de contención de los recursos de casación que ha tenido la asunción por las Audiencias Provinciales de los criterios (restrictivos) de admisión de la Sala Primera, que ha conducido, por otra parte, a un espectacular incremento de la cifra de recursos de queja.⁶⁸

Por otro lado, esta distribución de competencias funcionales plantea, en algunos supuestos –recursos contra resoluciones finales de procesos de declaración- problemas

ORTELLS RAMOS, “La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de “unificación de doctrina” y de “interés casacional”, cit., apartado II, 2.

⁶⁸ ORTELLS RAMOS, M., “Una nueva reforma de la casación civil española”, *Practica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2007, núm. 36, p.16; MARTÍN PASTOR, J., “Distribución de competencias funcionales entre Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo en el control, del interés casacional en orden a la admisión de la casación”, en *XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal. Problemas actuales del proceso iberoamericano*, II, Centro de Publicaciones de la Diputación de Málaga, Málaga, 2006, pp. 187-202.

de atribución de competencia para actuaciones incidentales importantes para la efectividad de la tutela judicial, como es la petición de tutela cautelar. A mi modo de ver la solución del art. 723.2 LEC, que, interpretada a la letra, asigna la competencia para la tutela cautelar al tribunal que, en el momento de la solicitud, esté ejercitando la competencia funcional que le corresponde en la tramitación del recurso, es la solución más idónea desde el punto de vista de la efectividad de esta tutela, porque el tribunal que recibe la solicitud se halla en inmediatas condiciones de tomar las decisiones de tramitación que correspondan en el procedimiento cautelar.⁶⁹

B) La amplitud del enjuiciamiento en el recurso

No se considera, ahora, la amplitud concreta que puede tener ese enjuiciamiento. En realidad esa es un cuestión a resolver según criterios técnico-jurídicos, de manera coherente bien sea con el principio dispositivo en sentido estricto, por el que ha optado el legislador para la configuración de conjunto del otorgamiento de tutela jurisdiccional en un proceso civil o asimilado al mismo, bien sea con el poder de iniciativa reservado a sujetos legitimados –distintos al órgano jurisdiccional-, por el que el legislador opta para mejor garantía de la imparcialidad de ese órgano, aunque ese poder ya no represente una auténtica facultad de disposición.⁷⁰ Como consecuencia de esas opciones básicas, es el recurrente quien determina el ámbito concreto del enjuiciamiento en el recurso, aunque hay excepciones a esta regla.⁷¹

El tema de este apartado es previo al que se acaba de mencionar y consiste en si la ley ha de establecer limitaciones a la amplitud del enjuiciamiento en el recurso que ha decidido crear, lo que, en algún supuesto, tiene alguna implicación con el régimen procedimental de los actos del recurrente destinados a establecer, en concreto, esa amplitud.

a) Apelación, segunda instancia limitada, segunda “primera instancia”. La llamada “apelación” contra resoluciones dictadas en el juicio ante jurado

Puede decirse, con matices, que una primera diferencia de amplitud de enjuiciamiento es la que se establece entre recurso de apelación en sentido estricto y segunda instancia. Pero esa diferencia no es resultado de una opción de política-jurídica, sino la consecuencia técnico-jurídica de una realidad previa.

Apelación y segunda instancia coinciden en que son recursos ante un tribunal de grado superior al que ha dictado la resolución recurrida, que volverá a enjuiciar la cuestión resuelta con la amplitud de poderes de enjuiciamiento que veremos a

⁶⁹ ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 219-223; ORTELLS RAMOS, M., “La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000”, en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 44, CGPJ, Madrid, 2004, pp. 645-647.

⁷⁰ Sobre la última matización, véase, ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Comares, Granada, 1999, pp. 187-191, 193-195; ORTELLS RAMOS, M., con otros autores, *Derecho Procesal. Introducción*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 271-275, 277-280.

⁷¹ Algunas se apuntaron antes en el apartado II, 1, A, a; pero véase, más ampliamente, BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, cit., pp. 112-114; GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., *El recurso de apelación en el proceso civil*, Colex, Madrid, 2001, pp. 115-119.

continuación. Pero la distinción entre la estricta o mera apelación y la (apelación que abre una) segunda instancia depende de cuál haya sido el objeto decidido por la resolución recurrida: si lo ha sido el objeto del proceso, el recurso (de apelación) abrirá una segunda instancia, como segunda etapa para enjuiciar, nuevamente, el objeto del proceso; si el objeto de aquella resolución lo ha sido una cuestión de naturaleza procesal, prescindiendo de que ponga o no fin al proceso pendiente, nos hallaremos ante una estricta o pura apelación, sin virtualidad para abrir una nueva etapa de enjuiciamiento del objeto del proceso.⁷²

La distinción entre recurso de apelación y segunda instancia conduce al planteamiento de opciones diferentes tanto respecto de la instrucción del recurso – entendida como alegaciones, peticiones y actividad probatoria o de acreditamiento que se realiza en el procedimiento de éste-, como respecto de los efectos y del tiempo de su presentación. De los dos últimos temas mencionados nos ocuparemos después. Ahora consideraremos el primero.

Respecto de la (apelación que inicia una) segunda instancia se abren ante el legislador un abanico de opciones que, ordenadas de menor a mayor intensidad, serían las siguientes:

1º) La primera opción consiste en limitar los materiales en los que puede basarse el nuevo enjuiciamiento a los que ya fueron introducidos en la primera instancia: las pretensiones y otras peticiones, las alegaciones de hecho y de Derecho entonces admisiblemente formuladas y las pruebas entonces admitidas y practicadas. De ese modo en el recurso sólo serían admisibles alegaciones de naturaleza argumentativa, que serían relevantes para un nuevo enjuiciamiento que tendría que fundamentarse en la misma base, pero que no tendría límites (legales; otros son los que quiera establecer el recurrente) en cuanto a la posibilidad de revisar tanto los juicios de hecho, como de Derecho, integrantes del primer enjuiciamiento.⁷³

2º) La segunda opción consiste en que el nuevo enjuiciamiento puede hacerse con base en alegaciones de hecho y/o en medios de prueba adicionales a los que se formularon o practicaron en la primera instancia. En tal caso, las opciones se extienden a determinar en qué medida esas alegaciones y esos medios de prueba son admisibles. Si se echa una mirada sobre los ordenamientos de los países de nuestro entorno, se observa que esa medida es muy diferente de unos a otros, aunque prepondera una tendencia a la restricción y, por tanto, a la admisión sólo en supuestos legales más o menos limitados.⁷⁴ Tanto en este supuesto, como en el del número 1º se puede hablar

⁷² De esta opinión, DE LA OLIVA SANTOS, A., con Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2004, pp. 492-493; ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 499-500; BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, cit., pp. 97-100. De otra opinión, GARBERÍ LLOBREGAT, J., “El recurso de apelación civil”, en *Los recursos en el proceso civil*, (Gimeno Sendra, dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 119-120; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, II, cit., p. 1461.

⁷³ ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 500.

⁷⁴ Muy limitados en Derecho inglés, LEIPOLD, “Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich”, cit., pp. 72-73; con tendencia a una menor limitación en Derecho francés, LEIPOLD, “Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich”, cit., p. 78; más extensamente, CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 522 y GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso*

de una segunda instancia limitada, aunque, obviamente lo descriptivo del adjetivo acaba dependiendo de la intensidad de la limitación.

3º) La tercera opción se refiere a si, en todo caso –es decir, aun admitiéndose nuevas alegaciones y nuevas pruebas-, estará limitada al que ha sido objeto del proceso en la primera instancia, o si podrá ser modificado éste, incluso incorporando otros objetos procesales en alguna medida conexos con el que lo ha sido de la primera instancia.⁷⁵ En este supuesto debería hablarse de una segunda “primera instancia”, expresión que también sería pertinente si, limitado el objeto procesal al de la primera, se permitieran alegaciones de hecho y pruebas sin restricción.

Es sabido que nuestro ordenamiento procesal civil⁷⁶ se detiene en el segundo nivel de la gradación que se acaba de mencionar. Se admite la práctica de nuevos medios de prueba para rectificar errores de dirección procesal cometidos en la primera instancia, bien sea al resolver el tribunal sobre la admisión, bien sea al gestionar el tribunal la práctica de la prueba admitida.⁷⁷ Se admiten también nuevos materiales – ahora hay que hablar más genéricamente y no sólo de medios de prueba- como excepciones justificadas a las preclusiones que se producen en distintos momentos de la primera instancia: nuevos medios de prueba documental;⁷⁸ hechos nuevos por

de apelación, cit., pp. 126-127. Una tendencia restrictiva moderada nos ofrece el Derecho italiano, LEIPOLD, “Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich”, cit., p.83, CARPI, TARUFFO, (coord.), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, cit., pp. 3036-3046, MORA CAPITÁN, B., PICÓ Y JUNOY, J., “El nuevo proceso civil italiano”, en *Documentación Jurídica*, Tomo XIX, julio-septiembre 1992, pp. 112-117, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 131-133; y el Derecho alemán, RIMMELSPACHER, B., “Die Berufungsinstanz zwischen Rechtskontrolle und Tatsachenkorrektur”, en *Rechtstaat-Rechtsmittelstaat*, Justizministerium Baden-Württemberg, Stuttgart, 1999, pp. 47-65, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 129-131. Muy restrictivo se muestra el Derecho austriaco, LEIPOLD, “Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich”, cit., p. 92, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 127-128.

⁷⁵ Un panorama sobre esta opción en GARBERÍ LLOBREGAT, “El recurso de apelación civil”, cit., pp. 341-343. Sobre el régimen de esta cuestión en Derecho francés, CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire privé*, cit., pp. 524-526; en Derecho alemán, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 129-132; en Derecho italiano, a pesar de reformas restrictivas, CARPI, TARUFFO, (coord.), *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, cit., pp. 3036-3046, MORA CAPITÁN, PICÓ Y JUNOY, J., “El nuevo proceso civil italiano”, cit., pp. 112-117, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 131-133.

⁷⁶ Aplicable, como normativa supletoria, a la apelación contencioso-administrativa. La apelación en el procedimiento penal abreviado (art. 790.3 LECrim) y en el procedimiento por faltas (art. 976.2 LECrim) también admite, con limitaciones, la práctica de nuevos medios de prueba.

⁷⁷ Ya bajo la antigua LEC de 1881, GARBERÍ LLOBREGAT, “El recurso de apelación civil”, cit., pp. 267-271. Para la LEC de 2000, ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 517-518; BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, cit., pp. 140-143; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general*, cit., pp. 581-583.

⁷⁸ ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 519-520; BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, cit., pp. 136-139; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general*, cit., pp. 580-581; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, II, cit., pp. 1467-1468. A diferencia de la LEC de 1881, respecto de la prueba de confesión - GARBERÍ LLOBREGAT, “El recurso de apelación civil”, cit., pp. 275-276-, sólo hay excepción para la prueba documental y si existe justificación para la falta de aportación en la primera instancia.

producidos con posterioridad a determinados momentos preclusivos de aportación, y los medios de prueba destinados a probar esos hechos;⁷⁹ hechos descubiertos con posterioridad a determinados momentos en que la aportación había precluido, y los medios de prueba dirigidos a probarlos;⁸⁰ por fin, las pruebas –y, previamente, las alegaciones de hecho– que proponga el demandado rebelde, al que la rebeldía no le fuera imputable.⁸¹

No es cuestión clara, ni pacífica en nuestra doctrina cuál es el alcance de las alegaciones de hecho adicionales que la ley permite,⁸² pero no es este el momento de profundizar en ese debate. Importa más apuntar cuáles son los intereses que pondera o debe ponderar el legislador para elegir entre las diversas opciones que se le plantean en esta materia.

En síntesis,⁸³ los intereses implicados y el juego de los mismos pueden describirse así:

1º) La limitación de los materiales que deben ser considerados en la segunda instancia a los que fueron introducidos en la primera, evita dilaciones indebidas en la resolución del proceso.

2º) Pero una dilación no puede considerarse indebida si deriva de una admisión limitada de nuevos materiales, fundada en la rectificación de los errores judiciales de dirección procesal de la prueba en la primera instancia y en el establecimiento de excepciones justificadas a la preclusión –referidas a hechos relevantes y a medios de prueba pertinentes que son nuevos o que eran antes desconocidos-. La posibilidad de introducir estos materiales mejora las garantías de acierto y justicia de la sentencia.

3º) La admisión, incluso, de nuevas pretensiones procesales conexas con la inicial del proceso, o de una modificación de los elementos de ésta –especialmente de la *causa petendi*, por concurrencia de hechos nuevos o antes desconocidos, relevantes

⁷⁹ ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 516; BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, cit., pp. 143-144; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, cit., p. 495; MORENO CATENA, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, cit., p. 385; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general*, cit., pp. 583-584; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, II, cit., pp. 1467-1468.

⁸⁰ Véanse los autores y obras citados en la nota inmediatamente anterior.

⁸¹ Por tanto, desaparece la ambigua regulación de la LEC de 1881, sobre la que véase GARBERÍ LLOBREGAT, “El recurso de apelación civil”, cit., pp. 273-274. Esta admisión de materiales de hecho y de pruebas puede ser entendida como una justa excepción a la preclusión: ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., p. 516; BONET NAVARRO, *Los recursos en el proceso civil*, cit., pp. 145-146; RAMOS MÉNDEZ, *Enjuiciamiento Civil*, II, cit., p. 1468; con alguna reticencia sobre la posibilidad de comprobar que la rebeldía no ha sido imputable al demandado, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración. Parte general*, cit., pp. 583-584; GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 217-229.

⁸² Además de lo que se deduce de las obras mencionadas en las notas inmediatamente anteriores, una cuidadosa exposición de los términos de la discusión puede verse en GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 158-191.

⁸³ Más ampliamente y con referencias bibliográficas, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 136-144.

para la misma petición- presenta la ventaja de posibilitar la solución de la situación litigiosa en un solo proceso, evitando procesos posteriores que la cosa juzgada no podría excluir.

Las consideraciones del número 1º generan una fuerza de tendencia contraria a las de los números 2º y 3º, y corresponde al legislador decidir el punto de equilibrio. Si la opción legislativa se inclina en la dirección de las consideraciones de los números 2º y 3º, la prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) impone la previsión de medios de defensa adecuados a favor de la contraparte. Éste es el único imperativo constitucional, porque –atendida la doctrina jurisprudencial del TC sobre el derecho al recurso en materias no penales-⁸⁴ las soluciones conformes a las consideraciones de los números 2º y 3º –sobre todo las de éste último- no son contrarias a un inexistente derecho (o norma objetiva) constitucional de que un objeto procesal deba ser enjuiciado en dos instancias.

Después de todo lo dicho hasta aquí, resulta obvio que el conjunto de problemas apuntados y sus posibles soluciones no se plantean respecto del estricto recurso de apelación.⁸⁵ Las resoluciones contra las que ésta se dirige, no han sido precedidas de una específica actividad de alegación y de prueba, que de base para la aplicación de las excepciones del art. 460 LEC. Aunque tal vez sería más exacto decir que aquellos problemas no se plantean igual, si bien en algún supuesto puede haber analogía; pienso, principalmente, en las resoluciones sobre medidas cautelares –que son estrictamente apelables, no abren una segunda instancia-, pero que se han dictado tras una actividad de alegación y de acreditamiento.⁸⁶ No obstante, continua siendo cierto que el estricto recurso de apelación habilita al tribunal de grado superior para un nuevo enjuiciamiento de lo resuelto por el órgano *a quo*, sin límites legales previos –en particular, sin excluir un nuevo enjuiciamiento de la certeza de los aspectos de hecho en los que se basa la aplicación de la norma-, aunque dentro de la delimitación que establezca el recurrente.

La amplitud legalmente ilimitada del enjuiciamiento en el recurso –ilimitada en el sentido de poder extenderse tanto al juicio de hecho, cuanto al de Derecho- es compatible con diferentes regulaciones de los actos de presentación del recurso –entendiendo por tales aquéllos en los que el recurrente concreta el alcance del mismo-. Estos actos pueden consistir en:

1º) Una declaración genérica de impugnación, sin acotar las decisiones específicas de la resolución recurrida contra las que se dirige, ni invocar motivos o causas específicos en los que se funda, siempre dentro de la total libertad –con el solo límite del gravamen-, puesto que ya hemos visto que la ley no constriñe a la parte a fundamentos determinados. Los términos de referencia del deber de congruencia del tribunal *ad quem* serían iguales a los que han condicionado la potestad de

⁸⁴ Véase más arriba el apartado III.1.

⁸⁵ Así, para la LEC de 1881, GARBERÍ LLOBREGAT, “El recurso de apelación civil”, cit., p. 266.

⁸⁶ Para estos supuestos lo razonable es una aplicación analógica del art. 460 LEC, como he defendido en ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 517-518.

enjuiciamiento del tribunal *a quo*. Para que un recurso con este tipo de acto de presentación tenga posibilidades de éxito es necesario que, como mínimo, se prevea un acto en el que el recurrente desarrolle alegaciones de naturaleza argumentativa orientadas a obtener un enjuiciamiento diferente del tribunal *ad quem*. No obstante, si el recurrente desaprovecha este acto, la consecuencia preceptiva no es la desestimación del recurso, porque el alcance de éste quedó establecido en la declaración genérica de impugnación y el tribunal puede resolver válidamente, respetando los límites de la congruencia a los que antes nos hemos referido. Es probable, sin embargo, que su recurso no tenga éxito, porque el tribunal no haya quedado suficientemente ilustrado de los errores de la resolución recurrida y/o del procedimiento que la ha precedido. La carga de aprovechar el acto que mencionamos es, para el recurrente, una carga imperfecta.⁸⁷

Pero, en función de las posibilidades legales de innovación del material procesal –alegaciones, pruebas-, incluso en un recurso de apelación (en sentido estricto y en uno que abra una segunda instancia) con ese tipo de acto de presentación, puede resultar imprescindible una actividad en positivo y específica del recurrente. Ocurre esto si el recurrente quiere hacer valer casos de anulabilidad de actos procesales o de declaración de nulidad de los mismos –salvo alguna excepción-, y si quiere aprovechar las posibilidades legales –en diversa medida limitadas- de formulación de nuevas alegaciones de hecho y/o de proposición de medios de prueba.

2º) Una declaración de impugnación específica en el doble sentido de que, en un momento o en otro del procedimiento del recurso, debe indicar los pronunciamientos de la resolución impugnada contra los que se dirige el recurso y los motivos o causas en las que se funda, aunque con total libertad en uno y otro aspecto, sin otro límite que el del gravamen. En mi opinión, este régimen del acto (de los actos) de presentación del recurso hace más rigurosa la responsabilidad del recurrente, sobre el que recaen cargas procesales perfectas en cuanto a los dos elementos acabados de mencionar –conducentes al establecimiento de unos términos distintos del deber de congruencia del tribunal *ad quem*-, facilita la defensa de la parte recurrida –porque conoce con precisión el alcance específico de la impugnación- y facilita también la actividad de enjuiciamiento del tribunal *ad quem* –que puede limitar el nuevo enjuiciamiento al alcance específico de lo recurrido-. En cualquier caso, no sería correcto sostener que este régimen procedimental del acto (actos) de presentación del recurso contradice o se opone a la esencia de la apelación (de la estricta o de la que abre una segunda instancia), en cuanto recurso que hace posible un nuevo enjuiciamiento sin previas limitaciones legales de su alcance. Es cierto que se impone al recurrente una carga de delimitación del objeto específico del recurso, pero, previamente a eso, no limita su libertad en cuanto a que formule ese objeto de tal modo que se extienda el enjuiciamiento a los juicios de hecho y/o de Derecho contenidos en la resolución impugnada o en el procedimiento que conduce a ella.⁸⁸

⁸⁷ Véase, ampliamente y para el régimen más general de esta cuestión en la LEC de 1881, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 27-32.

⁸⁸ Éste es el régimen de la LEC de 2000, sobre lo que véase, ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 505-520; más ampliamente, GARCÍA-ROSTÁN, *El recurso de apelación*, cit., pp. 32-81.

Si se atiende a la amplitud del enjuiciamiento en el recurso de apelación (en sentido estricto o en uno que abra una segunda instancia), que se observa tanto en el régimen de éste en el proceso civil, como en el proceso administrativo y en algunas regulaciones del recurso en el proceso penal,⁸⁹ debe decirse que no contribuye a la claridad terminológica, que se nutre del carácter unívoco de los términos, llamar recurso de apelación al que puede ser interpuesto contra diversas resoluciones dictadas en el proceso ante el tribunal del jurado, y, en particular, contra la sentencia. No me parece relevante, en este sentido, la limitación de motivos de nulidad/anulabilidad procesales (art. 846 bis c), párrafo primero, apartados a y d LECrim), que tampoco son ilimitados en otros regímenes de la apelación,⁹⁰ ni la limitación de la revisión del enjuiciamiento de las cuestiones de Derecho (art. 846 bis c), párrafo primero, apartado b, LECrim), porque es sólo aparente, no real. En cambio los apartados c) y e) del párrafo primero del art. 846 bis c LECrim si que demuestran una limitación real de la potestad de enjuiciamiento del tribunal *ad quem*, que no puede enjuiciar nuevamente las cuestiones de hecho con total amplitud, y no tanto porque, en ninguna medida, puedan admitirse nuevos hechos y pruebas, sino porque las pruebas ya practicadas no pueden ser nuevamente valoradas para llegar, en su caso, a un juicio distinto sobre los hechos. La potestad de enjuiciamiento está limitada, de uno u otro modo, a los juicios sobre las cuestiones de hecho que lesionarían el derecho a la presunción de inocencia, no alcanzando a una plena revisión del juicio de hecho.⁹¹

b) Recursos de enjuiciamiento legalmente limitado: el recurso de casación y otros

Frente a la característica –ella misma aún diversificada– del recurso de apelación, en otra clase de recursos el legislador opta por la previa limitación legal de la amplitud del enjuiciamiento. Es el caso, principalmente, del denominado –en nuestro ordenamiento y en otros de nuestro entorno– recurso de casación.

No obstante, si consideramos los regímenes de esta limitación en nuestra experiencia histórica más reciente e, incluso, en el Derecho vigente, observaremos que el grado de esa limitación es diferente, particularmente por lo que hace a la posibilidad de que sea revisado el juicio sobre las cuestiones de hecho.

⁸⁹ Arts. 221-231, pero, principal y más evidentemente, art. 790.2 –para el procedimiento abreviado, aplicable a la apelación en el procedimiento de faltas, por lo dispuesto en el art. 976.1 LECrim-. Obviamente no ha de mencionarse el proceso laboral, cuya ley no prevé un recurso del tipo de la apelación.

⁹⁰ Tampoco en estos pueden hacerse valer otras causas de nulidad o de anulación que las previstas por la ley y que se hubieran producido en el procedimiento.

⁹¹ TOMÉ GARCÍA, J. A., con otros autores, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 796; ARIAS LOZANO, D., *Comentarios a la Ley del Jurado*, (De La Oliva, coord.), Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 712-721. Y sobre las modalidades de lesión del derecho a la presunción de inocencia, MARTÍN PASTOR, J., ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS, M., TAPIA FERNÁNDEZ, I., (dirección y coordinación), *El proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional (1981-2004)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 571-977.

Sólo por mencionar los trazos más destacados de esta materia –inabarcable, en este momento, en su análisis de detalle- recordaré que:

1º) En el proceso civil, hasta llegar a la actual regulación –art. 477.1 LEC, cuya letra no da cobertura a la revisión de los juicios de hecho-, se han recorrido varias etapas. La LEC de 1881 incluía, en su art. 1692.7º, la posibilidad de motivar el recurso en el error de derecho en la apreciación de la prueba o error de hecho en esa apreciación, si resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación evidente del juzgador. En torno a este motivo se desarrolló buena parte del debate sobre la *vexata quaestio* de la posibilidad y de la medida en la que el tribunal de casación podía revisar el enjuiciamiento no estrictamente jurídico de la sentencia impugnada. La reforma de 1984 dio una redacción al art. 1692.4º que, al menos en su letra, hacía posible la revisión del juicio de hecho en casación fuera de una necesaria referencia a la infracción de una norma jurídica. Para entender el alcance de la nueva formulación hay que atender a dos observaciones. Primera, que respecto del documento que, como elemento de contraste, ha de revelar el error en la valoración probatoria, la ley no exige, ni directa, ni indirectamente –éste era el sentido del requisito de la autenticidad- que tenga eficacia probatoria legal. Segunda, que no basta para la concurrencia del motivo, que el resultado probatorio deducible del documento sea contrario al fijado en la sentencia impugnada, sino que es necesario que otras pruebas no contradigan el resultado probatorio deducible del documento. Todo esto conducía a que el TS, para determinar si el motivo era o no fundado, pudiera revisar la apreciación de la prueba con vistas a decidir si confirmaba la sentencia de instancia – por entender que lo que resultaba de otras pruebas era más fiable que lo que resultaba del documento- o la revocaba, modificando el juicio sobre los hechos con introducción del resultado probatorio derivado del documento. Por fin, la reforma de 1992 derogó ese motivo 4º del art. 1692, tratando de evitar que la casación se convirtiera en una tercera instancia “como puede ser en ocasiones por la vía del conocimiento de nuevo de cuestiones de hecho”,⁹² de limitar al tribunal de casación a la comprobación de si, sobre unos hechos inmodificables, la subsunción de los mismos en la norma había sido o no acertada.⁹³ Y este motivo de casación tampoco aparece ya en el art. 88.1 LJCA.

2º) Pero ese mismo motivo continúa vigente, sin embargo, en la casación del proceso laboral (art. 205, d LPL) y del proceso penal (art. 849.2º LECrim): error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

⁹² Presentación del proyecto por el Ministro de Justicia, Cortes generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 1992, IV Legislatura, núm. 174, p. 8528.

⁹³ MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez, L., Civitas, Madrid, 1993, pp. . 110-112; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, “El recurso de casación”, cit., pp. 542-543.

La opción por permitir esta limitada revisión del juicio de hecho se considera una característica peculiar de estos recursos de casación.⁹⁴

Que se opte por continuar llamando casación a un recurso en el que se permita esa, aun limitada, revisión del juicio sobre los hechos, puede ser discutible si la apreciación se hace desde el parámetro de un cierto modelo histórico de la casación, pero, sin duda, el legislador puede optar por establecer diferentes grados de limitación del enjuiciamiento. Lo hace también en el recurso de suplicación del proceso laboral – cuyos motivos limitados establece el art. 191 LPL-, pero, a diferencia de lo que hemos visto que ocurría con el uso del nombre de recurso de apelación para referirse al que puede interponerse contra sentencias dictadas en el proceso ante Jurado, en este caso el legislador no se deja “atrapar” por un *nomen iuris* con una precisa carga semántica, sino que asigna un nombre específico a un recurso que ha configurado de determinada manera.

C) El efecto de la presentación del recurso sobre el desarrollo y la finalización del proceso

Ante el legislador se abren, también, diversas opciones acerca de si la presentación del recurso debe o no tener efecto suspensivo sobre la eficacia que corresponde a la resolución recurrida, bien sea en el desarrollo del proceso, bien sea en su terminación.

Los criterios de política jurídica que deben ser tomados en consideración para elegir entre ellas dependen, principalmente, del contenido de las resoluciones recurridas y del sentido en que las mismas se pronuncian. Hagamos un repaso, necesariamente sintético.

1º) En el supuesto de sentencias definitivas que estimen la pretensión, la cuestión que está en juego es la de establecer o no la ejecución provisional de la misma. Y los criterios que influyen en la opción sobre esto son muy diversos, siempre partiendo de la base de que la sentencia, por ser estimatoria de una pretensión de condena, pueda ser título de ejecución.⁹⁵ El legislador puede inclinarse por conceder la ejecución provisional por considerar que la sentencia ha sido dictada tras un proceso con todas las garantías, por constatar estadísticamente que el porcentaje de revocaciones en los recursos es muy bajo; puede inclinarse por limitar la concesión de la ejecución provisional de la sentencia de primera instancia, pero por concederla si se trata de la dictada en segunda, por las menores expectativas de estimación del recurso admisible contra ella.⁹⁶ En el proceso penal la ejecución provisional propiamente dicha debe quedar excluida en virtud del derecho fundamental a la presunción de inocencia,

⁹⁴ Véase, HINOJOSA SEGOVIA, R., con otros autores, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2007, p. 612; más ampliamente, VECINA CIFUENTES, J., *La casación penal. El modelo español*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 95-126.

⁹⁵ Cuestión diferente es si deben producirse los efectos de sentencias recurridas que, por estimar pretensiones constitutivas o meramente declarativas, no producen efectos ejecutivos, sino de modificación jurídica o de simple cosa juzgada sobre el objeto resuelto.

⁹⁶ Una visión panorámica de los fundamentos de la ejecución provisional respecto de nuestro proceso civil en ARMENTA DEU, T., *La ejecución provisional*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 19-33.

aunque algunas necesidades prácticas pueden ser satisfechas mediante un adecuado sistema de medidas cautelares.

2º) En los supuestos de resoluciones que conceden tutela cautelar o tutela ejecutiva o que ordenan los actos necesarios para la eficacia de estas tutelas cuando han sido concedidas, los criterios deben inclinar por el cumplimiento provisional de las resoluciones recurridas, porque es coherente con la característica de efectividad que es consustancial a ambas modalidades de tutela, y, en el supuesto de la tutela ejecutiva, porque está en su favor la justificación que provee el título ejecutivo.

3º) Los supuestos de resoluciones de dirección procesal que ponen término al proceso son poco problemáticas en este aspecto. El proceso ya está detenido, de modo que el eventual recurso no puede retrasar su tramitación por su posible efecto suspensivo. Ocurre algo similar con las resoluciones de dirección procesal que, sin poner fin al proceso, ordenan la suspensión del mismo (por ejemplo, arts. 41 al 43 LEC). En los dos supuestos, un criterio de política jurídica orientado a agilizar la definitiva decisión sobre el estado del proceso afectado debe conducir a establecer una preferencia en el señalamiento para la decisión de esos recursos.

4º) Restan por considerar los supuestos de resoluciones de dirección procesal que, por su contenido o por el sentido de la decisión, no ponen término al proceso, ni lo suspenden, sino que deciden su continuación, aunque de un modo que, en el caso de que el recurso fuera estimado, se consideraría contrario a la ley procesal y determinante de una declaración de nulidad o de una anulación, con sus correspondientes ineficacias derivativas.

Me centro, ahora, brevemente, en los supuestos del número 4º. La decisión de política jurídica sobre dar o negar a estos recursos efecto suspensivo es compleja y requiere ponderar criterios diferentes a los que se tienen presentes en la opción sobre el establecimiento o no de ejecución provisional.

Los objetivos y los criterios en tensión son varios:

1º) Criterio favorable al efecto suspensivo es el de que sólo conviene continuar la actividad procesal sobre una base segura de validez, porque, si el recurso es estimado, la actividad y los medios destinados a la continuación del proceso habrán sido inútiles. No obstante, si, por este criterio, el legislador opta por el efecto suspensivo y el recurso es desestimado, se habrá incurrido en una dilación procesal innecesaria.

2º) Criterio favorable a la negación de efecto suspensivo es el de que si ha adoptado la resolución un órgano jurisdiccional –con las garantías de las que está rodeado–, con arreglo, en principio, a las normas de procedimiento, la prohibición de dilaciones indebidas debe inclinar a excluir la suspensión, sin perjuicio de los efectos de la eventual estimación del recurso.

3º) Caben soluciones de algún modo intermedias o que conducen a un cierto equilibrio entre las soluciones extremas a las que abocan las dos criterios antes mencionados. El legislador puede establecer un recurso que no produzca una dilación importante y, además, disponer que la resolución desestimatoria de este recurso no producirá cosa juzgada formal sobre la cuestión resuelta, sino que la parte gravada

podrá replantearla en el contexto de un recurso posterior que tendrá posibilidad de presentar en el mismo proceso.⁹⁷ Ventajas de esta solución son: da una oportunidad para que se reconsidere la cuestión resuelta y aplaza su nueva reconsideración con un recurso inmediato –con lo que elude la necesidad de decidir su efecto suspensivo o no-, pero deja abierta la posibilidad de esa reconsideración en el contexto de un eventual recurso futuro, cuyos efectos, suspensivos o no, sean menos perturbadores para la tramitación del proceso. Incluso es posible que la consecuencia no sea sólo el aplazamiento del replanteamiento de la cuestión, sino la extinción del interés en recurrir el pronunciamiento sobre ella, porque, al dictarse la resolución en cuyo recurso debiera hacerse el replanteamiento, la parte no sufriera gravamen.⁹⁸

Obviamente ninguna de las soluciones mencionadas consigue impedir que el recurso inmediato, o el recurso (que podemos llamar) demorado, acabe siendo decidido en un sentido que, por una razón o por otra, perjudique objetivos apreciables que el legislador puede proponerse en la tramitación de un proceso. Se perjudicará el objetivo de evitar dilaciones indebidas si el recurso tuvo efecto suspensivo y, en definitiva, el recurso es desestimado. Sufrirá, en cambio, la economía procesal –la actividad y los medios destinados a la realización del proceso- si se negó efecto suspensivo al recurso inmediato, o se estableció un recurso “demorado”, y el recurso es definitivamente estimado, haciendo inútil la totalidad o parte de la actividad procesal realizada. Frente a estos riesgos no hay solución posible en el contexto del régimen del efecto suspensivo del recurso, sino que el problema ha de resolverlo el legislador al decidir si establece o no recursos en determinados supuestos, aunque también puede incidir sobre el mismo –minimizándolo- al regular la conservación de actos en los supuestos de nulidad y anulación (art. 243 LOPJ).

V. UN APUNTE SOBRE LOS CRITERIOS DE TÉCNICA JURÍDICA PARA LA ORDENACIÓN DE LOS RECURSOS Y DE OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

En una reflexión como la que nos proponíamos hacer en esta ponencia –reflexión sobre los fundamentos de determinada institución-, el campo en el que los criterios de técnica jurídica son decisivos es necesariamente reducido. Principalmente, las opciones básicas están adoptadas en el texto constitucional o corresponden a la libertad de configuración normativa del legislador, que atiende a criterios sociológicos, valorativos y genéricamente políticos para elegir entre diferentes posibilidades de configuración jurídica del medio de impugnación, específicamente del recurso.

Respecto de la cuestión de en qué medida los criterios de técnica jurídica deben incidir en esa configuración me limitaré a apuntar, ahora, que deben ser atendidos aquellos criterios que vienen impuestos por la coherencia interna del diseño legal del medio de impugnación o del recurso y por la coherencia que estos han de guardar con el régimen del proceso al que están sistemáticamente vinculados.

⁹⁷ Por ejemplo, el régimen del recurso de reposición en la LEC (art. 454 LEC), el régimen de algunos recursos en el proceso concursal (art. 197.3 Ley Concursal).

⁹⁸ Por ejemplo, resolución desestimatoria de la reposición por inadmisión de medio de prueba y falta de gravamen para el recurso de apelación contra la sentencia de la parte cuya proposición probatoria hubiera sido desestimada.

No resulta posible, en este trabajo ya demasiado largo, profundizar en esa dirección. Pero sí que es conveniente formular una prevención en sentido negativo acerca de lo que no son exigencias de la técnica jurídica en esta materia.

A mi juicio, la utilización por el legislador, al crear un medio de impugnación – específicamente, un recurso-, de un *nomen iuris* propio de un medio de impugnación o de un recurso, que en Derecho interno, o en Derecho comparado, tenga una regulación tradicional o predominante, no implica que, por coherencia de técnica jurídica, el legislador deba dotarlo de una determinada regulación, porque ser la misma la que corresponde o se ajusta a un presunto modelo. Y digo “presunto modelo”, porque basta el acercamiento al Derecho comparado o a la historia de ciertos “modelos” de medio de impugnación, específicamente de recursos, para darse cuenta de que las características uniformes y repetidas que presentan son menores de lo que, a primera vista, puede parecer, de modo que su calidad de modelos se desvanece fácilmente.

Por otra parte, carece de justificación en el ámbito del Derecho –en particular, en el de las instituciones de Derecho público-⁹⁹ la idea de que existiera una especie de estructura del medio de impugnación o recurso, con entidad propia y anterior a su configuración normativa, que se impusiera al legislador en el momento de introducirla en el ordenamiento. En realidad, los modelos que, en esta materia que consideramos, se pueden presentar como “descubiertos”, no son más que modelos “construidos” a partir de las configuraciones concretas del medio de impugnación o del recurso, a veces destacando, y otras minimizando, diversas características singulares que, en cada ordenamiento o en cada etapa histórica del mismo, ha tenido la institución.

Son ilustrativas de lo que acabo de decir las siguientes referencias, a las que, en este momento, puede hacerse una simple remisión:

1º) La variedad de regulaciones que, sincrónica o diacrónicamente, han recibido el nombre de casación.¹⁰⁰

2º) La diversidad de regulaciones que se amparan bajo el nombre común de apelación.¹⁰¹

3º) La denominación de revisión que se utilizaba en el art. 102 de la LJCA de 1956, en cuyo apartado 1 había causas más propias de un recurso de casación, que de una acción autónoma de impugnación de la cosa juzgada, como lo es, por regla general, el juicio de revisión.¹⁰² También es oportuno recordar las diferencias de

⁹⁹ Ni siquiera puede pensarse, como en el ámbito de las relaciones jurídico-privadas, en una especie de creación de la sociedad civil, que el poder político se limitaría a recibir y reconocer. Y aún en este ámbito, es claro que el legislador puede acotar de diversas maneras el ámbito de la autonomía de la voluntad.

¹⁰⁰ Véanse, más arriba, apartados IV, 1, C, b) y IV, 2, B, b).

¹⁰¹ Véase, más arriba, apartado IV, 2, B, a).

¹⁰² Pienso en la causas del apartado a (contradicciones en la parte dispositiva de la sentencia), b (contradicción entre pronunciamientos de sentencias referidas a litigantes en la misma situación y a objetos procesales iguales, y g (incongruencia por exceso o por defecto). El breve plazo de interposición del recurso con base en estas tres causas, establecido en el apartado 3 del art. 102 LJCA/1956, revelaba la diferente naturaleza del medio de impugnación, a pesar de la identidad del nombre. Ya antes en este sentido, con referencia a la causa del apartado 1, b del artículo mencionado,

regulación de la revisión, actualmente, en el proceso penal frente a los demás procesos.¹⁰³

El *nomen iuris* puede ser criticable si alude a una modalidad de medio de impugnación o de recurso con unas determinadas características que, tradicional o mayoritariamente, se consideran significativas, mientras que la institución efectivamente regulada difiere notablemente de ellas. La consecuencia será una confusión inicial, pero ésta deberá superarse teniendo presente la interpretación del conjunto de normas destinadas a la regulación del medio de impugnación o del recurso. Pero, en cuanto a incidencia normativa, la única que cabe apuntar es la de que ese *nomen iuris* inadecuado acabe por ejercer una influencia indebida sobre esa interpretación de las normas, por la atención que hay que prestarle a la denominación legal en el criterio literal de interpretación.

En mi opinión, los criterios de técnica jurídica que determinan la configuración del medio de impugnación o del recurso son los que derivan de la coherencia interna de esa configuración o de la coherencia que ésta debe guardar con el régimen del proceso en el que el medio de impugnación o el recurso se insertan.

NIETO, A., “El recurso de revisión previsto en el apartado b) del número 1 del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, *Revista de Administraciones Públicas*, 1963, núm. 41, pp. 29-33.

¹⁰³ Véase el anterior apartado IV, 1, B.



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL**
**PROCESO
ADMINISTRATIVO**

**NOTAS SOBRE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS SOBRE MATERIAS ADMINISTRATIVA Y
TRIBUTARIA^(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Valencia (Estudi General)

SUMARIO: 1.- LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS COMO COMPONENTE NECESARIO DE TODO PROCESO DE DECLARACIÓN. 2.- LA PRUEBA EN LOS PROCESOS SOBRE MATERIA ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA. NEGACIÓN DE UNA PECULIARIDAD RADICAL: LA PRETENDIDA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRUEBA EN ESTOS PROCESOS. 3.- LA COMPROBACIÓN DE DATOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA Y DE LAS NORMAS QUE LA REGULAN. 4.- PODERES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO Y EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. POSIBILIDAD DE PRECLUSIONES POR INACTIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN OFICIAL. 5. LAS ALEGACIONES DE HECHO COMO OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. 6.- LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA COMO OBJETO DE LA PRUEBA. REVISIÓN DE LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. SOBRE EL ALCANCE DEL ENJUICIAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN GENERAL Y DE LA LLAMADA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN PARTICULAR. 7.- LAS NORMAS JURÍDICAS COMO OBJETO DE LA PRUEBA. REFERENCIA A LAS NORMAS INTEGRADAS POR REMISIÓN A ORDENACIONES ESTABLECIDAS POR SUJETOS PRIVADOS. 8.- EL OBJETO DE LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE NORMAS QUE ESTABLECEN PRESUNCIONES. IMPORTANCIA EN MATERIA TRIBUTARIA. 9.- SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. EL VALOR PROBATORIO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. 10.- SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

^(*) Publicado en *XVI Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Con participación internacional*, celebrado en la ciudad de Guanajuato del 18 al 23 de abril de 1999, V. III, Instituto Mexicano de Derecho Procesal y Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Guanajuato, 1999, pp. 69-99.

1. LA FIJACIÓN DE LOS HECHOS COMO COMPONENTE NECESARIO DE TODO PROCESO DE DECLARACIÓN.

La sentencia es el acto del juez en el que éste emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el Derecho, y, en consecuencia, decide estimarla o desestimarla, poniendo fin al proceso de declaración.

El juicio sobre la conformidad con el Derecho no es un juicio en abstracto. La pretensión procesal, que formula una petición concreta, se basa en una determinada causa de pedir. Esta no consiste en normas, ni en calificaciones jurídicas, sino en acaecimientos concretos de la vida social, que tienen relevancia jurídica y que diferencian una pretensión de otra. Además, la estimación de la pretensión depende de la concurrencia de los hechos constitutivos¹. En fin, el principio de contradicción implica que deben ser tomadas en consideración las alegaciones defensivas del demandado, consistentes en hechos con relevancia jurídica, no favorables a la conformidad a Derecho de la pretensión procesal.

En todo proceso de declaración es necesaria, en consecuencia, una actividad para que sean establecidos los hechos como concurrentes o no, a los efectos de sustentar la aplicación de las normas jurídicas y del pronunciamiento sobre la estimación de la pretensión. Esta actividad es, por regla general, la prueba.

Podría pensarse que hay excepciones a esa necesidad, que se darían, precisamente, en el ámbito procesal al que se refiere esta ponencia o en ámbitos próximos al mismo. Me refiero a los supuestos en los que el objeto del proceso consiste en una pretensión de inconstitucionalidad de una disposición legal o de ilegalidad de una disposición reglamentaria, o en una cuestión respecto a lo anterior que debe plantear un órgano jurisdiccional ante otro que tenga la competencia para el enjuiciamiento de esos objetos. En efecto, cuando la disposición legal o reglamentaria cumple en el proceso la función de regla del enjuiciamiento está, indudablemente, al amparo del principio *iura novit curia*, y no es, salvo excepciones, objeto de la prueba. Cabría pensar que si la disposición es objeto del proceso, no es necesaria actividad probatoria, porque tanto la regla del juicio (la Constitución o la Ley), como el objeto del proceso (la ley tachada de inconstitucional, el reglamento tachado de ilegal), son, en definitiva, normas jurídicas sobre las que se proyecta el *iura novit curia*.

En realidad tal excepción no existe. Basta pensar en la inconstitucionalidad por motivos formales, cuya apreciación requiere de la prueba de datos del procedimiento de formación de la ley. Igualmente la ilegalidad del reglamento puede tener por causa la incompetencia del órgano administrativo que lo dictó, vicios del procedimiento de formación, la desviación de poder², etc., para cuya constatación será necesaria actividad probatoria.

La prueba es -como método ordinario y general de fijación de los hechos- un componente necesario de todo proceso de declaración, cualquiera sea la materia jurídica a la que haga referencia el objeto del proceso.

Puede ser -y normalmente será- diferente el régimen jurídico de los diversos elementos que componen la prueba procesal.

¹ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho jurisdiccional*, II, Valencia, 1997, (con Montero, Gómez Colomer y Montón), páginas 89-92.

² CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Madrid, 1989, páginas 64-71.

En parte, esa diversificación se debe, directa o indirectamente, a la naturaleza del Derecho material que se actúa en el proceso: su carácter público o privado influye en la distribución de poderes la prueba entre las partes y el juez; la naturaleza penal o, genéricamente, sancionadora de ese Derecho determinará normas específicas sobre la carga de la prueba en sentido material.

En otra parte, las peculiaridades del régimen de la prueba no se deben a ninguna razón de coherencia con el Derecho material, sino a opciones más autónomamente procesales, realizadas de modo más o menos racional o planificado. Pienso, fundamentalmente, en las diferencias que derivan de enmarcar la prueba en un contexto procedimental escrito o, por el contrario, predominantemente oral, en las normas que pueden perseguir equilibrar la satisfacción del derecho a la prueba con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

2. LA PRUEBA EN LOS PROCESOS SOBRE MATERIA ADMINISTRATIVA Y TRIBUTARIA. NEGACIÓN DE UNA PECULIARIDAD RADICAL: LA PRETENDIDA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRUEBA EN ESTOS PROCESOS.

La primera aproximación al régimen específico de la prueba en los procesos sobre materia administrativa y tributaria choca, de entrada, con la más radical de las peculiaridades: la idea de que la prueba en estos procesos -frente a lo que ocurre en todo proceso de declaración- será un componente excepcional.

La explicación de esta llamativa posibilidad radica en que, en estos procesos, la pretensión procesal va dirigida contra un acto previamente emitido por la Administración, que, además, lo ha dictado después de constatar y apreciar los aspectos de hecho y de Derecho en un procedimiento interno³. La función de la potestad jurisdiccional sería revisar si ese acto es conforme a Derecho y anularlo en el caso contrario.

Las posibilidades probatorias que existieron en el procedimiento previo justificarían la tendencia a la exclusión de la prueba o, como mínimo, a una genérica limitación de la misma dentro del proceso en el que se pretende el enjuiciamiento jurisdiccional de la previa actuación administrativa.

Por esa vía, el proceso administrativo acabaría por convertirse en una especie de recurso de casación o, todo lo más, en una segunda instancia limitada, en la que podrían ser subsanadas las denegaciones probatorias injustificadas, que se hubieran producido en el procedimiento administrativo, y en la que se podrían establecer algunas excepciones a la general preclusión producida en determinados trámites del procedimiento administrativo.

Esta fue, en efecto, la situación en Derecho Español hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956. Por una lado, disposiciones rectoras del proceso administrativo restringían la prueba de diversos modos; por ejemplo, la clara norma de preclusión contenida en el art. 37 del Reglamento General para la

³ Siempre que me refiera a esta actividad interna de la Administración para emitir un acto administrativo, incluidas las reclamaciones posteriores ante órganos de la Administración, utilizaré la expresión procedimiento, seguida o no del adjetivo administrativo. El término proceso lo reservo para las actuaciones de partes y de órgano jurisdiccional, para que éste, con su específica potestad, actúe el Derecho respecto de la pretensión procesal que es objeto del proceso. El término se utilizará sin más o acompañado de los adjetivos administrativo o contencioso-administrativo.

aplicación de la Ley Santamaría de Paredes, según el cual no se admitirá prueba de los hechos “que, según las disposiciones vigentes, deban acreditarse dentro de términos especiales en la vía gubernativa”. Por otro, la doctrina jurisprudencial y científica estimaban que el especial valor probatorio de la documentación de las actuaciones del procedimiento administrativo, justificaba que los tribunales pudieran limitarse a enjuiciar la debida aplicación del Derecho a los hechos fijados por la Administración⁴.

En la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 se quiso dejar claro respecto de la trascendencia de la prueba que “el proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional”, y, ya en la parte dispositiva de esa ley, la regulación de la prueba -en parte incluida en el propio texto legal, en parte resultante de la remisión a lo dispuesto por la ley procesal civil- no era distinta en lo esencial a la regulación establecida por las demás leyes procesales. Con independencia de que las discusiones sobre cuestiones de hecho sean más o menos frecuentes, la ley considera normal una fase probatoria en el proceso y no limita su contenido en función de lo ocurrido en el procedimiento administrativo previo.

Y esto vale, incluso, cuando sólo se trata de revisar la legalidad de la actuación administrativa, porque esa revisión no se hace en abstracto, sino considerando la actuación de la administración en el caso concreto. Es decir: la administración dicta un acto en función de una apreciación determinada de los hechos y de un juicio jurídico. El reproche de ilegalidad puede limitarse a discutir la corrección del segundo (en tal caso no hace falta prueba); pero también hay ilegalidad si se discute el acierto de la apreciación fáctica, pues la norma podría estar aplicándose fuera del caso previsto y verificar esto forma indudablemente parte de la potestad de juzgar.

Se pone así de manifiesto que esta pretendida excepcionalidad de la prueba en procesos sobre materia administrativa y tributaria significaba algo más que una peculiaridad procesal. Implicaba también una limitación del enjuiciamiento jurisdiccional de la actuación de la Administración, porque suponía reconocer a ésta un ámbito de juicio -el relativo a la constatación y apreciación no jurídica de los hechos- inmune a ese enjuiciamiento.

Las normas administrativas atribuyen con frecuencia a la Administración potestades discrecionales, en virtud de las cuales aquélla puede decidir actuar o no y actuar del modo que estime más adecuado para satisfacer los intereses generales. El ejercicio de esas potestades no es enjuiciable por los tribunales, salvo en cuanto haya alguna norma jurídica que, en algún aspecto, rijan esta actuación de la Administración.

La doctrina jurisprudencial y científica ha tratado de distinguir con precisión en qué supuestos hay atribución de potestades discrecionales y en qué otros el enjuiciamiento jurisdiccional puede y debe ser completo. Dos técnicas desarrolladas para acotar, en sus límites legales, la discrecionalidad de la Administración, descansan, precisamente, en que dentro del proceso pueda desarrollarse una actividad probatoria suficiente: el llamado control de los hechos determinantes y la revisión jurisdiccional del modo en el que la Administración ha aplicado los conceptos jurídicos indeterminados previstos en las normas que rigen su actuación.

⁴ BORRAJO INIESTA, I., *Prueba y jurisdicción revisora*, REDA, 1989, páginas 127-128; GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo (objeto, carga y valoración)*, Madrid, 1992, páginas 5-10.

La primera de las técnicas consiste, netamente, en que los tribunales tienen potestad de comprobar si los hechos relevantes para el ejercicio conforme a Derecho de la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión existen en la realidad y consisten en lo necesario para dar soporte a la aplicación de las normas que amparan la validez y eficacia de la actuación administrativa⁵.

Es comprensible porqué se dice que el llamado control de los hechos determinantes es una técnica de control de la discrecionalidad, en el sentido de sometimiento de ésta a sus límites jurídicos. Sería, en efecto, tolerar una arbitrariedad burda vincular al tribunal a la determinación de hechos realizada por la Administración, porque ésta podría, mediante una versión de los mismos disconforme con la realidad, pero concluyente para dar base a la aplicación de las normas que justifican su actuación, impedir el enjuiciamiento jurisdiccional concreto de la juridicidad de la misma. Pero su específica mención entre esas técnicas resulta también, en alguna medida, perturbadora, porque la convicción judicial de la certeza de los hechos relevantes para las normas jurídicas que deban ser aplicadas para el pronunciamiento sobre la pretensión es siempre necesario, sean esos hechos relevantes respecto de elementos reglados o discrecionales.

Conceptos jurídicos indeterminados⁶ son elementos normativos cuyo significado las disposiciones no definen con precisión, de modo que para afirmar si la realidad ofrece base para sustentar que tal elemento normativo concurre -y, en consecuencia, la actuación administrativa es ajustada a la norma-, es necesario especificar el significado y verificar si los datos de la realidad lo sostienen en concreto. La Administración tiene la necesidad y la potestad de apreciar la concurrencia en concreto de tales conceptos -si los incluye la norma que rige su actuación-, pero el Tribunal contencioso-administrativo puede examinar la corrección de tal apreciación con ayuda de la prueba, en su caso, específicamente, de la prueba pericial.

En todo caso, en la revisión de cómo ha concretado la Administración los conceptos jurídicos indeterminados hay algo más que apreciación de la prueba. Este juicio tiene dos momentos: constatación de hechos y apreciación no jurídica de diferente naturaleza (científica, técnica, ética, etc.). El segundo componente del juicio excede de la prueba de hechos concretos, requiere conocimiento de las reglas específicas para realizar esa apreciación no jurídica, pero precisamente para esto será normalmente necesario un medio de prueba -la prueba pericial- que puede combinar

⁵ Las referencias podrían ser más amplias, pero véase, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, (con Fernández Rodríguez, T.R.), I, Madrid, 1993, páginas 456-460; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994, páginas 84-89; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994, páginas 132-133; MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., *Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados*, en “Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo”, Madrid, 1994, página 89.

⁶ Igualmente aquí las citas podrían ser muy amplias, pero véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, cit., (con Fernández Rodríguez, T.R.), I, páginas 443-450; SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa*, cit., páginas 21-22, 133-138; MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., *Eficacia, discrecionalidad*, cit., páginas 105-108.

constatación de hechos y apreciación experta de los mismos⁷ para auxiliar a la formación del juicio definitivo del juez.

A pesar del progreso que supuso, la LJCA de 1956 continuaba conservando alguna fórmula restrictiva de la admisión de prueba -como la que requería que los hechos a probar “fueran de indudable transcendencia, a juicio del tribunal, para la resolución del pleito”-. Pero principalmente ha sido la práctica judicial la que, en alguna medida, ha mantenido opiniones no siempre correctas sobre la amplitud de la prueba.

En derecho español, y desde la Constitución de 1978, concurren razones de naturaleza constitucional para justificar que el régimen de la prueba en el proceso administrativo responda a unos criterios de ordenación sin especiales restricciones. De un lado, atendiendo a la configuración de la potestad jurisdiccional, dispone el art. 106.1 de la Constitución que “Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”; ese control se realiza mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que es una potestad de juzgar casos concretos. Por otro lado, si se atiende a la posición procesal de las partes, el art. 24. 2 de la Constitución les reconoce un derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa.

La Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, ha dado una nueva ordenación al proceso administrativo en Derecho español. En materia de prueba las modificaciones respecto a la Ley de 1956 no son sustanciales, pero las que se han introducido van precisamente dirigidas a garantizar el carácter normal y ordinario de la actividad probatoria en este proceso, como tendremos ocasión de comprobar.

3. LA COMPROBACIÓN DE DATOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRUEBA Y DE LAS NORMAS QUE LA REGULAN.

Para la aplicación del Derecho Administrativo y tributario se establecen en el ordenamiento una doble serie de normas reguladoras, a su vez, de dos actividades de comprobación de hechos y otros datos destinadas a fundar decisiones sobre la aplicación de las normas a casos concretos.

De una parte están las normas que rigen la actividad de comprobación de hechos y otros datos que debe ser realizada por la Administración para determinar si procede dictar el acto administrativo, aprobar una disposición general y cuál debe ser el contenido de los mismos⁸. Eventualmente un ordenamiento puede prever que, en caso de disconformidad con el acto, puedan ser iniciados procedimientos de impugnación ante la propia Administración, aprovechando las características de su estructura jerárquica o con atribución a órganos no jerarquizados, procedimientos que

⁷ MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*, Madrid, 1985, página 301.

⁸ En ese sentido los artículos 80-81 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común van destinados a la regulación de la prueba en el procedimiento administrativo. Sobre la materia puede verse OLIVERA MASSO, P., *La prueba y los actos de instrucción de la Administración en el procedimiento administrativo: especial referencia a la regulación contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, La Ley, 1993, núm. 2, páginas 1027-1047.

pueden contener, en su caso, actividades de comprobación y verificación de hechos y de otros datos relevantes⁹.

Por otra parte, encontramos la regulación que establece la ley procesal administrativa respecto a las actividades del juez y de las partes dirigidas a la fijación de los hechos y de otros datos, en la que pueda apoyarse la aplicación de las normas en la sentencia.

La observación de esta realidad da lugar a que se plantee discusión acerca de si la denominación y la naturaleza jurídica de prueba corresponde a ambas clases de actividades o sólo a la segunda de ellas.

La doctrina española sigue, en esta cuestión, la distinción, acuñada por Guasp, entre prueba material y prueba judicial o procesal¹⁰.

La primera es una actividad dirigida a proporcionar fundamento para actos de Derecho material, en cuanto sea necesaria para ello una comprobación o demostración de datos concretos realizada de acuerdo con unas reglas determinadas. Esa necesidad existe si aquellos actos han de ser dictados por órganos del poder público, lo cual ocurre ordinariamente en el ámbito del Derecho Administrativo y Tributario, pero también puede darse en materias de Derecho Privado, como sería el caso del régimen de los medios de prueba necesarios para que puedan producirse asientos en registros de la propiedad inmobiliaria, mercantil o relativos a patentes y marcas. Esta actividad puede ser denominada prueba o de otro modo (acreditamiento, comprobación, etc.), pero, en todo caso, es evidente que la misma y sus efectos jurídicos se producen fuera de un proceso y, aunque tengan una utilidad dentro del mismo si llega a iniciarse, estarían igualmente justificados prescindiendo de la consideración de un posible proceso. En todo caso, las normas que la regulan son de Derecho material.

La prueba judicial es, por el contrario, una actividad necesaria de un proceso. Esto determina una serie de peculiaridades de la misma en los aspectos subjetivos, objetivos y del modo o forma de realización de esa actividad.

Generalmente proviene de las partes y va destinada al juez. Se somete a los poderes de dirección de éste y persigue producir su convicción o la aplicación por él de una norma de valoración legal de la prueba. Si se atribuyen al juez poderes oficiales amplios respecto de la prueba, su papel va más allá del de director y receptor.

El objeto de la actividad probatoria se delimita en función de la pretensión y resistencia formuladas en el proceso y de los criterios que rijan la introducción del material de hecho en el mismo (aportación de parte o investigación oficial).

El modo y forma de realizarse la actividad probatoria está decisivamente influido por los principios de contradicción e igualdad, tanto en la proposición, como en la práctica de los medios de prueba.

⁹ Véase, en la LRJAPPAC, los arts. 112, 123. Ampliamente sobre la prueba en un procedimiento impugnativo interno sobre materia tributaria, PERIS GARCÍA, P., *La prueba en la reclamación económico-administrativa y en el recurso contencioso*, Pamplona, 1997, páginas 35-96.

¹⁰ BORRAJO INIESTA, I., Prueba y jurisdicción revisora, páginas 139-140; GONZÁLEZ-CUELLAR, N., La prueba en el proceso administrativo, páginas 18-24; OLIVERA MASSO, P., La prueba y los actos de instrucción de la Administración en el procedimiento administrativo, páginas 1031-1032; MORENILLA ALLARD, P., La prueba en el proceso administrativo, Tesis doctoral, Toledo, 1993, páginas 4-10 del original de la tesis, por el que citaré ese trabajo, por indisponibilidad del libro del mismo título en el que ha sido publicada.

Las normas que rigen esta actividad probatoria son normas procesales, por que como tales -es decir, sin perjuicio de ser, en ocasiones, objeto de remisión por las disposiciones referidas a la primera clase de actividad probatoria (art. 80.1, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común)- sólo en el proceso tienen verdadera aplicación. No obstante, en materia administrativa y tributaria, las normas que establecen presunciones legales *iuris tantum* están destinadas tanto a ser aplicadas por los órganos administrativos en su actuación previa al enjuiciamiento jurisdiccional, como por los órganos jurisdiccionales al realizar este enjuiciamiento.

El problema no radica, sin embargo, en la dificultad de distinguir la prueba jurídica extraprocesal y la prueba jurídica procesal, ni la naturaleza jurídica de las normas que las regulan, sino en otra cuestión. La actividad probatoria del procedimiento administrativo consiste bien en la incorporación al procedimiento de documentos e informes, bien en actuaciones materiales de otra naturaleza, el resultado de cuya práctica es documentado. Cabe entonces preguntarse si las actividades probatorias del procedimiento administrativo habrán de ser consideradas en el proceso administrativo como prueba documental. Si así debiera ser podrían producirse, en la actividad probatoria de ese proceso, algunas consecuencias de las que destaco las principales.

Primera: se podría considerar que con esa prueba documental ya se está satisfaciendo, en alguna medida, el derecho a la prueba pertinente (art. 24.2 Constitución Española), de modo que en la admisión de pruebas en el proceso administrativo deberán tenerse siempre presentes criterios de complementariedad o de rectificación de la prueba del expediente.

Segunda. Dando un paso más en la consecuencia anterior, se podría vincular a las posibilidades probatorias en el procedimiento administrativo, un deber de diligencia para el interesado, cuyo incumplimiento tendría, en el proceso jurisdiccional posterior, la repercusión de hacer inadmisibles los medios de prueba que pudieron ser propuestos en el procedimiento previo.

Tercera. Si la documentación de la instrucción del procedimiento se considera como prueba documental adquirida en el proceso, condicionará la aplicación de la carga de la prueba, en general, según el resultado de los actos de instrucción documentados y la convicción que provoquen en el juez; la condicionará de modo especial, si existen normas que vinculan a ciertos documentos el efecto de dar por probados determinados hechos, salvo prueba en contrario.

En los apartados que siguen consideraremos el tratamiento de estos problemas.

4. PODERES Y RESPONSABILIDADES DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO Y EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA. POSIBILIDAD DE PRECLUSIONES POR INACTIVIDAD EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN OFICIAL.

En la materia de la atribución de los poderes sobre la prueba a las partes y al juez en el proceso administrativo, se plantean dos cuestiones fundamentales: la posibilidad de que el derecho a la prueba de las partes sea sometido a alguna restricción, principalmente por su inactividad en el procedimiento administrativo previo; la vigencia del principio de investigación oficial por la naturaleza jurídico-pública del Derecho que ha de ser aplicado en este proceso.

A) Preclusión de alegaciones y de pruebas por omisiones de actividad en el procedimiento administrativo.

Estas posibles -o reales- restricciones a la introducción de alegaciones y de pruebas en el proceso administrativo se valoran, por lo general, muy críticamente y suelen considerarse sólo en cuanto afectan a la posición procesal del actor¹¹. La cuestión requiere una consideración más completa.

En cuanto a la posible justificación de una norma de preclusión, es cierto, de entrada, que las preclusiones sólo pueden establecerse en el régimen de la actividad dentro del proceso y en función de la omisión de actividad en el mismo.

Por otra parte, sin embargo, el proceso va precedido de un procedimiento ante la Administración, que el interesado puede haber instado o en el que, en todo caso, tiene facultades de alegación y de prueba. El establecimiento de ese procedimiento puede perseguir el efecto indirecto (o incluso ser el directo propósito legal) de evitar la controversia o de conseguir que ésta halle solución sin necesidad de acceder a los órganos jurisdiccionales. Cosa distinta es la confianza que puedan generar en los particulares unos procedimientos en los que resuelven órganos incardinados en la estructura jerárquica de la Administración. Una mayor confianza en la utilidad de instrumentos para la solución de conflictos jurídicos diferentes al proceso requeriría una composición idónea y cierta independencia funcional de los órganos competentes para decidir¹².

Para que estos medios no judiciales de solución de conflictos sean efectivos, está justificado que las normas induzcan a los sujetos en conflicto a aportar los datos disponibles relevantes para la solución. Y una técnica para alcanzar ese fin puede consistir en establecer una carga de aportación, cuya falta de asunción implique -en

¹¹ Así, por ejemplo, BORRAJO INIESTA, I., Prueba y jurisdicción revisora, páginas 127-143; GONZÁLEZ-CUELLAR, N., La prueba en el proceso administrativo, páginas 13-14; FERNÁNDEZ TORRES, J.R., Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva, Madrid, 1998, páginas 69-72.

¹² Introductivamente sobre esto, SÁNCHEZ MORÓN, M., *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Madrid, 1991, páginas 146-151; y para una interesante experiencia, TORNOS MÁZ, J., *El Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona*, en "Documentación Administrativa", 1989, núm. 220, páginas 208-225.

principio y con todas las matizaciones convenientes- la inadmisión de determinadas aportaciones en el proceso posterior¹³.

Ahora bien, en el caso de los particulares interesados, la posibilidad de vincular esa consecuencia a su inactividad en el procedimiento administrativo requeriría tener en cuenta que, si para su actuación en el proceso es necesaria la intervención de abogado, no sería aceptable que perdiera oportunidades procesales por su conducta en una etapa de reclamación formalizada en la que la defensa técnica no es necesaria, salvo que constara en el procedimiento que fue advertido de la necesidad de aportar prueba de datos determinados y de las consecuencias de su falta¹⁴.

El problema tiene perfiles específicos considerados desde la posición procesal de la Administración.

La falta de motivación del acto administrativo es un vicio de forma que puede determinar la anulación del mismo. Sin embargo el acto puede tener fundamentos suficientes para ser mantenido en cuanto al fondo. ¿Es admisible que la Administración -o un codemandado- supla el defecto de motivación, alegando y probando los hechos en el proceso? En la jurisprudencia española hay, respecto de esta cuestión, dos grandes orientaciones¹⁵.

Según una de ellas la falta de motivación del acto genera indefensión en el actor, porque le impide conocer los motivos de la decisión -y valorar, en consecuencia, si le interesa impugnarla- y dificulta el control judicial del acto, por lo que, salvo en casos en que los motivos pueden ser conocidos por el actor -porque se explicitaron en el procedimiento administrativo, aunque no se llevaron a la motivación-, se inclina por no admitir alegación (y prueba) de nuevos motivos y por anular el acto por el defecto formal. La estimación de la demanda puede convertirse en una victoria pírrica para el actor, porque la Administración puede, después, dictar nuevamente un acto desfavorable, aunque esta vez perfectamente motivado.

Para la segunda orientación es admisible la aportación de nuevos motivos por la Administración a través de sus actos como parte demandada en el proceso, por razones de economía procesal y en atención a que, este proceso, no es un proceso al acto, sino un proceso sobre una pretensión, en el que debe ser examinado todo lo relevante para resolver sobre ella. Habría que distinguir, a continuación, el supuesto de que la Administración no se hubiera manifestado en el procedimiento sobre el nuevo motivo que aduce al contestar la demanda -en cuyo caso no habría obstáculo para la admisión y, eventualmente, para desestimar la pretensión con base en ese motivo-, y el supuesto de que, al contestar la Administración a la demanda, hiciera una alegación contraria a actos favorables para el actor existentes en el procedimiento administrativo -en cuyo caso, aunque la alegación se hubiera admitido a trámite, no deberá ser estimada, porque significaría eludir las vías legales para la revisión de los actos administrativos declarativos de derechos-.

¹³ De este modo justifican el tratamiento del problema la sentencia que comenta BORRAJO INIESTA, I., *Prueba y jurisdicción revisora*, cit., páginas 127-143; OLIVERA MASSO, P., *La prueba y los actos de instrucción de la Administración*, cit., páginas 1037-1038; HINOJOSA MARTÍNEZ, E., *Aspectos procesales del control judicial*, cit., página 178.

¹⁴ BORRAJO INIESTA, I., *Prueba y jurisdicción revisora*, cit., páginas 142-143

¹⁵ Véase HUERGO LORA, A., *La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo*, en RAP, 1998, páginas 89-115.

La preclusión debe ser una técnica de aplicación muy restringida y que ha de ser interpretada restrictivamente, porque, en caso contrario, puede impedirse, por razones meramente formales, que se dicte una sentencia más acertada en cuanto fundada en un examen más apurado de la pretensión procesal. Esto debe conducir a que la instrucción (alegaciones, prueba) en el proceso no esté limitada por la conducta alegatoria y probatoria en el procedimiento previo. En ese sentido resuelve la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa las dudas que pudieran existir al respecto, con un disposición tan contundente como ésta: “En los escritos de demanda y de contestación se consignarán los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración” (art. 56.1).

Pero también deben evitarse, en el régimen de estas materias, riesgos para el principio de contradicción, derivados de alegaciones de las partes realizadas con sorpresa de la parte contraria, y socavar la efectividad de los procedimientos previos, por dejar sin reacción jurídica la falta de aprovechamiento de las oportunidades que se abren en los mismos.

En un proceso que se inicia, por lo general, con demanda de un particular, los riesgos para la contradicción son menores para la Administración demandada, que para el actor. Si es el actor el que aduce motivos nuevos, los ha de explicitar en la misma demanda, de modo que las posibilidades procesales de defensa de la Administración son idénticas a las de cualquier demandado. En cambio si es la Administración la que alega motivos nuevos, ha de hacerlo en la contestación, de manera que la posibilidad de contraalegar y de proponer prueba por parte del actor suele admitirse con plazos limitados que constriñen las posibilidades defensivas (art. 60.2 LJCA: “Si de la contestación a la demanda resultaran nuevos hechos de trascendencia para la resolución del pleito, el recurrente podrá pedir el recibimiento a prueba dentro de los tres días siguientes a aquel en que se haya dado traslado de la misma, sin perjuicio de su derecho a portar documentos...”).

La protección de la efectividad de los procedimientos previos, fomentando una actuación diligente en los mismos, puede ser instrumentada mediante un régimen adecuado de la imposición de las costas procesales. Debería condenarse en las mismas a la parte vencedora en el proceso si puede estimarse que éste se hubiera evitado -bien porque la solicitud del particular hubiera sido acogida por la Administración, bien porque éste no hubiera impugnado- si el motivo hubiera sido hecho valer en el procedimiento administrativo o expuesto en la motivación del acto.

B) Vigencia del principio de investigación oficial o de colaboración entre las partes y el juez en la aportación y prueba de los hechos.

El Derecho Administrativo es Derecho público, su aplicación afecta a los intereses generales. La constatación de los datos en los que descansa su aplicación no puede dejarse, exclusivamente, en manos de las partes. De ahí que en el proceso sobre materias administrativas y tributarias el principio de aportación de parte sea sustituido por el principio de investigación oficial, o también llamado de colaboración de las partes y del órgano jurisdiccional en la aportación y prueba de los hechos. No se trata de que el juez tenga poderes instructorios complementarios de los principales en este ámbito, que seguirían correspondiendo a las partes. En el proceso administrativo los poderes instructorios del juez son concurrentes con los de las partes y tan principales como los de éstas.

Con carácter conceptualmente previo a los poderes oficiales respecto de la prueba, la LJCA, en su art. 33.1, permite al tribunal que aprecie la existencia, y someta a la consideración de las partes para hacerlos objeto de su sentencia, motivos aptos para fundar la pretensión o la oposición a la misma y que las partes no hubieran alegado.

El art. 61 de la citada Ley se refiere a los poderes del órgano jurisdiccional respecto a la prueba, que son plenos.

Puede, de oficio, recibir el proceso a prueba. Teóricamente cabría plantearse la duda acerca de si ese poder está condicionado -como ocurre con el recibimiento a prueba a instancia de las partes- por la existencia de disconformidad respecto de los hechos o bastará que su ejercicio proceda “para la más acertada decisión del asunto” (como dice el precepto que menciona especialmente el recibimiento a prueba de oficio). Admitir el primer condicionamiento es contradictorio con el otorgamiento de poderes oficiales orientados al fin de la más acertada decisión, y, sobre todo, podría hacer ineficaz la facultad de proponer nuevos motivos de la pretensión o de la oposición, porque las partes podrían cerrar, con su conformidad sobre la inexistencia del motivo, la posibilidad del tribunal de probarlo y de fundar en él la sentencia.

Puede, también de oficio, disponer la práctica de cuantas pruebas estime pertinentes para la más acertada decisión del asunto, y debe poder, aunque la Ley no lo diga expresamente, practicar la prueba él mismo y con la extensión adecuada para alcanzar aquel objetivo de los poderes instructorios oficiales.

En cuanto a lo último es conveniente una especial observación. La Ley, muy preocupada por el respeto al principio de contradicción que acompaña sin excepción al ejercicio de todos los poderes instructorios oficiales, se limita a disponer la intervención de las partes en la práctica de las pruebas acordadas de oficio, sin precisar más la intervención de éstas y del órgano jurisdiccional en la práctica. Una remisión al régimen de la ley procesal civil no valdría para concretar esos poderes. En la Ley de Enjuiciamiento Civil los poderes del juez en la práctica de los medios de prueba suelen ser de carácter negativo (p. ej., denegación de preguntas) y los que permiten una intervención activa la constriñen a límites precisos (p. ej., aclaración de declaraciones). Sería absurdo, en el proceso administrativo, haber incrementado en el modo visto los poderes del juez en el recibimiento a prueba y en la introducción de pruebas, para seguir entendiendo que sus poderes en el momento de la práctica son tan restringidos como en el proceso civil.

Resta, por fin, considerar qué ocurre con la función que cumple el principio de aportación de parte, consistente en proteger la imparcialidad del juzgador. La incorporación al proceso del expediente administrativo (documentación del procedimiento administrativo), facilita que el juez ejercite sus poderes instructorios oficiales sin los riesgos que, para un enjuiciamiento sin prejuicios, pudieran derivar de una propia labor investigadora a desarrollar previamente por él mismo. El expediente administrativo le sirve al órgano jurisdiccional como una especie de instrucción previa, que la revela los posibles “motivos” o “cuestiones” no apreciados por las partes y que él debe plantear de oficio, o las fuentes de prueba no utilizadas por aquéllas y que él debe convertir, también de oficio, en medios de prueba.

5. LAS ALEGACIONES DE HECHO COMO OBJETO DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

Buena parte de lo que es importante en este componente del objeto de la prueba va implícito en lo dicho en el apartado anterior: objeto de la prueba son los hechos alegados en la demanda y en la contestación en los que hubiera disconformidad entre las partes; sin perjuicio de los hechos que el juez estime que debe hacer también objeto de la prueba para la más acertada decisión del asunto.

Especialmente deben añadirse dos observaciones.

Los hechos pueden pertenecer a la realidad externa o ser hechos internos o psicológicos. Un supuesto paradigmático de hecho interno relevante para la resolución sobre una pretensión procesal administrativa es el vicio de desviación de poder, consistente en realizar el acto administrativo por un fin diferente del que objetivamente asigna la ley a la clase de acto de que se trate. Ese fin real es mantenido oculto, de modo que el principal problema para que se estime una desviación de poder es un problema de prueba, que como prueba de un hecho interno presenta gran dificultad. Debe tenerse en cuenta que en los procesos civil y penal han de ser probados frecuentemente hechos internos como el dolo, la culpa, el error, la simulación, intenciones específicas, para lo que son necesarias determinadas técnicas de formación de la convicción. Estas técnicas también deben ser aplicadas en los supuestos de desviación de poder para que este motivo material de nulidad del acto administrativo no devenga inefectivo por dificultades procesales. En ese sentido, la convicción judicial se puede formar mediante presunciones judiciales (prueba indiciaria) basadas en hechos acreditados en el expediente o probados en el proceso, mediante la atribución a la Administración de la carga de la prueba del ajuste del acto a la finalidad legal, después de que el actor haya aportado principio de prueba suficiente de lo contrario¹⁶.

Los hechos pueden no ser los directamente contemplados en los supuestos de hecho de las normas aplicables, pero, a pesar de ello, ser relevantes para el pronunciamiento sobre la pretensión, por razones diversas:

a) por ser hechos-indicio para una presunción judicial que permitirá concluir en una convicción sobre hechos que si que son subsumibles en los supuestos de hecho de las normas aplicables.

¹⁶ Ampliamente sobre esto, CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, Madrid, 1989, páginas 122-137; MORENILLA ALLARD, *La prueba*, páginas 266-272.

b) En supuestos de infracción del principio de igualdad en la aplicación de la ley y del principio de interdicción de arbitrariedad, técnicas importantes para el enjuiciamiento jurisdiccional del legítimo uso de los márgenes de apreciación y de las potestades discrecionales atribuidas a la Administración, es relevante la prueba de las decisiones administrativas que recayeron en asuntos sustancialmente iguales o de otro modo comparables con la actuación impugnada.

c) Los diversos hechos que pueden servir para desvirtuar presunciones legales.

6. LAS MÁXIMAS DE LA EXPERIENCIA COMO OBJETO DE LA PRUEBA. REVISIÓN DE LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA DE CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. SOBRE EL ALCANCE DEL ENJUICIAMIENTO JURISDICCIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD EN GENERAL Y DE LA LLAMADA DISCRECIONALIDAD TÉCNICA EN PARTICULAR.

En los procesos civil y penal no sólo son objeto de alegación y de prueba hechos concretos de la realidad social, sino también las llamadas máximas o normas de la experiencia, que no son hechos singulares sino reglas o juicios técnicos, científicos o de valor, de carácter abstracto o general, pero de naturaleza no jurídica. Estas reglas cumplen en el proceso diferentes funciones: sirven para especificar el significado de los conceptos jurídicos indeterminados utilizados por las normas, para el razonamiento de valoración de la prueba y para apreciar si en la realidad concurren los elementos necesarios para afirmar la concurrencia de aquellos conceptos indeterminados. En la primera y en la tercera de las funciones cabe pensar que sean objeto de la prueba¹⁷.

La teoría de los conceptos jurídicos (o legales, o normativos) indeterminados conduce a distinguir ciertos elementos imprecisos de las normas rectoras de la actuación administrativa, de la atribución por la norma a la Administración de una estricta potestad discrecional¹⁸. Es una técnica de control o reducción de la discrecionalidad en el sentido preciso de que depura el concepto de la misma y separa de él unos elementos normativos con unas características que -a pesar de primeras apariencias y si no se hace un análisis más profundo- no corresponden al concepto de discrecionalidad. En cuanto, además, esos elementos pueden ser objeto de un juicio

¹⁷ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, II, (con FERNÁNDEZ - BALLESTEROS LÓPEZ), Madrid, 1995, páginas 316-317. Excluyendo o limitando que las máximas de la experiencia puedan ser objeto de prueba, SERRA DOMÍNGUEZ, M., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo, tomo XVI-2, Madrid, 1981, páginas 38-39; GARCIMARTÍN MONTERO, R., *El objeto de la prueba en el proceso civil*, Barcelona, 1997, páginas 90-92.

¹⁸ SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976; MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España*, Madrid, 1985, páginas 229-280. Sobre la discrecionalidad administrativa, la depuración de ese concepto y los problemas de su control judicial véase, en la última doctrina española, PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997; BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995; VV. AA., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1996.

con arreglo a Derecho, deriva de aquella teoría la apertura y delimitación de un nuevo campo en el que puede moverse con seguridad el enjuiciamiento jurisdiccional de la actuación administrativa.

Conceptos jurídicos indeterminados son elementos normativos cuyo significado las disposiciones no definen con precisión, de modo que para afirmar si la realidad ofrece base para sustentar que tal elemento normativo concurre -y, en consecuencia, la actuación administrativa es ajustada a la norma-, es necesario especificar el significado y verificar si los datos de la realidad lo sostienen en concreto.

El problema cognoscitivo que plantea la presencia en la norma de estos elementos, es mucho mayor que la comprensión de elementos normativos descriptivos y la constatación de su concurrencia en la realidad. Cabe, por ello, que puedan mantenerse diferentes opiniones al especificar el significado del concepto y al afirmar su concurrencia en la realidad.

La Administración esta investida de potestades que ha de ejercer con arreglo a normas en las que están presentes esa clase elementos y, por tanto, ha de realizar esa función de especificación. Eso indujo, en algún momento, a entender que, en esos supuestos, la Administración recibía un poder discrecional, por que optaba -con la eficacia jurídica propia de sus actos- por alguna de las posibilidades de dar sentido al elemento normativo impreciso.

La aportación de la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados ha consistido en aclarar que así como estos, a pesar de las dificultades para su especificación y para afirmar su concurrencia en un caso concreto, y a pesar, también, de las posibilidades de error en esos juicios, sólo admiten, en un caso concreto, una solución ajustada a la norma -una sola solución justa, se dice habitualmente-, el apoderamiento discrecional en sentido estricto significa -si el ordenamiento lo confiere- que la Administración tiene libertad de elección entre actuar, no hacerlo, cuándo y cómo actuar, de modo que cualquier opción que realice será ajustada a la norma o -también puede decirse- indiferente para la norma, en el sentido de que, cualquiera sea la opción, no merecerá una sanción jurídica negativa.

Consecuencia de lo anterior es que así como el enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración no puede proyectarse sobre el ejercicio de los apoderamientos discrecionales, porque aquél es un enjuiciamiento según Derecho y estos apoderamientos se hallan en el plano de lo jurídicamente indiferente, sí que debe penetrar, en cambio, en la especificación del concepto jurídico indeterminado realizada por la Administración, para determinar si, en concreto, expresa la solución ajustada a la norma.

Los conceptos jurídicos indeterminados son muy abundantes en las disposiciones administrativas. La calidad de su contenido es diferente: los hay que se llenan de significado con constataciones experimentales, otros con valoraciones éticas o estéticas, otros con apreciaciones técnicas¹⁹.

¹⁹ Veamos algunos ejemplos: tienen preferencia para acogerse a conciertos educativos los centros que *satisfagan necesidades de escolarización*. Es requisito para estos conciertos una *media alumnos-profesor no inferior* a la que determine la Administración *atendida a la existente en otros centros de la zona*; referencia a los *yacimientos de minerales y recursos geológicos de diversas clases*, a los efectos de aplicación de la Ley de Minas, emisión de órdenes, prohibiciones y realización de actuaciones policiales *estrictamente necesarias para asegurar* la consecución de las finalidades de la Ley de Seguridad Ciudadana; *situación de emergencia* que permite el cierre y el desalojo de locales

La especificación de los conceptos jurídicos indeterminados y la afirmación de su concurrencia en la realidad puede presentar diversos grados de dificultad. La doctrina distingue el núcleo del concepto, el halo del mismo y la zona de certeza negativa. Si los datos de la realidad permiten afirmar el núcleo del concepto (zona de certeza positiva) o, por el contrario, claramente su no concurrencia (zona de certeza negativa), ello repercutirá en la conformidad a Derecho de la actuación administrativa según el papel que juegue el concepto correspondiente en la norma que rija tal actuación.

Si la actuación administrativa se ha producido en función de una afirmación sobre la concurrencia del concepto jurídico indeterminado situada en el halo del mismo, es decir, en la zona de duda, probablemente no será, por esta sola razón, considerada contraria al ordenamiento jurídico. De modo que siendo esto así se acaba por reconocer a la Administración un “margen de apreciación” en la función de verificar en concreto si concurren los conceptos jurídicos indeterminados que establecen las disposiciones.

En nuestra doctrina existen dos diferentes interpretaciones de este fenómeno. Para unos autores se trata simplemente de que las alegaciones formuladas y las pruebas practicadas en el proceso no han alcanzado a convencer al juez de que es incorrecta la concreción del concepto indeterminado que ha hecho la Administración²⁰. Para otros autores significa que la Administración tiene reconocido por la ley un margen de apreciación discrecional, de modo que mientras no lo sobrepase su actuación no podrá ser considerada contraria a Derecho²¹.

De estas dos interpretaciones, la primera explica más acertadamente la realidad e, incluso, el tratamiento procesal de la cuestión, porque, aún partiendo de la base - como correspondería al sentido de la segunda interpretación- de que la eficacia jurídica de la que el art. 57 LRJAPPAC dota al acto administrativo, no puede ser contrarrestada con cualquier fundamento, es constitucionalmente ineludible que únicamente por un órgano jurisdiccional, y en un proceso, pueda examinarse si concurren o no los fundamentos por los que tal eficacia debe ser contrarrestada.

No estoy tan seguro, en cambio, de que sea la interpretación mejor fundada desde el punto de vista del Derecho material, porque deja a la eventualidad de la actividad instructoria de un proceso el margen de apreciación que se reconoce que la Administración debe tener. Y eso no en el sentido genérico en el que toda cuestión jurídica se halla expuesta a esa eventualidad, sino en el más específico de reconocer que, según la actividad de debate y de prueba pueda llegar a ser suficientemente

por el tiempo imprescindible y mientras duren las causas; limitaciones preventivas de actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan tener consecuencias negativas en la salud; las unidades de ejecución (del planeamiento urbanístico) se delimitarán de modo que permitan el cumplimiento conjunto de los deberes de cesión, equidistribución y urbanización de la totalidad de la superficie; concepto de residuos tóxicos y peligrosos; integración del patrimonio histórico por inmuebles y muebles de interés artístico, histórico, paleontológico, arqueológico, etnográfico, científico y técnico. Conceptos de zonas y yacimientos arqueológicos. O de sitios naturales, jardines y parques con valor artístico, histórico o antropológico.

²⁰ Por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado*, en “Democracia, jueces y control de la Administración”, cit., páginas 248-249

²¹ Por ejemplo, SÁNCHEZ MORÓN, *Discrecionalidad administrativa*, cit., páginas 116-120.

determinante, el grado de enjuiciamiento variará. Más acorde con la necesidad de diferenciar lo que eventualmente puede resultar de un proceso y lo que debe de ser según el Derecho material es identificar objetivamente los límites del margen de apreciación de la Administración.

La llamada discrecionalidad técnica ha de ser mencionada separadamente de las cuestiones anteriores porque, aunque tienen muchos puntos en común según se verá, la doctrina jurisprudencial y parte de la doctrina científica se inclinan por reconocer una especial resistencia del acto administrativo que tiene esta calidad a ser enjuiciado jurisdiccionalmente²².

Tal vez porque la estricta discrecionalidad, cuando el ordenamiento la atribuye, es, como tal, resistente al enjuiciamiento jurisdiccional, los actos de esta clase se consideran manifestación de una llamada discrecionalidad técnica.

Esta expresión, por un lado, parece contradictoria. La discrecionalidad es operativa en el momento de la decisión y consiste en un grado más o menos amplio de libertad en la adopción de esa decisión. Por el contrario, un acto realizado con criterios técnicos supone actuar con sujeción a un sistema específico de conocimientos racionalmente fundado y estructurado, no un ejercicio de libre elección.

Por otro lado, buena parte de los conceptos jurídicos indeterminados -todos aquellos para cuya apreciación son necesarios conocimientos especializados- requieren apreciaciones técnicas para aplicarlos en el caso concreto, sin que por ello su enjuiciamiento jurisdiccional suscite cuestiones distintas a las que se trataron en el apartado anterior.

A mi modo de ver lo que hace peculiares los actos de apreciación técnica es que tal apreciación no afecta sólo a algunos elementos de las normas a las que el acto está sujeto, sino que el acto consiste, precisa y exclusivamente, en una apreciación técnica -que es lo único que la norma encarga al órgano competente-; y, además, el acto no es un acto de informe o dictamen, sino un acto decisorio.

Tiene esa calidad los actos de calificación académica, los de calificación de ejercicios y valoración de méritos y de designación -en función de lo anterior- de seleccionados, en concursos, oposiciones y otros sistemas de selección para ingreso en la función pública u otras modalidades de empleo público, provisión de puestos de trabajo y ascensos.

También respecto del enjuiciamiento jurisdiccional de actos de discrecionalidad técnica se ha sostenido la posibilidad de la revisión de la apreciación técnica con base en la prueba procesal, que puede conducir a una modificación de aquella apreciación si hay elementos de juicio suficientes para ello, mientras que, en caso contrario, acabará por prevalecer la presunción de legalidad del acto administrativo²³.

²² Con análisis muy específicos -pero con referencias a otra bibliografía de interés sobre el tema- pueden verse, PIÑAR MAÑAS, J.L., *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, en "Documentación Administrativa", 1989, núm. 220, páginas 135-177; TARDÍO PATO, J.A., *La función calificadora de los alumnos universitarios y su control jurisdiccional*, en RAP, 1996, páginas 373-417; DESDENTADO BONETE, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, 1997.

²³ PIÑAR MAÑAS, J.L., *El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones*, cit., página 155; TARDÍO PATO, J.A., *La función calificadora de los alumnos universitarios*, cit., páginas 414-415.

Existen, pues, actos administrativos o componentes de los mismos respecto de los que el enjuiciamiento jurisdiccional se realiza con más dificultad, no en el sentido de que no puedan ser enjuiciados, sino en el de que es más improbable la modificación jurisdiccional, con base en la instrucción procesal (alegaciones y pruebas en el proceso judicial), de las apreciaciones y decisiones de la Administración. Esto tiene repercusiones en la actividad probatoria. Específicamente:

a) Es seguro que si la pretensión se dirige a la anulación de un acto por ilegítimo ejercicio de la discrecionalidad o por motivos de incorrecta concreción de conceptos jurídicos indeterminados, y tanto más si se pretende un reconocimiento de situación jurídica individualizada que requiera que el juez concrete esos conceptos, la actividad probatoria deberá ser especialmente rigurosa²⁴.

b) Es igualmente seguro que el momento crítico definitivo en el que el órgano jurisdiccional establece hasta dónde puede penetrar en la revisión de los juicios y apreciaciones no jurídicas de las actuaciones administrativas es el de la valoración de la prueba y aplicación de la carga material de la prueba, es decir, en la formación de la sentencia. Y parece igualmente razonable afirmar que así como a la Administración le es exigible el máximo rigor para fundamentar y decidir su actuación, idéntico rigor debe ser exigido a los jueces para fundamentar y decidir anularla y para ordenar, en su caso, una actuación distinta.

c) Es inseguro hasta qué punto el criterio del órgano jurisdiccional acerca de los límites al enjuiciamiento de los actos con fuerte contenido discrecional, de las manifestaciones de la discrecionalidad técnica o de las apreciaciones administrativas de conceptos indeterminados, puede (e, incluso, debe) ser operativo ya en el momento procesal de la proposición y admisión de la prueba, en el sentido de si, atendida la documentación del procedimiento administrativo, la actividad procesal realizada hasta el momento realizada y la propia proposición de prueba, el tribunal podría no admitir la prueba o una parte de ella con base en un pronóstico razonable sobre sus nulas probabilidades de éxito en orden a fundar la anulación del acto o la imposición de un acto de contenido distinto. Un índice claro de la inseguridad en la que se mueve esta cuestión puede detectarse en la ligera modificación que ha experimentado -de la antigua a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa- uno de los criterios determinantes del recibimiento a prueba. Hablada la anterior Ley de que los hechos “fueran de indudable trascendencia,..., para la resolución del pleito”. La ley actual se limita a decir que los hechos sean de trascendencia. Pero en ambos textos esa apreciación se deja expresamente a la discrecionalidad del juez, estableciendo, en general, una vinculación legal menos fuerte del juicio de admisión, que la que se fija en los casos de impugnación de actos sancionadores y disciplinarios.

²⁴ HINOJOSA MARTÍNEZ, E., *Aspectos procesales del control judicial de la discrecionalidad administrativa*, en “Discrecionalidad administrativa y control judicial”, Madrid, 1996, página 199.

7. LAS NORMAS JURÍDICAS COMO OBJETO DE LA PRUEBA. REFERENCIA A LAS NORMAS INTEGRADAS POR REMISIÓN A ORDENACIONES ESTABLECIDAS POR SUJETOS PRIVADOS.

Las peculiaridades ²⁵del proceso sobre materia administrativa y tributaria radican, en primer término, en una mayor probabilidad de que la norma sea objeto de la prueba, atendida la multiplicidad de centros de producción de normas (con rango legal o inferior al legal) que pueden ser de aplicación en aquellas materias, sin que la publicidad de las disposiciones tenga las garantías suficientes para que pueda presuponerse su conocimiento por los tribunales.

Junto al supuesto más simple de la producción normativa de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de un Estado unitario, publicada en el diario oficial, están, por un lado, los problemas que pueden plantearse en cuanto al conocimiento de las disposiciones producidas en Estados con estructura federal o confederal o con otros tipos específicos de autonomías políticas internas; por otro lado, la situación más novedosa que deriva de la integración de los Estados en entidades supranacionales dotadas de órganos con potestad de producción normativa con eficacia directa en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros ²⁶. En fin, dentro del Estado puede atribuirse potestad normativa de rango reglamentario a entidades municipales, a instituciones (por ejemplo, a Universidades) y a Corporaciones (por ejemplo: reglamentos de régimen interior, los estatutos, normas deontológicas aprobadas por colegios profesionales).

A este fenómeno de pluralidad de poderes públicos con potestad de producción normativa se han unido otros más actuales. En la actividad de una Administración interventora en la vida económica, comercial e industrial, adquieren gran importancia las llamadas “reglamentaciones técnicas”, que se refieren a aspectos técnicos de la actividad industrial y de sus productos y están formadas por dos tipos de componentes²⁷. De un lado, disposiciones de carácter jurídico sobre autorizaciones, licencias, supervisión y sanciones, y, por otro, reglas técnicas muy detalladas, que sirven de referente a las previsiones de carácter jurídico -son las llamadas “normas técnicas”-. Este segundo componente en unos casos se recoge en la propia disposición general y se somete al régimen de publicación de ésta. En otros casos la disposición reglamentaria se remite a las colecciones privadas de “normas técnicas”, bien a las vigentes en el momento de aprobarse la disposición reglamentaria, bien, incluso, a las que resultasen vigentes en el momento de deber aplicarse la disposición. En cuanto no esté dispuesto que las “normas técnicas” deban ser publicadas en el Diario Oficial, si han de ser aplicadas en un proceso -porque integren una disposición general- habrán de ser probadas mediante prueba documental expedida por el organismo que tenga reconocidas facultades de normalización industrial.

²⁵ Sobre aspectos generales de la prueba de la norma jurídica, véase SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios al Código Civil*, cit., páginas 37-38; GARCIMARTÍN MONTERO, *El objeto de la prueba*, cit., páginas 92-127.

²⁶ Específicamente sobre el Derecho Comunitario europeo como objeto de prueba, MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 156-161.

²⁷ Sobre este tipo de regulaciones, véase ALVAREZ GARCÍA, V., La capacidad normativa de los sujetos privados, en REDA, 1998, páginas 343-367; del mismo autor, Introducción a los problemas jurídicos de la normalización industrial: normalización industrial y sistema de fuentes, en RAP, 1998, páginas 307-336.

Incluso prescindiendo de los supuestos en los que, por razones específicas, ha de admitirse que las normas jurídicas sean objeto de prueba, la abundancia, complejidad y celeridad de modificación de la producción normativa en las materias administrativa y tributaria, ha conducido a sugerir la conveniencia de que las partes aporten, con los actos de alegación iniciales del proceso, copia de las disposiciones generales que se aduzcan como aplicables, para facilitar la labor del tribunal y evitar dilaciones²⁸.

8. EL OBJETO DE LA PRUEBA EN LOS SUPUESTOS DE NORMAS QUE ESTABLECEN PRESUNCIONES. IMPORTANCIA EN MATERIA TRIBUTARIA.

Las presunciones consisten, como es sabido, en una operación intelectual que conduce a fijar como establecido en la sentencia un determinado hecho relevante para la aplicación de la norma jurídica (el llamado hecho presunto) a partir de que ha sido probado o fijado de otro modo un hecho diferente al primero (el llamado indicio o hecho base). Esa consecuencia de la fijación del hecho presunto se produce, bien porque el legislador la ha establecido mediante una norma jurídica que vincula aquél a la fijación del hecho base -y cuya *ratio* es, entre otras consideraciones, la normal existencia de un enlace entre ambos hechos, según las reglas de la sana crítica- (es el caso de las presunciones legales); bien porque el legislador autoriza al juez para que pueda establecer hechos en la sentencia a partir de una construcción caso por caso de ese enlace con otros hechos constatados (presunciones judiciales).

Con las normas que establecen presunciones legales el legislador persigue facilitar la obtención de un determinado efecto jurídico haciéndolo depender de distintos supuestos de hecho (uno de los cuales, el hecho base, resulta, además, más fácil de probar)²⁹, o, en términos negativos, evitar la ineficacia de las normas, en el momento de su aplicación procesal, a causa de las dificultades probatorias de componentes de su supuesto de hecho³⁰.

Lo anterior explica, en buena medida, que las normas de presunción sean abundantes y de gran importancia en el ámbito del Derecho Tributario, en el que, junto con otras técnicas no suficientemente distinguidas de las presunciones, van dirigidas a contrarrestar las variadas formas en las que puede intentarse eludir u obstaculizar la aplicación de sus normas.

La más reciente doctrina española³¹ distingue, en esta materia, las presunciones legales, las ficciones jurídicas y las normas de valoración.

Las primeras consisten en un hecho base y un hecho presunto, unidos por un enlace establecido por la ley, y con posibilidad o no de prueba contraria al hecho presunto, según se trate, respectivamente, de presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure*³². Su función es facilitar la actividad de comprobación del órgano administrativo que ha de aplicar la norma tributaria. Pero esa facilitación se transmite al posterior proceso, porque en éste la posición probatoria de la Administración sigue resultando

²⁸ MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 142-144.

²⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, II, cit., página 406.

³⁰ SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios al Código Civil*, cit., página 569.

³¹ La exposición del texto tiene principalmente en cuenta las aportaciones de ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales y Derecho tributario*, Madrid, 1995.

³² ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales*, cit., páginas 49-52.

favorecida si se mantiene la prueba del hecho base y no se produce prueba contraria del hecho presunto, lo que, según este autor, sería admisible incluso en los casos en que, dentro del procedimiento administrativo las presunciones se establecen con el carácter de *iuris et de iure*³³.

La ficción jurídica³⁴ incluye en el supuesto de hecho de la norma tributaria una realidad jurídica específica para producir efectos en Derecho tributario, establecida a partir de una interpretación razonable de la realidad económica y social, aunque no precisamente correspondiente con manifestaciones concretas de la misma. Por ejemplo: que el ajuar doméstico, e efectos de un impuesto sobre el patrimonio, existe siempre y su valor consiste en un cierto porcentaje del valor del conjunto de los bienes más fácilmente comprobables; que la diferencia entre el valor declarado de un bien transmitido y el valor del mismo comprobado por la Administración tributaria constituye donación por parte del transmitente. En cuanto la ficción no se refiere a otro hecho concreto más que al que constituye el supuesto de su aplicación, no tiene sentido plantearse la admisibilidad de prueba respecto de una hipotética realidad de inexistencia o menor valor del ajuar domestico o de la donación.

En fin, las normas de valoración fijan reglas y criterios para determinar el valor de diversos elementos sujetos a tributación a los efectos del correspondiente impuesto, con exclusión de otra regla de valoración diferente a la que fija la ley o una disposición reglamentaria³⁵. Su proximidad con las presunciones consiste en que “el valor que la ley fija es el resultado de un proceso deductivo -similar al proceso lógico que se plantea en toda presunción normativa- en el que se tiene en cuenta el objeto que se mide y el medio empleado para medirlo”, aunque ese proceso queda en la *ratio* de norma, sin que llegue a tener expresión en ella³⁶. La diferencia radica en que “se presumen los hechos o situaciones y se valoran magnitudes y bienes, incluso puede suceder que se presuma la existencia de un bien y acto seguido la norma fije o estime su valor”³⁷.

Esta necesidad de clarificación del concepto de presunción y de precisar si está detrás de ciertos supuestos en los que se utiliza el término o existe otra apariencia³⁸, se presenta también, dentro del Derecho Administrativo en general, en ciertas clases de normas de gran trascendencia.

Me refiero, en primer término, a la presunción de validez o de legalidad del acto administrativo (utiliza la primera expresión el artículo 57.1 de la Ley española sobre régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común), cuyo significado correcto no tiene que ver con las operaciones probatorias -que son el campo propio de las presunciones-, sino que consiste en la eficacia de crear vínculos jurídicos y de autorizar actuaciones ejecutivas, ambas cosas sin previa resolución judicial, que la ley asigna a los actos de las Administraciones

³³ ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales*, cit., página 56.

³⁴ ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales*, cit., páginas 25-43.

³⁵ ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales*, cit., página 45.

³⁶ ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales*, cit., página 45.

³⁷ ESEVERRI MARTÍNEZ, E., *Presunciones legales*, cit., página 45.

³⁸ Véase sobre la misma, en términos generales, SERRA DOMÍNGUEZ, en *Comentarios al Código Civil*, cit., páginas 550-575; DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, II, cit., páginas 393-403.

Públicas³⁹. La validez del acto administrativo, derivada de su conformidad a Derecho, es resultado de un complejo de constataciones de hecho, de apreciaciones no jurídicas y de valoraciones jurídicas, del que sólo los elementos de las dos primeras clases forman parte del objeto de la prueba y pueden ser fijados mediante presunciones.

En segundo lugar, la expresión se utiliza impropriamente en normas referidas a un medio de prueba específico, la prueba documental, que disponen que el contenido de determinados documentos formados por funcionarios públicos se presumirá cierto salvo prueba en contrario⁴⁰. En estos casos, lo que produce la prueba (ahora entendida como resultado probatorio) es el documento y su contenido y no la hipotética presunción. Otra cosa es la incidencia de un razonamiento presuncional en los criterios que se utilizan para valorar la prueba; en concreto este: los funcionarios públicos, atendido el régimen jurídico al que están sometidos, es más probable que digan verdad; luego lo que consta en el documento debe ser tenido, en principio, por verdad. Ahora bien, lo anterior no supone que los hechos se fijen mediante presunciones, sino que se fijen mediante una prueba documental con específica valoración.

9. SOBRE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO. EL VALOR PROBATORIO DEL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO.

Valorar la prueba es determinar la eficacia de los medios de prueba practicados bien sea en orden a producir la convicción del juez, bien sea en orden a fijar ciertos hechos en la sentencia. Quedan así considerados los dos métodos posibles de valoración. La valoración libre, que no equivale a valoración arbitraria, sino a valoración no sujeta a normas jurídicas, aunque sí que se requiere del juez una autosujeción a los métodos de formación correcta del conocimiento humano (reglas de la sana crítica, reglas del criterio humano). La valoración legal, mediante la cual el juez concluye que cierto hecho está probado porque así lo establece la ley, atendidos los resultados producidos en la actividad de práctica de la prueba (qué declaró la parte en la prueba de confesión; qué contenido tienen los documentos formalmente adverbados).

Aunque en términos generales la valoración de la prueba no se plantea en el proceso administrativo de modo distinto a cualquier otro proceso, pueden encontrarse problemas especiales en la valoración, en este proceso, de cada uno de los medios de prueba⁴¹. Limitaré, sin embargo, mi referencia a un tema que se relaciona estrechamente con otro: el valor probatorio del expediente administrativo -como conjunto de la documentación de las actuaciones del procedimiento administrativo-, que tiene que ver con el valor probatorio de la prueba documental.

Una aproximación al tema del valor probatorio del expediente administrativo requiere, de entrada, hacer distinciones en la documentación que lo compone y en los hechos que se trate de probar con los diversos documentos.

³⁹ Por todos GONZÁLEZ PÉREZ, J., Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de Las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común, (con González Navarro, F.), I, Madrid, 1997, páginas 1069-1071.

⁴⁰ Véase el apartado 9 de esta ponencia.

⁴¹ Véanse las exposiciones de mayor detalle de GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 51-73; MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 384-485.

A) El expediente como prueba documental del procedimiento administrativo.

El expediente administrativo es, por una parte, la prueba documental de que se ha realizado el procedimiento administrativo que establece la ley para dictar el acto o disposición de que se trate, con todos los actos de trámite que deben componerlo de acuerdo con la ley, y con el acto final correspondiente que tiene un determinado contenido. En cuanto prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido es causa de nulidad de pleno derecho del acto o de la disposición, y otras infracciones procedimentales pueden determinar anulabilidad, el expediente administrativo es el medio de prueba idóneo para probar si se ha incurrido o no en las infracciones procedimentales.

¿Cuál es su valor probatorio a estos específicos efectos? Depende de que el funcionario que autoriza o interviene el documento esté o no investido de potestad pública de dar fe⁴². En caso afirmativo, se trataría de documento público, que probaría legalmente la fecha de realización del acto, las personas intervinientes y los hechos ocurridos a presencia del fedatario. Si la persona que autoriza o interviene el documento no tiene aquella potestad, pero actúa en el ejercicio de sus funciones en una entidad pública, estaríamos ante un documento oficial, cuyo valor probatorio puede ser de libre apreciación (aunque prácticamente será considerado muy fiable) o incluso tener reconocido un valor legal específico, aunque no equivalente al valor probatorio legal.

B) El valor probatorio del expediente respecto de hechos constatados y apreciaciones no jurídicas realizadas en actos integrantes del procedimiento.

Si el valor probatorio por el que nos preguntamos es el referido a hechos y a apreciaciones no jurídicas relevantes para la conformidad o no a Derecho del acto administrativo, y contenidas en actos emanados de la Administración, ya no hay que referirse al valor probatorio del conjunto del expediente, sino al valor probatorio que pueda ser atribuido a específicos documentos del expediente en los que se contengan aquellas constataciones o apreciaciones.

En este punto es también aducible la distinción entre documentos públicos y documentos oficiales. Pero hay que destacar la posibilidad -frecuente en Derecho español- de que la ley les conceda a los últimos un valor probatorio especial consistente en que documentos expedidos por determinados funcionarios se considerará que prueban los hechos constatados por los funcionarios actuantes, sin perjuicio de ser admisible prueba contraria acerca de la versión de los hechos que conste en el documento⁴³. El alcance de este valor probatorio especial es discutido,

⁴² Esta es la tesis de DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, II, cit., páginas 360-361, fundamentalmente aceptada, en cuanto a la prueba documental en el proceso administrativo, por GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 60-63; MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 463-476.

⁴³ Acerca de los diversos supuestos en los que se otorga este valor, véase, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, Valencia, 1996, páginas 320-321; GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 63-75.

particularmente en su repercusión sobre actos administrativos sancionadores⁴⁴. En cualquier caso no parece discutible que los documentos integrantes del expediente, emanados de la Administración, y que constatan hechos o contienen apreciaciones no jurídicas (de carácter técnico o pericial), pueden ser valorados como prueba en el proceso administrativo⁴⁵, porque una cosa es que el contenido de tales documentos no limite la potestad del juez de enjuiciamiento de las cuestiones de hecho, y otra distinta negar a tales documentos valor probatorio, la posibilidad de ser jurisdiccionalmente valorados en concurrencia con los demás medios de prueba practicados en el proceso. Trasladar al proceso administrativo la exigencia de la práctica de los medios de prueba con oralidad e inmediación, lo que supondría reproducir en el proceso los actos de constatación y de apreciación, mediante declaración de los funcionarios que formaron los respectivos documentos, no tiene justificación desde el momento en que el proceso administrativo responde a una forma escrita⁴⁶. Diferente de lo anterior es que no podrán haber, para la actividad probatoria en el proceso, restricciones derivadas de previa existencia de actividades de comprobación extraprocesales, atendido que lo que debe ser probado en un proceso administrativo debe ser determinado en ese proceso, y no condicionado por las actividades de constatación en el procedimiento previo, y que las partes tienen derecho a participar en la contradicción procesal de un modo pleno mediante la prueba.

10. SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO.

De carga de la prueba se habla en un doble sentido. Por carga formal de la prueba se entiende una situación subjetiva de las partes procesales en virtud de la cual condicionan con su actividad la realización de prueba en el proceso y la extensión de esa realización. En este sentido no existe carga de la prueba en el proceso administrativo porque, como vimos en el apartado 4, aunque las partes no propongan prueba, el órgano jurisdiccional puede acordar su realización de oficio, si lo estima necesario para la más acertada resolución.

Diferentemente la carga de la prueba en sentido material no es una regla de derecho que se aplique en el momento en el que puede practicarse la prueba en el proceso, sino en el momento de sentenciar. En ese momento el juez, después de haber valorado la prueba practicada o fijado los hechos de otro modo entre los previstos por el ordenamiento, puede concluir que, alguno de los hechos relevantes para el sentido de la sentencia, no está probado, ni puede ser fijado con otra técnica. El ordenamiento no le exime, por esa razón, de dictar la sentencia, de manera que, para que pueda

⁴⁴ GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 63-73, seguido por MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 474-477, lo considera contrario al principio de igualdad de las partes y a la presunción de inocencia, salvo en las condiciones de la llamada prueba preconstituida. No comparte sustancialmente esa opinión, aunque se propone acotar al máximo ese especial valor probatorio, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., 320-336.

⁴⁵ La única causa de exclusión de valoración sería la de que se hubieran obtenido con violación de un derecho fundamental, porque en tal caso, según el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no producirán efectos.

⁴⁶ Para la diferente situación del proceso penal, por lo menos en algunos ordenamientos, véase ORTELLS RAMOS, M., *Eficacia probatoria del acto de investigación sumarial. Estudio de los artículos 730 y 714 de la LECRIM*, separata de la RDG, Valencia, 1979 (también en RDPro. Iberoam., 1982, páginas 365-427).

dictarla, le proporciona unas reglas que le indican de qué modo ha de resolver sus dudas sobre la cuestión de hecho. Esas reglas son las de carga de la prueba (en sentido material) consistentes en determinar cuál de las partes, atendido el hecho que es dudoso, ha de soportar el perjuicio derivado de la falta de prueba de un hecho relevante para el sentido de la sentencia.

En el proceso administrativo los antiguos brocardos *necessitas probandi incumbit ei qui agit, onus probandi incumbit actori*, y los omnipresentes postulados del acto previo y del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, condujeron en algún momento a una comprensión de la carga de la prueba en este proceso, gravemente injusta y perjudicial para los que tenían que impugnar los actos de la administración. Se entendía que esa carga recaía sobre el actor, de modo que su pretensión sería desestimada si no conseguía desvirtuar, caso de haberla cuestionado, la base de hecho afirmada por la administración para realizar cierto acto.

Esta solución no distribuía la carga de la prueba, dificultaba en extremo el éxito de las pretensiones y, prácticamente, dejaba en manos de la administración la decisión de la cuestión de hecho.

Tampoco puede afirmarse que toda la carga corresponda a la administración autora del acto, por la razón de que no debió dictarlo sin la plena comprobación de los hechos que le autorizaban. Se ha llegado a sostener que, dado que en el procedimiento administrativo la Administración tiene el deber de abrir un periodo de prueba si existen hechos dudosos, la omisión de esa actuación podrá dar lugar a la anulación del acto administrativo⁴⁷.

Sin embargo debe ser observado que, si después de hecha esa plena comprobación, lo que no resulta es el supuesto de hecho de una norma que favorezca al administrado (p. ej., una exención tributaria, el pago o la prescripción de una deuda tributaria, el pago de un canon para conservar una concesión), sin duda una pretensión que quisiera ampararse en esa norma debería ser justamente desestimada.

En definitiva, en esta materia debe también aplicarse el criterio al que responde el art. 1214 CC (que, más allá de su letra, permite concluir que cada parte tiene la carga de probar el supuesto de hecho de la norma que le favorece y ha de sufrir el perjuicio del fracaso de esa prueba) salvo normas especiales⁴⁸. En términos generales, si la pretensión procesal se dirige contra la denegación de un acto administrativo favorable, el particular tendrá la carga de probar los hechos constitutivos necesarios para que aquél deba dictarse, mientras que a la Administración le perjudicará la falta de prueba de los impeditivos y extintivos; si la pretensión impugna un acto de gravamen, perjudicará a la Administración la falta de prueba de los hechos constitutivos de su potestad⁴⁹ y el particular tendrá la carga de probar los impeditivos, extintivos y excluyentes. Es, por otra parte, frecuente que la jurisprudencia extraiga del

⁴⁷ MUÑOZ MACHADO, S., La carga de la prueba en el contencioso-administrativo, REDA, 1976, página 735.

⁴⁸ Entre muchos otros, GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 42-45; MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 207 y siguientes; MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, S., *Eficacia, discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados*, cit., páginas 75-76.

⁴⁹ Por ejemplo, respecto de actos de ejercicio de la potestad expropiatoria, DE LA CRUZ FERRER, J., *El control de la decisión expropiatoria*, en “Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo”, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, páginas 306-308

principio de la buena fe procesal una norma de atribución de la carga en atención a la mayor facilidad de la prueba para una parte que, dada la calidad del hecho, no tenía la carga de probarlo⁵⁰.

Una norma especial destacada se da en el control jurisdiccional de los actos de aplicación del derecho disciplinario y sancionador. Según una doctrina jurisprudencial inicialmente formada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y seguida por el Tribunal Constitucional español, al Derecho Administrativo disciplinario y sancionador -sobre todo al último- le son esencialmente de aplicación las garantías establecidas para el Derecho penal, con lo que en alguna medida se evitan las consecuencias prácticas negativas derivadas de la imprecisa delimitación material entre ambos ordenamientos sancionadores⁵¹.

Lo anterior conduce a que la solución de la duda en los procesos en los que se impugne la imposición de sanciones deba resolverse en atención al derecho fundamental de presunción de inocencia, es decir correspondiendo a la Administración la carga de la prueba de los hechos que condicionan la imposición de la sanción y la entidad de la misma⁵². No obstante, a la vista de ciertas posiciones jurisprudenciales que limitan la carga de la prueba, para la Administración, a los hechos constitutivos de la infracción, y que no excluyen que la persona sujeta al procedimiento sancionador pueda sufrir las consecuencias de la falta de prueba de hechos que impedirían o extinguirían la potestad sancionadora⁵³, estimo que esta especial norma de carga de la prueba no se asemeja totalmente a la vigente en el proceso penal⁵⁴.

⁵⁰ GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 44-45. En la jurisprudencia puede citarse la STS de 19 de febrero de 1990 (RA 1322): "En esta línea será de señalar que una reiterada jurisprudencia viene poniendo de relieve que la presunción de legalidad del acto administrativo traslada al administrado la carga de accionar para impedir que se produzca la figura del acto consentido pero no afecta a la carga de la prueba que ha de ajustarse a las reglas generales -Sentencias de 29 de enero y 13 de febrero de 1990 (R. 357 y 965), etc.-. La doctrina general de la carga de la prueba elaborada por inducción sobre la base del art. 1214 del Código Civil puede resumirse indicando que cada parte ha de probar el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor. Pero esta doctrina ha de ser matizada, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, con el criterio de la facilidad: existen datos cuya prueba resulta fácil para una parte y difícil para la otra lo que puede matizar y hasta alterar los resultados de la regla general".

⁵¹ GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Garantías de los procedimientos administrativos, disciplinarios y sancionadores*, en "Seminario sobre jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Valencia, 1998, páginas 119-138; del mismo autor, *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., páginas 59-75.

⁵² Argumentando ya en favor de la aplicación de los principios del proceso penal en esta materia, MUÑOZ MACHADO, *La carga de la prueba en el contencioso-administrativo*, cit., páginas 735-741. Ya en el contexto constitucional, GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 46-47; GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., páginas 301 y sigs.; MORENILLA ALLARD, *La prueba en el proceso administrativo*, cit., páginas 272 y sigs.

⁵³ GARBERÍ LLOBREGAT, *El procedimiento administrativo sancionador*, cit., páginas 312-313.

⁵⁴ ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, III, Proceso penal (con Montero, Gómez Colomer, Montón), Valencia, 1997, páginas 281-285.

LA TUTELA CAUTELAR EN EL NUEVO PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN. 2.- EN GENERAL SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 3.- LA VALORACIÓN O PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO: INTERESES QUE HAN DE SER VALORADOS, CRITERIOS PARA EFECTUAR LA VALORACIÓN, UN MODELO DE JUICIO DE VALORACIÓN: A) Necesidad de la ponderación de intereses para la resolución sobre cualesquiera medidas cautelares. B) ¿Qué intereses han de ser considerados en la valoración ponderada? C) Las reglas de la valoración o ponderación. D) La dudosa función de la apreciación de la apariencia de derecho. E) La función del peligro en la demora y la concepción bilateral del mismo. F) Un modelo de ponderación de intereses para resolver sobre las medidas cautelares. 4.- LAS MEDIDAS (EFECTOS) CAUTELARES: A) MEDIDAS PREVISTAS POR LAS LEYES PROCESALES, ESPECIALMENTE ADMINISTRATIVAS. B) MEDIDAS CONFIGURADAS POR EL JUEZ; TIPOLOGÍA DE EFECTOS CAUTELARES Y CRITERIOS PARA LA DETERMINACIÓN DE LOS PROCEDENTES EN EL CASO CONCRETO. C) NORMAS PARA LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ACUERDA MEDIDAS CAUTELARES. 5.- EL PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES: A) La solicitud de las medidas cautelares y su admisibilidad según el trámite del proceso principal. B) La audiencia de la parte contraria. C) La exclusión excepcional de la audiencia previa de la parte contraria. D) Resolución sobre la medida cautelar y recursos contra la misma. E) Variabilidad de la resolución sobre las medidas cautelares.

^(*) Publicado en *La nueva ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Diputación de Valencia, Valencia, 1999, pp. 75-102.

1.- INTRODUCCIÓN.

El régimen de la tutela judicial cautelar de las situaciones jurídicas litigiosas comprende una doble regulación.

De un lado la regulación de las medidas cautelares, es decir de los presupuestos que han de concurrir para que el juez deba conceder la tutela y del contenido o efectos de la misma.

De otro, la regulación del procedimiento para resolver sobre la tutela pedida.

En ambos aspectos la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa contiene importantes novedades respecto a la ley anterior, que había experimentado en esta materia un considerable desgaste jurisprudencial en los últimos años.

En la ley derogada se regulaba una medida típica (la suspensión del acto o disposición impugnados) con presupuestos determinados.

La realidad hizo notar las insuficiencias de esa configuración de la tutela y hubo desde intentos de aplicación del art. 1428 LEC como norma supletoria, hasta otros intentos constructivos de una tutela cautelar menos preocupados por un anclaje jurídico-positivo y realizados con fundamento directo en el derecho a la tutela judicial efectiva.

El régimen de las medidas cautelares en la nueva ley es directamente tributario de las construcciones jurisprudenciales y doctrinales mencionadas.

La ley opta por un régimen de medidas indeterminadas. En vez de establecer medidas o efectos cautelares específicos la ley encarga al juez que los diseñe con ajuste al concepto indeterminado de que sean medidas que “aseguren la efectividad de la sentencia” (art. 129.1). Esta técnica no excluye que el juez pueda echar mano de la suspensión del acto o de la disposición (que son citadas, pero escasamente reguladas en el nuevo texto legal: arts. 129.2, 130.1, 134.2 y 127) y de otros modelos de medidas o efectos cautelares previstos en el ordenamiento, específicamente en materia administrativa (anotaciones preventivas en Registro de la Propiedad) o relativos a otras materias jurídicas (depósitos judiciales de cosas muebles, intervenciones judiciales de administración de patrimonios), pero no le limita a ello, sino que le permite configurar medidas y efectos ajustados a la necesidad concreta de tutela cautelar.

Tampoco la ley establece unos presupuestos específicos para las medidas -es comprensible dado lo anterior-, pero es que al regular los presupuestos de las medidas que el juez entienda que puede adoptar, no lo hace fijando los ya clásicos en el proceso civil apariencia de derecho, peligro en la demora y caución. Las disposiciones en las que se establecen los presupuestos (arts. 129, 130, 133 y 136) necesitan una interpretación específica para determinar cómo juegan aquí aquellos presupuestos clásicos de la tutela cautelar.

2.- EN GENERAL SOBRE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

La lectura de los arts. 130 y 136 conduce, de entrada, a constatar alguna diferencia en cuanto a los presupuestos entre las medidas cautelares de un proceso principal en el que se hayan interpuesto pretensiones de anulación de un acto o disposición y pretensiones accesorias de tal anulación (art. 31), y medidas cautelares de procesos en los que se interponga, o se prevea interponer, pretensiones autónomas de condena por inactividad de la Administración o por vía de hecho (art. 32).

Para las primeras el art. 130 omite toda referencia -como mínimo expresa- a la apariencia de derecho como presupuesto de la medida, y hace depender el pronunciamiento sobre la medida de una valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, valoración en la que el sentido de la decisión, la inclinación hacia la tutela cautelar de alguno de tales intereses, vendrá determinada por la evitación de que la falta de la medida “haga perder su finalidad legítima al recurso” o por la evitación de “perturbación grave de los intereses generales o de tercero”.

Para las segundas el art. 136 menciona, expresamente y en primer término, el presupuesto de la apariencia de derecho, para excluir la medida cautelar cuando tal apariencia es especialmente intensa en favor de la posición de la Administración demandada, pero también se refiere a la ponderación de intereses y a la perturbación grave de los intereses generales o de tercero como causa de exclusión de la medida.

De entrada, y sin perjuicio de una mayor reflexión, no creo que puedan separarse rígidamente, en cuanto a los presupuestos, las dos clases de medidas. Respecto de las primeras cabe pensar razonablemente que uno de los criterios que puede influir en la decisión de la valoración o ponderación de los intereses es el grado de probabilidad de la perspectiva de tutela en la sentencia principal con el aparezcan los diferentes intereses - el del actor; los intereses protegidos por la actuación administrativa-. Por otra parte una rígida diferenciación debería conducir a no entender aplicable el art. 133.1 a las medidas relacionadas con la segunda clase de pretensiones, lo que sería incomprensible por reducir las posibilidades de tutela cautelar (al deberse negar, por imposibilidad del reajuste autorizado por ese precepto, las medidas solicitadas) precisamente en un supuesto en el que el art. 136.1 parece querer ofrecer mayores posibilidades de tutela cautelar. Salvo matices me inclino por pensar que los presupuestos no son diferentes para medidas relacionadas con una y otra clase de pretensiones. Estudiaremos, por tanto, los presupuestos conjuntamente, advirtiendo en su caso de las especialidades que puedan darse.

3.- LA VALORACIÓN O PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO: INTERESES QUE HAN DE SER VALORADOS, CRITERIOS PARA EFECTUAR LA VALORACIÓN, UN MODELO DE JUICIO DE VALORACIÓN.

A) Necesidad de la ponderación de intereses para la resolución sobre cualesquiera medidas cautelares.

El sentido de la resolución sobre la medida cautelar depende de una valoración circunstanciada de los intereses en conflicto.

La duda sobre si para las medidas cautelares instrumentales de pretensiones autónomas por inactividad o por vía de hecho este juicio de ponderación no es siempre condicionante, dado que, en principio, el art. 136.1 establece la concesión preceptiva de las medidas excepto que se “aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos” -es decir: supuestos de carencia total de *fumus boni iuris* de la pretensión-, ha de descartarse. Lo cierto es que estas medidas no pueden ser concedidas sin previa valoración de su incidencia en los intereses generales o de terceros, para determinar si causan en ellos una grave perturbación (en tal caso procede denegarlas de acuerdo con el art. 136.1) o “perjuicios de cualquier naturaleza” (en tal caso procede concederlas con contracautelas: art. 133.1).

Este modo de regular los presupuestos de la tutela cautelar impone examinar, en primer término, qué intereses han de ser tomados en consideración en ese juicio de valoración, y, en segundo lugar, cómo debe realizarse ese juicio.

B) ¿Qué intereses han de ser considerados en la valoración ponderada?

En la valoración ponderada han de ser tomados en consideración todos los intereses en conflicto (directamente art. 130.1; indirectamente art. 136.1, que hace concurrir los intereses afectados por la inactividad o la vía de hecho con los intereses generales y de terceros).

En principio la fórmula utilizada para determinar los intereses atendibles parece expansiva (“*todos* los intereses en conflicto”). Más bien pienso que la referencia a que tales intereses estén *en conflicto*, funciona como delimitadora de los intereses jurídicos que deben ser atendidos en el juicio ponderativo, en el sentido de que sólo han de tenerse presentes aquellos intereses jurídicos que resultan afectados por la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión procesal y que resultarán afectados también por la sentencia que resuelva sobre ésta. Esto lo impone igualmente el carácter instrumental de la tutela cautelar, que no justifica que los efectos de ésta se proyecten más allá, en cuanto a los sujetos, de lo que se extenderá la tutela judicial del proceso principal.

Para la determinación, en los asuntos concretos, de los intereses atendibles sirven las mismas normas que atribuyen la legitimación en el proceso principal (art. 19-22). Los derechos e intereses legítimos que, atendida la actuación administrativa a la que se refiere la pretensión, atribuyen legitimación activa y pasiva son los que deben ser considerados en el juicio de ponderación, prescindiendo de otros intereses cuya afectación no llegue al grado necesario para atribuir legitimación. Este razonamiento traslada las dificultades de especificación de tales intereses a las que ya se plantean para establecer las calidades de los intereses legitimantes, pero tiene el mérito, a mi juicio, de

fijar un límite coherente al juicio de ponderación en el que ha de apoyarse la decisión sobre las medidas cautelares.

C) Las reglas de la valoración o ponderación.

Acerca de la cuestión de cómo valorar y ponderar los derechos e intereses legítimos afectados sientan los arts. 130 y 136 una regla expresa sobre el método de valoración, a la que también se dio gran importancia en la evolución doctrinal y jurisprudencial que ha precedido a la nueva ley: debe ser una “valoración circunstanciada”, el Tribunal “ponderará en forma circunstanciada”.

No es la ley, sin embargo, tan clara a la hora de expresar cuáles son los criterios para hacer la valoración, las que podríamos llamar “reglas de fondo” de la misma, aquéllas que el juez habrá de aplicar para hacer predominar un interés sobre otro a la hora de resolver sobre la tutela cautelar. Preguntarse por esas reglas es, sin duda, un problema real, puesto que, además de ser lógicamente requeridas para realizar ese juicio sin arbitrariedad (art. 9 CE), el art. 132. 2 presupone que se han tenido presentes al establecer que “No podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares... en razón de la modificación de los criterios de valoración que el juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar”.

a) El carácter circunstanciado de la valoración.

El énfasis de la ley en el carácter circunstanciado de la valoración -que a mi juicio ha de tener una precisa repercusión en la amplitud de la motivación de las resoluciones sobre la tutela cautelar- se explica por la decidida finalidad de corregir enjuiciamientos de pretensiones cautelares decididos (negativamente) mediante una invocación genérica del interés público o general al que debe entenderse que sirve, en hipótesis, toda actuación de la Administración¹.

Frente a esto la ley impone ahora que se realice un examen particularizado de los riesgos que la inevitable demora procesal supone para cada potestad (para el interés público al que debe servir), derecho o intereses legítimo afectado, de modo que hay que razonar especialmente sobre los riesgos que afectarán a cada una de tales posiciones jurídicas.

Valoración o ponderación circunstanciada puede significar también valoración o ponderación concreta, lo que daría entrada al presupuesto del *fumus boni iuris*, de la apariencia de derecho, en el sentido de que el nivel de apreciación circunstanciada podrá

¹ Sobre la jurisprudencia y doctrina que reconocieron relevancia, a efectos de la suspensión del acto o disposición impugnados, a la valoración concreta de la afectación de los intereses generales, véase SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, en RAP, 1983, páginas 1609-1626; PAREJO ALFONSO, L., *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en REDA, 1986, páginas 19-44; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, en RAP, 1989, páginas 277-300; GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La suspensión de la suspensión del acto administrativo*, en REDA, páginas 116-118; RODRÍGUEZ-ARANA, J., *Régimen jurídico de la suspensión del acto administrativo en la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de 1978*, en RGD, 1989, páginas 3551-3554; RODRÍGUEZ-ARANA, J., *De nuevo sobre la suspensión judicial del acto administrativo (1986-87)*, en REDA, 1989, páginas 639-648; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 177-179.

llegar hasta el punto de tener en cuenta el grado de probabilidad de las perspectivas de que obtengan tutela en la sentencia definitiva las potestades, derechos o intereses afectados, a los efectos de hacer prevalecer la protección (provisional) de aquél que, de hecho y de derecho, tenga mejores perspectivas de obtener la protección judicial definitiva.

La característica de “circunstanciado” que ha de tener el juicio de valoración o de ponderación puede tener, pues, un doble significado.

Un primer significado sería el de que el juez, considerando como hipotéticamente merecedores de tutela en la sentencia definitiva la potestad (interés público por ella servido), el derecho o el interés legítimo -todos los cuales son, de momento, sólo litigiosos-, examinara las consecuencias que tendría para cada una de tales posiciones jurídicas adoptar y no adoptar la medida cautelar, con vistas a justificar el otorgamiento de la protección provisional a aquélla de tales posiciones que representara el valor jurídico que mereciera, con preferencia, conservar la opción de una satisfacción específica definitiva.

Un segundo significado consistiría en que el juez pueda, a la vista de los hechos que consten en autos (también en el expediente administrativo aportado) y de la apreciación jurídica que en tales hechos se pueda sustentar, justificar el otorgamiento de la protección provisional a la posición jurídica con más probabilidades de ser definitivamente tutelada.

Estos dos modos de entender el carácter circunstanciado del juicio de ponderación pueden ser alternativos -en el sentido de que, presupuesta la dificultad de pronosticar con seguridad suficiente cómo será definitivamente resuelta la cuestión litigiosa, e, incluso, la improcedencia de intentar tal pronóstico, el ordenamiento puede excluir el segundo significado del juicio circunstanciado y limitarse al primero- o pueden ser parcialmente complementarios -en el sentido de que, estableciendo como imprescindible realizar la valoración circunstanciada según su primer significado, autorice a que el pronóstico sobre el sentido de la sentencia pueda tener alguna incidencia en la resolución sobre la tutela cautelar-. Me inclino por la segunda opción.

b) Los criterios para realizar la valoración o ponderación

El juez valora y pondera los intereses afectados, pero ¿con qué criterios decide cuáles de ellos son merecedores de la protección provisional y cuáles no?

Esta cuestión puede tener una primera respuesta bastante lógica. Las normas jurídicas materiales no son otra cosa más que criterios acabados para decidir, en una contraposición de intereses, cuál de ellos y en qué medida debe ser preferido frente a los demás intereses en presencia. ¿Serán aquí las normas materiales -es decir: las normas que habrán de aplicarse en sentencia definitiva para resolver sobre la pretensión- las que deberán utilizarse como criterios para decidir en la valoración o ponderación? Esta cuestión nos sitúa nuevamente ante el problema del difícil pronóstico del que puede ser el contenido de la sentencia final y del juego que pueda tener el *fumus boni iuris* como presupuesto de la tutela cautelar en el proceso administrativo.

Si no se han de utilizar, o no se pueden utilizar exclusivamente, los criterios que resultan de las normas jurídico-materiales es imprescindible echar mano de criterios de contenido más indeterminado como la “preservación del fin legítimo del recurso”, la “perturbación grave de los intereses generales o de tercero” para regir la elección del

interés más digno de tutela provisional. En ocasiones ha sido objeto de crítica la utilización del criterio indeterminado de los intereses generales, porque siendo así que la Administración debe servir tales intereses sólo con las potestades que la ley le atribuye, no cabe determinar si realmente son esos intereses los que están siendo servidos en un caso concreto sin un examen, aunque sea sumario, de la legalidad de la actuación de la Administración². Por otra parte, la identificación de unos intereses generales y la determinación de su prevalencia sobre el interés que hace valer el actor no puede hacerse sin la consideración de reglas más específicas constitucionales y legales³. Me parece que la utilización de un examen sumario de la legalidad de la actuación de la administración y de la posición del actor (exámenes sumarios que deben ser vistos como las dos caras de una misma moneda) es defendible en alguna medida.

Sí que tiene una respuesta más segura la cuestión -que suscita la conjunción alternativa utilizada en los arts. 130 y 136- de si la referencia a los intereses de terceros es una referencia autónoma respecto de los intereses generales o lo es a tales intereses de terceros en cuanto sean coincidentes con el interés general que la Administración también deberá aducir como gravemente perturbado por la medida que se pretende. No creo que pueda concebirse una actuación administrativa sólo al servicio de intereses de terceros, que, a la vez, no esté al servicio de algún interés público o general, de modo que esa referencia debe ser entendida de modo acumulativo.

La utilización como criterios para priorizar los intereses valorados de los conceptos jurídicos indeterminados que se han citado antes, se explica mejor si se tiene en cuenta que la contraposición de intereses sobre la que se ha de decidir al resolver sobre la tutela cautelar, no es la de los intereses regidos por las normas de Derecho material -normas que, sin duda, habrán de aplicarse en la sentencia, aunque luego esta sentencia tenga dificultades de cumplimiento pleno y exacto y deba ser cumplida parcial o totalmente por equivalente-, sino la de los intereses marginales de no soportar los riesgos de la demora procesal. En este sentido resulta muy clara, a pesar de la indeterminación de la formula que utilizan, la disposición de los arts. 130.2 y 136.1 que no imponen que se denieguen las medidas cautelares simplemente porque la posición jurídica del actor no concuerde con los intereses generales -como debería ser si pudiera entenderse que, al resolver sobre la medida cautelar, se estuviera resolviendo el mismo conflicto del que son reglas de decisión las normas del Derecho Administrativo aplicables en la sentencia de fondo-, sino que imponen desestimar las medidas sólo si, a

² Véase, principalmente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: la recepción del principio del fumus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 176-177; del mismo, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 203-207.

³ Sirva como referencia que en las resoluciones sobre suspensión de actos de expulsión de extranjeros, que analiza UTRERA CANO, S. F., *La expulsión de extranjeros del territorio nacional y su suspensión por la vía del artículo 7 de la Ley 62/1978 (Un análisis de jurisprudencia)*, en RAP, 1993, páginas 265-281, la afectación grave al interés general se verifica en atención a las causas de expulsión de la Ley de Extranjería aducidas por la Administración, a lo que, según el comentarista, debería añadirse, para mejor fundamento de las resoluciones, otras constataciones reveladoras de la gravedad e inmediatez de tal afectación.

pesar de ser necesarias para preservar la finalidad legítima de la pretensión, causan una grave perturbación a los intereses generales o de terceros.

Que el actor tenga que soportar esos riesgos -por no haberle concedido el juez la tutela cautelar por él solicitada- significa que los derechos o intereses que la sentencia firme venga a reconocerle, pueden quedar expuestos a la ineludible aplicación del art. 105.2 (indemnización compensatoria de la imposibilidad material o legal de cumplimiento pleno de la sentencia). Si es la Administración la que ha de soportar esos riesgos -por haberse concedido la tutela cautelar solicitada- son los derechos o intereses a los que sirven las potestades de la Administración los que quedan expuestos igualmente a una insatisfacción específica total o parcial, en su caso sólo reparable por equivalente, mediante una indemnización pecuniaria.

Los criterios para optar por la posición más merecedora de protección cautelar son, pues, de dos clases: unos tienen que ver con el pronóstico sobre el otorgamiento de la tutela judicial definitiva a alguna de las posiciones en litigio, otros con el grado de necesidad de esa protección que tenga cada una de tales posiciones.

D) La dudosa función de la apreciación de la apariencia de derecho.

Las medidas cautelares en el proceso civil tienen como uno de sus presupuestos la llamada apariencia de derecho o también *fumus boni iuris*.

La razón de ser de tal presupuesto es la siguiente. La previsión legislativa de medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. Cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inícuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandado, se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor.

Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal, y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. De ser así se incurriría en una duplicación de la instrucción, pero, sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto el obstáculo que está destinada a superar: el retraso de la resolución eficaz para incidir en la esfera jurídica del demandado, impuesto por la necesidad de una actividad procesal previa orientada a verificar, con todas las garantías, la concurrencia de los presupuestos de aquella resolución.

Para que la medida cautelar pueda cumplir su función, la demostración de la situación jurídica para la que se pide tutela cautelar ha de quedar en el grado de la mera probabilidad, de la prueba semiplena, del acreditamiento, sin necesidad de alcanzar la plena convicción del juez. Para llegar a ese resultado no es preciso poner en juego todos los medios de prueba, ni el procedimiento normal de su práctica, sino que la ley considera suficiente un principio de prueba, por regla general resultante de documentos

(aunque estos no deben someterse al procedimiento de práctica de la prueba documental)⁴.

Advertí en otro lugar que ni la antigua LJCA, ni otras leyes reguladoras de la medida cautelar de suspensión en el proceso contencioso-administrativo, se referían a la apariencia de derecho como presupuesto de las medidas cautelares, “pero no sería justo conceder la suspensión ante una pretensión principal que no aparezca provista de algún fundamento. En todo caso la ley no requiere específicos medios de acreditamiento: pueden bastar las afirmaciones de las partes y, si se pide en momento avanzado de la tramitación del proceso principal, cabe acudir a los materiales aportados a éste o a las resoluciones en él dictadas (art. 96.2)”⁵.

Una doctrina jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo a principios de los 90, precedida de una influyente doctrina científica⁶, vino a darle al *fumus boni iuris* una influencia en la concesión de la medida cautelar de suspensión que no se corresponde con la función de tal presupuesto de la tutela cautelar, que he explicado poco más arriba. En síntesis esa doctrina jurisprudencial venía a sostener que ese presupuesto podía ser suficiente para la adopción de la medida cautelar, dado que si el juez apreciaba la apariencia de buen derecho en favor de la pretensión del recurrente quedaba contrarrestada la presunción de legalidad del acto administrativo y, con ello, el fundamento de su eficacia ejecutiva⁷.

Significativos de esta corriente jurisprudencial son los autos de 20 de diciembre de 1990 (RA 10412) -aunque, como luego explicaré, la doctrina de este auto es más matizada- y 17 de enero de 1991 (RA 503), primeras resoluciones en las que el TS se refiere a la concurrencia de una apariencia de buen derecho en el proceso administrativo

⁴ Sobre este presupuesto de las medidas cautelares, ORTELLS RAMOS, M. (Con CALDERÓN CUADRADO, M.P.), *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, páginas 12-14; ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 13-15.

⁵ ORTELLS RAMOS, M. y otros, *El proceso contencioso-administrativo*, Granada, 1998, página 173.

⁶ Véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La sentencia Factortame (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 123-128; del mismo, *La aplicación de la “apariencia de buen derecho” como base de las medidas cautelares en el recurso directo contra reglamentos*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 233-244; del mismo, *La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la “apariencia de buen derecho” para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 189-211; del mismo, *Sobre la posibilidad de que las jurisdicciones nacionales adopten medidas cautelares positivas (y no sólo suspensiones) contra los actos de sus Administraciones respectivas dictados en ejecución de Reglamentos comunitarios cuya validez se cuestiona (Sentencia Atlanta del Tribunal de Justicia, de 9 de noviembre de 1995)*, en REDA, 1995, páginas 565-579

⁷ Críticamente frente a estas tesis CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 171-178; BOQUERA OLIVER, J. M., *Insusceptibilidad de suspensión del acto administrativo*, en RAP, 1994, páginas 62-70; VECINA CIFUENTES, J., *La trascendencia del fumus boni iuris como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativo y constitucional. (A propósito del Auto del Tribunal Constitucional de 1 de diciembre de 1993)*, en RDPro, 1995, páginas 259-289.

cautelar, doctrina que después se mantiene en otros autos del TS como los de 10 de julio de 1991 y 9 de diciembre de 1993 (RA 9548).

En el caso que contempla el ATS de 9 de diciembre de 1993 (RA 9548), la apariencia de buen derecho resulta del pronunciamiento contenido en la sentencia recurrida: "Según ha declarado reiteradamente esta Sala en numerosas sentencias, cuando el principio de presunción de legalidad del acto administrativo que consagran los arts. 45.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 122.1 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción se ve destruido, `prima facie`, por una apariencia de buen derecho en la posición del recurrente, no contestada seriamente por la Administración, esta eliminación provisional de uno de los fundamentos de la ejecutividad de tal acto habrá de afectar, temporalmente, a su virtualidad. En esta línea, la jurisprudencia viene recogiendo la doctrina denominada del `fumus boni iuris`, como causa determinante de la suspensión, principalmente cuando el control de la ejecutividad del acto se desarrolla en grado de apelación y, por el transcurso del tiempo, haya recaído entre tanto sentencia estimatoria del recurso contencioso-administrativo en primera instancia, aunque no haya ganado firmeza por haber sido a su vez recurrida en apelación, pero que, pese a ello, viene a dotar de una clara apariencia de buen derecho a la posición de la parte recurrente; que es precisamente lo que sucede en el caso litigioso".

La sentencia del Tribunal Supremo de 26 de julio de 1996 (RA 5721) señala que "para que proceda la aplicación de la doctrina del *fumus boni iuris* como causa de suspensión del acto recurrido es necesario que concurra una apariencia razonable de buen derecho en la posición del recurrente y la falta de una argumentación sólida de la Administración que destruya aquella apariencia".

Sorprendentemente -y lo digo porque ese "descubrimiento" del *fumus boni iuris* difícilmente podía pasar desapercibido al legislador- en el régimen de las medidas cautelares de la nueva LJCA tampoco se establece con claridad que la apariencia de derecho sea presupuesto de las medidas cautelares. Las únicas referencias al *fumus boni iuris* se hacen en los arts. 136.2 -según el cual "no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuran el debate", lo que limita en cierto sentido la influencia de las variaciones en la apreciación del *fumus* en las medidas ya adoptadas- y 132.2 -que excluye la adopción de las medidas instrumentales de pretensiones de condena por inactividad y por vía de hecho si se aprecia "con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos (29 y 30 LJCA)", lo que implica que, para estas medidas, es necesario un cierto grado de apariencia de fundamento de la pretensión-.

Entiendo que la apariencia de derecho puede entrar -como ya avancé más arriba- por una doble vía a ser factor influyente en el juicio que fundamentará la decisión sobre la medida cautelar: por un lado, en atención a que el juicio de ponderación de los intereses en conflicto ha de ser un juicio circunstanciado, lo que puede entenderse en el sentido de que ha de ser concreto, es decir, realizado en atención a los hechos relevantes para la decisión sobre la pretensión que resulten acreditados; por otro lado, en atención a que entre los criterios atendibles para determinar el derecho o interés preferentemente merecedor de la tutela cautelar deben estar, aunque no sea con carácter exclusivo, las normas materiales y, consecuentemente, el pronóstico de cuál de los derechos o intereses en conflicto será previsiblemente tutelado.

En todo caso, es evidente que el legislador no ha optado por hacer de la valoración del *fumus* un criterio de decisión que, de estar presente, impondría sin más la concesión de la medida, porque se deduce de lo dispuesto en el art. 130 que aunque se concluyera, en una primera etapa del juicio de ponderación, que, sin la medida, la pretensión podría perder “su finalidad legítima” -cabe pensar: la más plena y exacta satisfacción de la pretensión, que correspondería en el supuesto del pleno fundamento de la misma-, la medida no debe ser adoptada si con ella se puede originar, mientras se desarrolla el proceso principal, una perturbación grave de los intereses generales; de esto deriva que la preservación de estos últimos intereses es considerada por el legislador como lo que debe ser preferido, en definitiva, en el juicio de ponderación. Y de modo similar se dispone en el art. 136.1.

En definitiva, la apreciación del *fumus boni iuris* es un factor más en el juicio de ponderación que ha de fundamentar la decisión sobre la medida cautelar. Ese era, por cierto, el papel que le asignaba el ATS de 20 de diciembre de 1990 (RA 10412).

Dice este auto, iniciador de la doctrina jurisprudencial sobre la influencia del *fumus*: "Aquí nos encontramos con que el acto cuya suspensión se solicita ordena el cese en la actividad de unas cuadras para ganado ovino `en base` -dice- a una determinada sentencia del Tribunal Superior de Aragón cuya firmeza no consta y, desde luego, se niega por el apelante sin que se discuta esta negativa por el Ayuntamiento. Y todo ello conecta con otro acto administrativo también sub iudice en que se afirma -sin mayor razonamiento- que los hermanos I., aquí apelantes, han incumplido las condiciones de la licencia concedida (...). Es claro entonces que el propio Ayuntamiento está reconociendo que *prima facie* la situación jurídica de los apelantes no es de franca y radical ilegalidad, que incluso parece que una actuación administrativa previa la ampara, que puede haber posibilidad de legalizarla, etc. Por supuesto -y esto debe dejarse perfectamente claro- que haya una apariencia de buen derecho no supone prejuzgar el fondo, porque puede ocurrir que el estudio de fondo destruya esa apariencia en cuyo caso la sentencia que se dicte deberá desestimar las pretensiones de los que aquí aparecen como apelantes. *En todo caso y teniendo en cuenta que la ejecución del acto conlleva perjuicios graves para los recurrentes que viven de la explotación de esas naves para cuadras de ganado, y que no consta qué tipo de perjuicios ni para el interés público ni para terceros pueden seguirse de la no ejecución* (cursiva mía), la suspensión debería haberse acordado simplemente con aplicar literalmente el art. 122 de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (...) Y es necesario recordar también que esta fuerza expansiva del citado artículo 24 de la Constitución y su eficacia rompedora de toda irrazonable supervaloración de los privilegios administrativos como el de la presunción de validez de los actos de la Administración, viene impuesta hoy por ese principio general del derecho comunitario (...) que se resume en que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón. Este principio general de derecho (...) obliga a impedir los abusos que pueden seguirse del llamado privilegio de autoejecución, impidiendo que pueda el poder público parapetarse en él cuando en un supuesto de hecho concreto -y esto subraya la necesidad de examinar cada caso y fallar en razón a la concreta individualidad de cada uno- lo que se advierte *prima facie*, sin que ello suponga prejuzgar el fondo del pleito principal, es una apariencia -apariencia, insistimos- de buen derecho. Esa apariencia, aun siendo sólo eso, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada".

Hago notar que el auto no deja de mencionar como fundamentadores de la medida, el inmediato perjuicio grave para el actor y la falta de concreta afectación del interés público o de terceros.

No es excepción a lo dicho que la solicitud de suspensión del acto administrativo se ampare en el art. 111.2, b LRJAPPAC -es decir: en causas de nulidad de pleno

derecho-. Si este precepto se entiende aplicable a las medidas cautelares jurisdiccionales, no basta para acordar la suspensión que se aprecie *fumus boni iuris* acerca de la concurrencia de tales causas de nulidad, sino que hay que estar al resultado del juicio de ponderación de intereses previsto en el primer párrafo del artículo y apartado citados.

E) La función del peligro en la demora y la concepción bilateral del mismo.

El riesgo de daño que genera la demora de la emisión de la sentencia en el proceso es el fundamento de la tutela cautelar. De la consideración del mismo pueden extraerse diversos criterios para resolver sobre el otorgamiento de la tutela cautelar: qué posiciones jurídicas están más expuestas a sufrir ese riesgo, cuál es la entidad de esas posiciones, cuáles las características del daño que puede causarse a las mismas.

Tampoco en la LJCA hay una formulación directa del presupuesto del peligro en la demora, pero el mismo, sin duda, aparece cuando el art. 130.1 dispone que “la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso”. Consiguientemente es necesario para la adopción que la demora de la sentencia sin la medida cautelar ponga en peligro ese objetivo, con lo que aparece el clásico presupuesto del peligro en la demora.

Pero la ley no le da al peligro en la demora una funcionalidad unilateral -es decir, no considera sólo el riesgo que afecta a la posición jurídica del actor para disponer que la medida debe ser adoptada si el peligro en la demora concurre-, sino que atiende a su inevitable bilateralidad -es decir, el peligro en la demora también es operativo para la resolución sobre la medida si ese riesgo pueda afectar a la posición jurídica del demandado a causa, precisamente, de haberse adoptado la medida cautelar-⁸.

El objetivo del juicio de valoración o ponderación es determinar cuál de las posiciones jurídicas ha de soportar el peligro que deriva de la demora procesal y cuál, por el contrario, ha de ser protegida frente al mismo. La concreta existencia de ese peligro es un presupuesto de la resolución sobre la medida cautelar y está integrado por aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, por la necesaria demora en emitirla, y que la medida cautelar se dirige precisamente a contrarrestar, pero también son relevantes para la apreciación del riesgo de ineffectividad los perjuicios (graves o menos graves) que la medida puede irrogar a los intereses generales y de terceros -es decir: la perspectiva de la efectividad de la sentencia desestimatoria-.

Los riesgos que amenazan a la efectividad de una sentencia presentan una gran variedad⁹, pero con carácter general podemos referirnos a las clases más destacadas de los mismos:

⁸ Esta concepción bilateral del peligro en la demora está implícita en el carácter decisivo que la ponderación de intereses en conflicto tiene para la resolución sobre las medidas cautelares, y como este último se debe en buena parte a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela cautelar, acerca de la cual puede verse ORTELLS RAMOS, M., *Doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sobre la tutela cautelar en materias no penales (1981-1996)*, en Tribunales de Justicia, 1997, páginas 624-636.

⁹ Puede verse ORTELLS RAMOS, M. (con CALDERÓN CUADRADO, M.P.), *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, páginas 14-15.

1) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como, por ejemplo, el riesgo de insolvencia de un demandado que puede frustrar la ejecución dineraria, bien proceda inicialmente -por contener el título ejecutivo un deber de prestación pecuniaria- o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica de títulos ejecutivos que contengan deberes de prestación de hacer, de no hacer o de dar cosa determinada mueble o inmueble. En los casos en los que es demandada una Administración pública este riesgo no se produce dado que ésta es siempre solvente. En los procesos sobre pretensiones de anulación de acto previamente declarado lesivo, este tipo de riesgo tiene directa relevancia, aunque este supuesto parece no encajar en las previsiones de la ley, únicamente preocupada por las medidas cautelares frente a la Administración y por la ejecución frente a ella; sin embargo, si la Administración no puede ejercitar potestades de autotutela -ni siquiera con efectos cautelares- mientras el acto declarado lesivo no haya sido anulado por los tribunales, la falta de previsión de medidas cautelares frente al demandado en el proceso de lesividad es una laguna de protección cautelar de la Administración.

2) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que una cosa mueble no pueda ser habida o haya sido transmitida a otra persona con el carácter de irreivindicable y deba procederse a una ejecución genérica; lo segundo respecto de una cosa inmueble) o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad (p. ej., cuando se disponga de título ejecutivo podrá realizarse la entrega o puesta en posesión de las cosas muebles o inmuebles, pero estas habrán sufrido transformaciones determinantes de pérdida de valor, respecto a las que se tendrá que aceptar una indemnización).

3) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia. Aunque en cuanto a los pronunciamientos meramente declarativos y constitutivos las sentencias no son propiamente título de ejecución, los efectos de seguridad jurídica y de cambio jurídico que producen tales pronunciamientos han de tener realidad práctica. Ejemplo de riesgo para un pronunciamiento declarativo -en un proceso civil- sería el de que la estimación de una pretensión declarativa de dominio devenga inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor.

4) Por fin, hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación¹⁰. Por ejemplo, si la resolución sobre la conformidad a Derecho de la ordenación de servicios mínimos para una huelga convocada en el sector público no se produce antes de las fechas de realización de la misma, el ejercicio del derecho de huelga puede quedar esencial e inevitablemente menoscabado si está vigente una ordenación excesiva de tales servicios¹¹.

¹⁰ Sobre esta clase de riesgos ORTELLS RAMOS, M., *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC*, en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén", Valencia, 1990, página 401, (también publicado en Justicia, 1989, I); CALDERÓN CUADRADO, M.P., *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Madrid, 1992, páginas 169-174.

¹¹ CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 183-189; BAYLOS, A., *Sobre la suspensión de*

En el proceso administrativo el peligro en la demora ha de ser concebido de modo amplio -es decir, comprensivo de todas las modalidades expuestas- dado que el art. 129.1 dispone que la finalidad de las medidas es asegurar “la efectividad de la sentencia”, lo que comprende sus efectos estrictamente ejecutivos, pero no sólo tales efectos sino también efectos de otra naturaleza -declarativos, constitutivos y pronunciamientos sobre las consecuencias derivadas de la anulación del acto o disposición (art. 31.2)- que han de poder desenvolverse útilmente para el actor cuya demanda sea estimada. Una interpretación restrictiva estaría también excluida por la razón de que la ejecución en el proceso administrativo no parece concebirse con la aparente restricción que la caracteriza en el proceso civil: aunque el objeto principal del proceso y de la sentencia sea la pretensión de anulación, la realización forzosa de los pronunciamientos de reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas es objeto de la ejecución y también su efectividad ha de ser asegurada. Por otra parte el art. 130 utiliza también una fórmula genérica para describir el peligro en la demora: “hacer perder su finalidad legítima al recurso”, lo cual comprende algo más que la eficacia ejecutiva y los riesgos de imposibilitarla o dificultarla de modo grave.

En fin, la consideración de la otra perspectiva de la efectividad -la efectividad de la sentencia desestimatoria-, requiere examinar si las medidas causarán “perturbación grave de los intereses generales o de tercero” (art. 130.2) o “perjuicios de cualquier naturaleza” (art. 133.1), lo que, ciertamente, guarda alguna relación con que continúe siendo posible la ejecución de la sentencia en su momento (plena ejecución del acto o disposición impugnados, aunque la medida sea adoptada y cuando sea desestimada la demanda), pero principalmente requiere valorar la insatisfacción de tales intereses durante la pendencia del proceso de declaración en el caso de que la medida sea adoptada. Si la medida causa concretamente una perturbación grave en tales intereses deberá ser denegada. Si causa algún perjuicio en los mismos podrá ser concedida, pero con contramedidas que eviten ese perjuicio.

F) Un modelo de ponderación de intereses para resolver sobre las medidas cautelares.

Lo que sigue no es la explicación real de un enjuiciamiento ponderado de los intereses en conflicto para resolver sobre la medida cautelar solicitada, sino un modelo teórico de la dinámica de elaboración de ese juicio. Este modo de explicación tiene la ventaja de revelar más claramente que la explicación estática de los criterios de ponderación los problemas que se suscitan y las posibilidades de solución.

a) Primer estadio del enjuiciamiento.

En el primer estadio del juicio parece que debe diferenciarse que se trate de medidas cautelares instrumentales de pretensiones de condena por inactividad de la Administración o por actuación de la misma constitutiva de vía de hecho (art. 136), y medidas cautelares instrumentales de otras pretensiones (art. 130). Veremos, no obstante, si cabe concluir en ese sentido.

a’) En el segundo supuesto, el primer estadio del enjuiciamiento debe ir dirigido a examinar si la falta de adopción de la medida cautelar solicitada -lo que supone dejar

los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga (Comentario a la STC 148/1993, de 29 de abril), en Derecho privado y Constitución, 1993, páginas 289-310.

sin impedimento ninguno la ejecución del acto o la aplicación de la disposición impugnada- pudiera “hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

La interpretación del art. 130.1, en la que puede fundamentarse la anterior afirmación, plantea, sin embargo, dos problemas relacionados: qué significado tiene “hacer perder su finalidad legítima al recurso” y si este primer estadio del juicio requiere ya “valorar todos los intereses en conflicto”, como consta en la letra de la disposición.

A mi juicio la finalidad legítima del recurso es el cumplimiento pleno de la sentencia estimatoria del mismo, la plena efectividad de la misma, la satisfacción específica de los derechos e intereses legítimos una vez la sentencia los estime, en concreto, dignos de tutela. En este primer momento no hay que considerar si la satisfacción por equivalente, a la que abocaría la eventual imposibilidad de una satisfacción específica -de no adoptarse la medida- es más o menos adecuada para tales derechos o intereses.

Con ello doy también respuesta al problema de si, en esta primera etapa del juicio, deben ya valorarse todos los intereses en conflicto. La respuesta es negativa. Precisamente ese juicio es necesario para solventar la cuestión de la adecuación de una satisfacción por equivalente y del derecho o interés para el que es más adecuada.

Ahora bien, dicho lo anterior indicaré también que la conclusión de esta primera fase del enjuiciamiento no permite sin más la concesión de la medida cautelar, sino que sólo excluye la potestad de concederla en el caso de que, aún sin la medida, el recurso no perdería la finalidad legítima.

Ejemplos: que la situación jurídica individualizada cuyo reconocimiento se pretende tras la anulación sea un derecho de crédito contra las Administraciones, en cuanto estas son siempre solventes; la reversión de un bien expropiado actualmente integrado en el dominio público, en cuanto el régimen de protección del dominio público impedirá la transmisión a tercero con el carácter de irrevindicable; la concesión de una licencia o autorización que la Administración siempre podrá conceder en las condiciones establecidas, salvo modificación legal.

No obstante, si la “finalidad legítima del recurso” se entendiera del modo algo distinto que ahora indicaré, no podría sostenerse que la denegación de la medida puede hacerse sin previa valoración de los intereses en conflicto. La comprensión diferente de aquella cláusula sería la siguiente: no basta que la sentencia pueda ser, en el momento de su ejecución, susceptible de cumplimiento pleno, sino que es también necesario que el derecho o interés que, con ello, encontrará satisfacción específica *a partir de ese momento*, no haya sufrido un perjuicio relevante por la simple demora en obtener la satisfacción. Este concepto de “finalidad legítima del recurso” sí que impondría realizar la valoración de los intereses en conflicto no sólo -como en todo caso- antes de una decisión de conceder la medida, sino también para una decisión de denegarla. Habría que apreciar si el perjuicio experimentado a causa de la simple demora ha de ser soportado por los derechos o intereses cuya tutela pide la pretensión.

Por otra parte, y según ya se adelantó en anteriores apartados, si en favor de la pretensión del actor no concurre alguna apariencia de fundamento -o, recíprocamente, la actuación de la Administración no presenta apariencias de disconformidad a Derecho-, la medida deberá ser denegada. En la práctica judicial el criterio de la apariencia de buen derecho funciona también en relación con el criterio de la intensidad del peligro en la demora, en el sentido de compensar recíprocamente la insuficiencia -no la inexistencia- de sus respectivos fundamentos.

b') En el otro supuesto más arriba indicado -es decir, medidas instrumentales de pretensiones autónomas de condena por inactividad o por vía de hecho- no habría lugar para esta primera etapa del juicio, porque el art. 136.1 no establece que se haga la apreciación de si la falta de la medida puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, ni siquiera a los meros efectos de denegar la medida si no ocurre tal cosa. Salvo carencia total de apariencia de buen derecho en la pretensión del actor (el art. 136. 1 que dispone que "la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos (los 29 y 30 de la LJCA que ha citado antes)", tanto la concesión como la denegación de la medida ya depende de la ponderación con los demás intereses afectados (intereses generales y de terceros).

Aparentemente en la ordenación de estas medidas se ha prescindido de la función cautelar y se han tenido presentes otras consideraciones. En las medidas instrumentales de las pretensiones de condena por inactividad de la Administración se ha atendido a la posibilidad de decretar cumplimientos parciales, o moderados de otra manera, en el caso de que las obligaciones de la Administración consten con seguridad suficiente¹². Respecto a las medidas instrumentales de las pretensiones de condena a abstención por vía de hecho se ha tenido presente la tutela interdictal, que era, por cierto, la que antes de la nueva LJCA permitía una tutela especial y rápida frente a la vía de hecho administrativa, sólo que sometida a las limitaciones propias de esa vía en cuanto a los bienes susceptibles de posesión y, por tanto, de tutela interdictal.

Ahora bien, lo anterior es sólo una apariencia en la que se cae si el artículo 136 se interpreta fuera del contexto del capítulo en que está incluido y, específicamente, desgajado de lo que dispone el art. 129.1 en el sentido de que las medidas cautelares que se soliciten -y que podrán obtenerse- han de tener por causa asegurar la efectividad de la sentencia, se entiende que frente a cualquier clase de riesgos que la impidan o dificulten. La concurrencia de alguna clase de riesgos para la efectividad será, pues, necesaria.

Por otra parte sólo así se explica que se haya mantenido la rígida vinculación instrumental con un proceso principal. Si se hubiera establecido un juicio sumario la consecuencia lógica hubiera sido desplazar a la parte no beneficiada por el resultado del proceso provisional la carga de demandar en proceso ordinario.

En fin hay que tener en cuenta el argumento de interpretación sistemática según el cual, en defecto de ser relevante algún riesgo para la efectividad de la sentencia, estas medidas cautelares vendrían a confundirse con la ejecución provisional.

b) Conclusión del primer estadio del juicio de valoración.

Ante una petición de medidas cautelares puede haberse llegado -tras la primera etapa del juicio- a la conclusión intermedia siguiente: la medida solicitada es la necesaria y adecuada para garantizar la satisfacción específica del derecho o interés legítimo que la pretensión ha hecho valer. Pero esto no es causa suficiente para la concesión de la medida, sino que a continuación se ha de apreciar si tal medida provocaría, de rechazo, una insatisfacción de la misma calidad -es decir, en su contenido específico- y, además, de gran intensidad (grave perturbación) de los derechos o

¹² Medidas del tipo del *référé provision*, sobre las que puede verse GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra el abuso de los procesos: juicios provisionales y medidas cautelares*, en *La batalla por las medidas cautelares*, Madrid, 1992, páginas 271-272; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 84-101.

intereses legítimos que son protegidos por la actuación administrativa frente a la que se interpone la pretensión. Llegado el juicio a esta etapa ya entra en juego la ponderación. Pero, antes de entrar en él, es necesario que se evidencie de modo concreto qué intereses generales y de terceros van a ser afectados por la medida y con qué intensidad van a ser afectados. Si no se alcanza a concretar ni siquiera este término del juicio de ponderación, las medidas cautelares son procedentes.

c) Segundo estadio del enjuiciamiento: qué derechos o intereses pueden recibir más adecuadamente una satisfacción por equivalente pecuniario. Posibilidad de diferir esa elección atendidas ciertas potestades de configuración judicial de las medidas.

El paso siguiente del juicio debe ser el de plantearse qué derechos o intereses legítimos han de prevalecer sobre los otros, la satisfacción específica de cuáles de ellos se ha de preferir.

Ahora bien, atendido que (1) si la medida cautelar no se adopta y el actor vence en el proceso principal la “imposibilidad de restablecimiento pleno de su derecho o interés legítimo” será pecuniariamente indemnizada (art. 105.2); y (2) si la medida cautelar es adoptada y el actor no vence en el proceso principal, los derechos o intereses legítimos que quedan expuestos a una eventual imposibilidad de restablecimiento pleno son los que estaban protegidos por la actuación administrativa, que, como máximo, podrán ser indemnizados, el planteamiento más preciso de este paso del juicio de ponderación es el siguiente: qué derechos o intereses legítimos son más apropiada o adecuadamente indemnizables en dinero.

En el régimen de la tutela cautelar que ha establecido la LJCA el anterior planteamiento puede incluso demorarse a un estadio posterior del juicio de ponderación. En efecto, en el régimen de las medidas cautelares en el proceso civil la única contracautela prevista es la prestación de caución, que, como es obvio, sólo garantiza al sujeto pasivo de la medida la indemnización pecuniaria. En el proceso administrativo ya antes de la reforma existía la práctica judicial de establecer contracautelas no genéricas, sino específicas, para conservar alguna posibilidad de satisfacción específica de los derechos o intereses desfavorablemente afectados por la medida, esa práctica fue avalada por la doctrina jurisprudencial del TC sobre tutela cautelar¹³.

En la STC (Sala 1ª) 105/1994, de 11 de abril (BOE 17 de mayo de 1994), se indica que las “medidas cautelares pueden y aun deben equilibrarse en muchos casos por contracautelares, una de las cuales, pero no la única, es la caución suficiente para responder de los daños y perjuicios (art. 124 LRJCA), la fianza o aval en suma. Existen sin embargo otras contramedidas precautorias, especialmente cuando de ciertos puestos de trabajo se trata, en la función pública o fuera de ella. En esta línea se encuentran las limitaciones funcionales que la Sala asume como tuyas a consecuencia de los gravísimos hechos imputados a la Secretaria, condenada por un delito de apropiación en sentencia de la Audiencia Provincial, circunstancia ésta sobrevenida y conocida por la Sala con posterioridad al Auto que se reformaba, según explica el que lleva fecha de 13 de noviembre, resolutorio de la súplica.”

¹³ Véase también PAREJO ALFONSO, L., *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en REDA, 1986, página 36.

Con la nueva ley se establece que la medida cautelar que, en definitiva, se decreta puede ser diseñada con el complemento de medidas adecuadas para evitar o paliar los perjuicios de cualquier naturaleza que pudieran derivarse de la medida cautelar (art. 133.1). “De cualquier naturaleza” debe entenderse cualquier perjuicio diferente a una “grave perturbación” a los intereses generales o de tercero, dado que esa perturbación sí que funciona como un límite absoluto a la adopción de una medida cautelar (arts. 130.2 y 136.1). Es decir: es mayor el margen para preservar, simultáneamente, la expectativa de satisfacción específica de los dos grupos de derechos o intereses legítimos que eventualmente pueden merecer la tutela judicial definitiva.

En la medida en que es así, o bien la cuestión básica del segundo estadio del enjuiciamiento ha de ser postergada a la constatación de que no es posible establecer unas medidas contracautelares específicas adecuadas, o bien esa constatación ha de preceder a la conclusión parcial expuesta en el apartado b anterior.

d) ¿Qué criterios han de ser utilizados para determinar qué derecho o interés legítimo puede ser más adecuadamente satisfecho por equivalente?

a') La calidad de los derechos e intereses afectados.

Uno de los criterios es el de la calidad de los derechos o intereses legítimos. Los derechos o intereses de contenido patrimonial son, en razón de su calidad y esencialmente, adecuadamente indemnizables.

Esto vale también para los intereses generales simplemente consistentes en la recaudación de ingresos públicos. La suspensión no los perturba esencialmente, siempre que se haya constituido caución, que contrarresta el riesgo de insolvencia, salvo concreta constancia de que la falta de ingreso inmediato afecte gravemente a la Hacienda de la Administración correspondiente¹⁴.

Los derechos e intereses de contenido no patrimonial no son adecuadamente indemnizables. Es cierto que en la ejecución de la sentencia favorable a los mismos, si no puede ser plenamente restablecida la situación individualizada de pleno disfrute, el defecto de satisfacción específica deberá ser indemnizado. Pero ese es un tratamiento de necesidad en una circunstancia temporal en la que ya no es factible otro tratamiento por imposibilidad material o legal. Cuando la cuestión puede ser planteada en una circunstancia temporal en la que esa imposibilidad no existe, hay que inclinarse por la protección provisional de los derechos e intereses no patrimoniales.

Si los intereses protegidos por la actuación administrativa tampoco tienen contenido patrimonial, el conflicto habrá que resolverlo en favor de estos si la medida cautelar originara perturbación grave en los mismos.

En los actos sancionadores y disciplinarios los intereses en juego no son patrimoniales aunque la sanción sea pecuniaria, de modo que la suspensión debería ser procedente salvo que

¹⁴ Ejemplo extraído de la jurisprudencia que analiza CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 152-153: grave perturbación en la tesorería municipal.

hubiera razones específicas determinantes de que los fines públicos perseguidos por la sanción (prevención general, prevención especial) no podrían alcanzarse si se demorara su aplicación¹⁵.

La denegación de autorización de acceso a ciertas actividades académicas universitarias, con carácter disciplinario, tiene consecuencias negativas, no económicas, de imposible restauración posterior¹⁶.

Entre los derechos de contenido no patrimonial destacan como muy inadecuadamente indemnizables los derechos fundamentales, respecto de los cuales la previsión de la LOTC, en caso de sentencia de amparo estimatoria, es siempre de restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad (art. 55. 1, c LOTC). Los intereses generales o de terceros cuya grave perturbación entre en contraste con la procedencia de la tutela cautelar de los derechos fundamentales alegados por el actor, no pueden ser más que otros derechos o libertades fundamentales u otros bienes constitucionales protegidos por la actuación administrativa¹⁷.

b') Derechos e intereses inadecuadamente indemnizables por su destino concreto.

Un derecho o interés adecuadamente indemnizable por tener contenido patrimonial (por ejemplo, la disponibilidad de una vivienda, de una suma de dinero, de los medios para una actividad empresarial o productiva), puede devenir inadecuadamente indemnizable por ser concretamente condicionante del disfrute de bienes jurídicos cuyo sacrificio no es adecuadamente indemnizable, específicamente de los recursos económicos necesarios para la vida personal o familiar.

Argumentos de este tipo conducen a conceder medidas cautelares frente a actos de suspensión de ejercicio de profesiones, de funcionamiento de establecimientos, que ordenen el desalojo de inmuebles destinados a vivienda, que impongan sanciones que repercuten en la actividad que supone la fuente de ingresos, o deberes de pago de cantidad que afectarían a los medios de subsistencia del obligado¹⁸.

¹⁵ Jurisprudencia en PAREJO ALFONSO, L., *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, en REDA, 1986, páginas 36-37; CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 152-155; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso*, en RAP, 1983, páginas 1617-1624.

¹⁶ COSCULLUELA MONTANER, L., *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, en REDA, 1974, páginas 142-144.

¹⁷ BAYLOS, A., *Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga (Comentario a la STC 148/1993, de 29 de abril)*, en Derecho privado y Constitución, 1993, páginas 306-307; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 187-188: en el caso de una regulación de servicios mínimos limitativos del derecho de huelga hay que atender a la naturaleza de los derechos o bienes constitucionalmente protegidos sobre los que aquella repercute, de modo que exista una razonable proporción entre los sacrificios impuestos a los huelguistas y los que padezcan los usuarios de los servicios esenciales.

¹⁸ Jurisprudencia en CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 146-149, 152-154; FONT i LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en REDA, 1982, página 480.

Los derechos e intereses patrimoniales respecto de los que se acredite concretamente este destino han de ser preferidos a los de simple contenido patrimonial.

c') Derechos e intereses adecuadamente indemnizables por su contenido y destino, pero cuya indemnización será previsiblemente imposible o determinable con gran dificultad.

Entre derechos o intereses todos ellos adecuadamente indemnizables por su contenido patrimonial y por no haberse acreditado estar concretamente destinados a satisfacer bienes jurídicos cuyo sacrificio no es adecuadamente indemnizable, pueden llegar a ser preferidos unos de ellos frente a los otros, a efectos de su protección provisional, en atención a circunstancias como las siguientes.

Primera: la insatisfacción afecta indirectamente a mayor número de personas si se deja sin protección provisional una de las posiciones jurídicas en litigio, y a menos personas si se deja a la otra sin tal protección.

La valoración de los perjuicios a terceros si no se decreta la medida cautelar ha sido tomada en consideración por los tribunales en algunas resoluciones¹⁹.

Segunda: la evaluación de los daños y perjuicios -caso de ser necesaria por deberse indemnizar- resulta más difícil si, por falta de la tutela provisional, resulta la imposibilidad de satisfacción específica de unos derechos o intereses y más fácil si esa insatisfacción afecta a otros.

La presencia de este argumento para conceder medidas cautelares es importante: suspensión de actos que ordenan demoliciones de inmuebles, que prohíben o impiden actividades productivas, que impone deberes de pago cuyo inmediato cumplimiento genera dificultades financieras de tal intensidad que ponen en peligro la subsistencia de la empresa²⁰.

En fin: si es desproporcionadamente más cuantiosa la indemnización por el sacrificio de unos derechos frente al de otros, o si, incluso con independencia de la cuantía previsible de la indemnización, el estado de solvencia del eventualmente responsable hace prever que la imposibilidad o grave dificultad de que la indemnización se haga efectiva.

La utilidad de los anteriores criterios puede llegar a ser grande precisamente en sentido contrario a la adopción de medidas cautelares: si las Administraciones asumen con rigor la tarea de evidenciar de qué modo la medida provoca, concretamente, grave perturbación a los intereses generales y de terceros, siempre será más probable que estos criterios de ponderación militen a favor de no obstaculizar la actuación administrativa.

¹⁹ Jurisprudencia en FONT i LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en REDA, 1982, páginas 480-481; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, en RAP, 1989, páginas 293-294.

²⁰ Jurisprudencia en CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 145-148, 152-153; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, página 176; FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M., *La influencia de la Constitución en la jurisprudencia sobre suspensión de los actos administrativos*, en RAP, 1989, páginas 294-295, 297-298; FONT i LLOVET, T., *Nuevas consideraciones en torno a la suspensión judicial de los actos administrativos*, en REDA, 1982, página 480.

4.- LAS MEDIDAS (EFECTOS) CAUTELARES

El segundo componente de las medidas cautelares -tras la determinación de sus presupuestos- son los efectos jurídicos de las mismas, su contenido, aquello en lo que la medida consiste. Propiamente deberían denominarse efectos cautelares, pero es frecuente llamarlos medida cautelar -con lo que se toma el todo por la parte, porque medida cautelar es el conjunto de los presupuestos y los efectos-.

Para regular este componente de las medidas cautelares el legislador puede optar entre configurar legalmente los efectos cautelares -de modo que el juez deba limitarse a decretarlos si concurren los presupuestos-, atribuirle al juez una potestad de configuración de los efectos cautelares sometida a diversas limitaciones, o combinar ambos modos de configuración de los efectos. En cualquier caso una norma de medidas indeterminadas es necesaria para preservar más plenamente la efectividad de la tutela judicial, porque el legislador no puede agotar la previsión de los riesgos para la efectividad de las sentencias y, consecuentemente, tampoco la de los efectos cautelares adecuados para contrarrestarlos.

La antigua LJCA se limitaba a regular expresamente una medida típica, un efecto cautelar legal, la suspensión de la ejecución del acto impugnado o de la aplicación de la disposición, de modo que si los riesgos de ineffectividad no derivaban de la inmediata imposición de un gravamen o de una limitación por la Administración, sino de la omisión por ésta de una actuación material o de un acto jurídico favorables, no era fácil la obtención de una medida adecuada.

La nueva LJCA no ha optado simplemente por ampliar el catálogo de medidas típicas en el proceso administrativo, añadiendo otras a la suspensión del acto o disposición -que sigue siendo mencionada, pero poco regulada-, sino que se ha inclinado por encomendar al juez la configuración de las medidas.

Esa potestad del juez le es reconocida en tres preceptos: el art. 129, que dispone que puede solicitarse “la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”; el art. 130.1, que establece como función de la medida impedir que el recurso pierda su finalidad legítima; y el art. 133.1, que atribuye al juez la potestad de establecer las contracautelas que estime convenientes a la medida acordada.

Esta potestad autoriza al juez administrativo a concretar las medidas (los efectos) cautelares de dos modos: primero, eligiendo alguna de las medidas típicas previstas -aunque sea mediante su sola mención- en las leyes procesales, administrativas o no (disposición final 1ª LJCA: supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil); segundo, diseñando el juez la medida adecuada si las típicas no satisfacen la concreta necesidad de tutela cautelar. Para ambos modos es importante la potestad del art. 133.1, porque conduce a matizar la medida en principio adoptable.

A) Medidas previstas por las leyes procesales, especialmente administrativas.

a) La suspensión de la ejecución del acto o de la aplicación de la disposición impugnada.

Entre las medidas disponibles sigue estando la suspensión del acto o disposición.

Es directamente nombrada por el art. 129.2, que alude a la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, como medida que puede pedirse cuando se impugna una disposición general. Y por el art. 134.2 que establece la publicación como modo de ejecución de la medida de suspensión en dos supuestos. De modo más incidental por el art. 87.1, a), regulador de las resoluciones recurribles en casación.

Implícitamente se refiere a ella el art. 130.1, pues una medida cautelar que haya de contrarrestar la ejecución del acto o disposición, en cuanto que es tal ejecución la que puede hacer perder su finalidad legítima al recurso, debe serlo la suspensión de tal ejecución.

Referencias especiales a la suspensión hay en los arts. 66 y 67 de la Ley de Bases del Régimen Local, mientras que la falta de las mismas en el art. 65 de la misma Ley permite concluir que en el supuesto que regula se aplican las reglas generales.

El art. 66 -relativo a los litigios entre, de una parte, Estado o Comunidad Autónoma, y, de otra, Entidades Locales, por las causas específicas de que éstas menoscaben o interfieran en las competencias de aquellos o excedan de las propias- establece una especie de suspensión preceptiva para el juez si la Administración actora la solicita expresamente aduciendo que se ha afectado a la integridad y efectividad del interés general o comunitario, aunque el juez puede alzarla si estima que hay perjuicio al interés local no justificado por las exigencias de los intereses antes citados. A mi juicio, si no se optó por establecer *ex lege* que la impugnación daría lugar a la suspensión, el juez no puede quedar vinculado por la solicitud, sino que habrá de resolver sobre ella atendida la específica ponderación de intereses mencionada en el precepto de la LBRL. Por otra parte, si es necesario un pronunciamiento urgente, el art. 135 LJCA ofrece ahora el cauce procedimental adecuado.

La suspensión considerada en el artículo 67 se decreta administrativamente y ha de ir acompañada de la impugnación en plazo de diez días ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora de acuerdo con el art. 127 LJCA. Es oportuno apuntar aquí que esta suspensión administrativa -que la letra del último artículo citado, al igual que la del art. 118, de la antigua LJCA- sólo permite levantar o confirmar en la sentencia del correspondiente proceso, puede ser revisada jurisdiccionalmente de modo cautelar según ya argumentó el Auto del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 15 de julio de 1988²¹.

La suspensión es medida adecuada, en atención a la pretensión ejercitada en el proceso principal, si se trata de una pretensión de anulación del acto o de preceptos de una disposición, y, en atención al riesgo en la demora, si se trata de contrarrestar los riesgos vinculados a la inmediata eficacia del acto o de la disposición, eficacia que, con la suspensión, es absolutamente impedida -en principio, aunque ahora debe tenerse en cuenta la posibilidad de moderar ese alcance con las contramedidas del art. 133.1-.

²¹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La suspensión de la suspensión del acto administrativo*, en REDA, páginas 111-118.

b) La anotación preventiva de la interposición de recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad.

Una medida cautelar con efectos de aseguramiento tan clásica como la que queda enunciada es expresamente prevista como instrumental de un proceso contencioso-administrativo por los arts. 307.6 y 309.2 del Texto Refundido sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que contemplan la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de "la interposición de recurso contencioso-administrativo que pretenda la anulación de instrumentos de planeamiento, de ejecución del mismo o de licencias". Completan la regulación los arts. 67 al 70 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística.

La eficacia cautelar de esa anotación preventiva consiste en impedir que las transmisiones y gravámenes que puedan traer causa de las actuaciones administrativas impugnadas generen adquisición de derechos por terceros con la condición de terceros hipotecarios, de modo que resulte inviable, por causas jurídicas, la satisfacción específica de las pretensiones referidas a aquellas actuaciones administrativas con trascendencia registral inmobiliaria. Con la anotación preventiva se enerva la buena fe del eventual tercer adquirente y se impide que adquiera los bienes o derechos sobre ellos con la condición de tercero hipotecario.

Tal vez las anotaciones preventivas del recurso contencioso-administrativo pudieran tener una aplicación más amplia. Pero en todo caso también sería oportuno explorar las diferencias, en orden a la clase de riesgo de ineffectividad de sentencias que tales medidas contrarrestan, que suponen, frente al régimen de transmisión y gravamen de bienes por particulares, el conjunto de normas de garantía que rodean la administración y disposición de los bienes de las Administraciones públicas.

c) Medidas cautelares típicas en las leyes procesales civiles.

El embargo preventivo, medida cautelar típica más importante en el proceso civil²², cuyo efecto es asegurar la ejecución de las sentencias de condena dineraria, no podía considerarse como medida cautelar aplicable en el proceso contencioso-administrativo, por que las Administraciones siempre son solventes, pero sobre todo porque sus bienes patrimoniales están legalmente declarados inembargables (art. 18 Ley de Patrimonio del Estado; art. 154.2 Ley de Haciendas Locales) y porque la ejecución pecuniaria respecto a ellas no se somete a las mismas normas de ejecución por subrogación que rigen de modo general.

La STC (Pleno) 166/1998, de 15 de julio que declara la inconstitucionalidad del inciso "y bienes en general" del art. 154.2 de la Ley de Haciendas Locales, en cuanto no excluye la inembargabilidad de los bienes patrimoniales no afectados a un uso o a un servicio público, podría pensarse que permite plantear la utilización del embargo preventivo como medida cautelar frente a una Administración Pública local. De acuerdo con esta misma sentencia me inclino por la respuesta negativa, porque la declaración de inconstitucionalidad se hace no sólo con el alcance indicado en cuanto a los bienes, sino

²² Ampliamente ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998.

con la restricción de que el embargo de esos bienes ha de tener aplicación limitada al caso de que, “observado el procedimiento para la válida realización del pago (art. 154.4 LHL y concordantes)...el ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada”, es decir como embargo ejecutivo y en el supuesto que se indica de esta ejecución dineraria especial.

No obstante, también hay argumentos favorables a aquella posibilidad.

El primero, que el apartado 2 del art. 154 de la Ley de Haciendas Locales autoriza a las entidades locales a constituir hipoteca sobre bienes patrimoniales no afectos al uso o servicio públicos, y las hipotecas son garantías jurídico-materiales, de modo que no cabría excluir que tales bienes sirvieran para una garantía jurídico-procesal como el embargo preventivo.

Segundo argumento: el Tribunal Constitucional en Sentencia 201/1998, de 14 de octubre, consideró sustancialmente igual al caso resuelto por la STC 166/1998 el de un embargo de bienes patrimoniales de un Ayuntamiento trabado en un juicio ejecutivo cambiario. Hay buenas razones para entender que el embargo que se adopta en ese proceso es un embargo preventivo especial²³.

En cualquier caso, la adopción de un embargo preventivo siempre dependería del riesgo de insolvencia de la entidad local, y dado que tal riesgo no consiste en un peligro de retraso del pago, sino en situaciones que imposibiliten o hagan muy difícil la satisfacción del crédito, este presupuesto difícilmente concurrirá.

En los procesos sobre pretensiones de anulación de acto previamente declarado lesivo el embargo preventivo podría tener utilidad para contrarrestar el riesgo de insolvencia del demandado, aunque este supuesto parece no encajar en las previsiones de la ley, únicamente preocupada por las medidas cautelares frente a la Administración y por la ejecución frente a ella. No parece que las normas de la ejecución fueran aplicables en caso de estimación de la pretensión de la Administración en proceso de lesividad, sino que para las eventuales restituciones derivadas de la anulación del acto la Administración habría de utilizar -en principio- sus potestades propias en vía administrativa. No obstante si la Administración no puede ejercitar potestades de autotutela -ni siquiera con efectos provisionales- mientras el acto declarado lesivo no haya sido anulado por los tribunales, la falta de previsión de medidas cautelares frente al demandado en el proceso de lesividad es una laguna de protección cautelar de la Administración.

Otra medida típica de la LEC es la intervención judicial de la administración de bienes litigiosos (art. 1419 y siguientes LEC)²⁴, que puede ser adecuada si, como consecuencia de la sentencia del proceso principal se ha de producir la entrega al actor de determinados bienes inmuebles productivos, y siempre que el único riesgo de ineffectividad de la sentencia que se pretenda contrarrestar sea el de actos de gestión que puedan producir la devastación del bien.

Igualmente es medida típica la suspensión provisional de la obra, que la LEC regula en el procedimiento del interdicto de obra nueva (arts. 1663 al 1665 LEC), y que

²³ ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 73-80.

²⁴ Detalladamente sobre la misma CÁMARA RUIZ, J., *La intervención judicial de bienes litigiosos*, Granada, 1997.

tradicionalmente ha sido utilizada en la defensa interdictal frente a las vías de hecho administrativas. Al amparo de la nueva LJCA también podrá ser adoptada, pero según los presupuestos y de acuerdo con el procedimiento que la misma establece.

B) Medidas configuradas por el juez. Tipología de efectos cautelares y criterios para la determinación de los procedentes en el caso concreto.

La verdadera novedad de la LJCA en esta materia es que inviste al juez de la potestad de adoptar medidas cautelares indeterminadas. Para el correcto ejercicio de esta potestad es útil determinar, en general, cuales son los efectos cautelares posibles y cuales los criterios a los que ha de atender el juez para establecer unos u otros en la configuración concreta de la medida cautelar²⁵.

a) Medidas con efectos de simple aseguramiento.

Estos efectos cautelares se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además esta clase de efectos no dan lugar a ninguna satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. Constituyen la solución más neutra al problema de cuál de las posiciones procesales ha de soportar el peligro que deriva de la demora procesal: ambas posiciones lo soportan de algún modo; una de ellas no obtiene inmediatamente satisfacción, pero la otra ha de tolerar algunas restricciones para asegurar que esta satisfacción será posible si definitivamente el juez dicta sentencia a favor del actor.

Frecuentemente han sido denunciados los inconvenientes de estar únicamente prevista la medida de suspensión en el proceso contencioso-administrativo, pero principalmente por su insuficiencia para dar respuesta a necesidades de tutela cautelar. Sin embargo la rígida previsión de la suspensión tenía también el inconveniente de ser excesiva en aquellos casos en que asegurar la efectividad de la sentencia no requiere suspender la eficacia del acto administrativo, sino que ésta puede desarrollarse, aunque estableciendo efectos de aseguramiento en favor del actor.

Con la nueva Ley podrán decretarse directamente medidas con estos efectos, además de utilizar esta clase de efectos en favor de la Administración demandada, para contrapesar las medidas principales adoptadas (art. 133.2). También pueden establecerse efectos de aseguramiento en la tutela cautelar específicamente considerada en el art. 136, porque si bien, como veremos, este precepto puede llegar a permitir medidas llamadas anticipativas o satisfactivas, éstas sólo serán procedentes si son necesarias para

²⁵ Acerca de la amplitud de los efectos jurídicos que pueden tener las medidas cautelares ORTELLS RAMOS, M., CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, páginas 17-24; ORTELLS RAMOS, M., *Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC*, en “Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén”, Valencia, 1990, (antes publicado en *Justicia*, 1989, I), páginas 399-411; del mismo, *Las medidas cautelares. Análisis crítico del Borrador de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Ponencias”, Murcia, 1997, páginas 545-547; del mismo, *El procedimiento cautelar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, en “Presente y futuro del proceso civil”, Barcelona, 1998, páginas 682-686.

asegurar la efectividad de la sentencia y no si tal efectividad queda suficientemente preservada con efectos de mero aseguramiento.

b) Medidas con efectos de conservación pero no de simple aseguramiento.

Cuando, en el contexto del proceso civil, se argumenta que si las medidas cautelares traspasan los límites del aseguramiento se está tolerando una ejecución sin título, se olvida que mantenerse en esos límites supone, en algunos casos, algo más grave: permitir que el conflicto se resuelva interinamente mediante autotutela de alguna de las partes, que altere por sí y ante sí el *statu quo* previo al conflicto. No siempre esa conducta puede reprimirse penalmente y, en todo caso, el Derecho Procesal debe dar una solución propia a este problema y la misma puede darse aceptablemente a través de la tutela cautelar. Las medidas cautelares no pierden en este caso su carácter conservativo, porque sus efectos se dirigen a mantener el *statu quo* previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal. Pero trascienden de los efectos de aseguramiento, en cuanto que en la situación que se preserva pudiera estar produciéndose la satisfacción de los derechos e intereses de alguna de las partes.

El hecho de que las Administraciones públicas estén investidas de una legítima potestad de autotutela (arts. 56,57, 94 y 95 LRJAPPAC) nunca ha sido obstáculo para medidas cautelares con esta clase de efectos. Es más: la principal y casi única medida prevista en la anterior LJCA -es decir, la suspensión- tiene peculiarmente efectos de conservación.

Medidas con efectos de esta clase son la suspensión de la ejecución del acto o de la aplicación de la disposición impugnados; órdenes judiciales de abstención de determinadas actuaciones, sea porque dichas actuaciones constituyen una vía de hecho (art. 30), sea por que la omisión de tal actuación es el objeto de la prestación debida por la Administración (art. 29.1), sea porque se trate de actuaciones materiales discordantes con la suspensión acordada de la ejecución del acto administrativo.

Medidas con estos efectos se elegirán por el juez, por un lado, si la pretensión del proceso principal va dirigida a anular la eficacia jurídica de un acto o disposición de la Administración o a impedir una actuación material de la misma, y, por otro, si la preservación de la efectividad de la sentencia hace necesario que tal eficacia y actuación queden provisionalmente excluidos durante la realización del proceso.

c) Medidas cautelares con efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Ya no se trata de impedir de modo provisional que se altere cierta situación, con la consecuencia de que la conservación de la misma implique satisfacción de derechos e intereses que en aquélla estaban siendo satisfechos, sino de introducir una innovación en la realidad extraprosesal para satisfacer pretensiones hasta ese momento no satisfechas, ni reconocidas.

Los supuestos de previsión expresa de medidas cautelares con esta clase de efectos son excepcionales. En el proceso civil se cuenta con estos dos: alimentos provisionales a cargo del demandado cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación (art. 128 II CC); pensión provisional en favor de las víctimas de accidentes derivados del uso y circulación de vehículos de motor o de las personas a su cargo mientras pende el proceso para resolver sobre la

indemnización (arts. 785.8ª, d) LECRIM; 17 II Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor).

En el proceso administrativo entiendo que debe mantenerse el criterio restrictivo para la concesión de medidas con esta clase de efectos. En este sentido, en los procesos sobre pretensiones de anulación de actos o de disposiciones la adopción de la medida de suspensión no justifica la adopción de medidas positivas de carácter provisional de restablecimiento de una situación individualizada -otra cosa es que con la suspensión se excluyan los efectos de gravamen o limitación que producía el acto y el destinatario recupere una posición jurídica previa que le sea favorable-, y en los procesos sobre pretensiones de condena a abstención por vía de hecho las medidas no pueden ir más allá de los mandatos de cesación provisional. Téngase en cuenta que los arts. 1663 y 1669 LEC no permiten que, en el interdicto de obra nueva, se ordene la demolición de lo construido antes del requerimiento de suspensión.

Ejemplo de una medida con aparentes efectos anticipativos y satisfactivos lo tenemos en el caso considerado por el Auto del TS de 12 de marzo de 1984, que al acordar la suspensión del acto administrativo denegatorio de la autorización definitiva de apertura de una sala de bingo, dejó a la mencionada actividad en situación jurídica de funcionamiento al amparo de la inicial autorización provisional concedida por la Administración²⁶. O en los casos de suspensión del acto de paralización de obras realizadas al amparo de una licencia, o del acto de denegación de prórroga para incorporación al servicio militar a quien estaba disfrutando de situación de prórroga, o del acto administrativo que anulaba uno anterior de adjudicación de plaza de médico de cierta especialidad y que permite que aquel a quien se adjudicó la plaza la siga ocupando hasta lo que se resuelva en sentencia²⁷. O en un caso de suspensión del acto administrativo de denegación de la prórroga de un concierto educativo, que mantiene el concierto en sus términos anteriores²⁸. En fin, en el caso de suspensión de una ordenación de servicios mínimos para una situación de huelga, en la que el tribunal había suspendido los preceptos que impusieran tales servicios más allá de unas limitaciones establecidas por el propio tribunal dentro de las que fijó inicialmente la Administración²⁹, con lo que se restablece una mayor libertad de acción de los huelguistas.

El reconocimiento de la potestad de decretar medidas positivas respecto de las consecuencias accesorias derivadas de la estimación de la pretensión de anulación, trasladaría al momento particularmente inseguro -en cuanto a la insuficiente instrucción para apreciar los perfiles jurídicos del caso- del pronunciamiento sobre la tutela cautelar, el problema de con qué alcance pueden los tribunales condenar a la Administración a

²⁶ SUAY RINCÓN, J., *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, en REDA, 1986, páginas 265-268.

²⁷ Se citan resoluciones de tales características en CHINCHILLA MARÍN, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 157-158.

²⁸ CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, páginas 178.

²⁹ BAYLOS, A., *Sobre la suspensión de los actos de imposición de servicios mínimos en casos de huelga (Comentario a la STC 148/1993, de 29 de abril)*, en Derecho privado y Constitución, 1993, páginas 304-305; CHINCHILLA MARÍN, C., *El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales*, en RAP, 1993, página 188; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas) y "jurisdicción plenaria" de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales*, en REDA, 1993, páginas 485-486.

que dicte un acto de contenido determinado o sustituirla en la emisión del mismo, después de anulado el acto por disconformidad a Derecho.

Los ejemplos extraídos de la práctica judicial han hecho consistir las medidas positivas en órdenes a la Administración de que resuelva nuevamente sobre una solicitud denegada de inscripción en un registro, que tenía efectos autorizatorios, motivando expresamente su acto respecto a determinadas cuestiones; en que resuelva de nuevo sobre una petición de licencia denegada teniendo en cuenta cierto hecho determinante³⁰; que se resuelva nuevamente sobre permisos de residencia y trabajo denegados, teniendo en cuenta un hecho determinante acreditado, pero desconocido por el acto de denegación y de requerimiento de abandono del territorio español³¹; autorización de reparaciones urgentes en la cubierta de una estación de ferrocarril, que amenazaba peligro para usuarios, suspendiendo, en cuanto era necesario para ello, la denegación de licencia de obras municipal³². Salvo el último caso los demás son ilustrativos de los límites (y de las posibilidades) de las medidas positivas en estos supuestos.

No obstante, si la pretensión interpuesta o que se prevé interponer en el proceso principal es la pretensión de condena por inactividad de la Administración, el riguroso presupuesto de que esté nítidamente establecida una obligación a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas (art. 29.1), permite concluir que, si lo requiere la efectividad de la sentencia -que no pudiera ser debidamente preservada con medidas de aseguramiento o de conservación-, se pueden decretar medidas cautelares consistentes en mandatos judiciales de cumplimiento total o parcial de la prestación con carácter provisional.

C) Normas para la ejecución de la resolución que acuerda medidas cautelares

Problema distinto al del alcance que pueden tener las medidas cautelares (qué puede ordenar un juez con eficacia imperativa y en calidad de medida cautelar) es el de qué medios pone el ordenamiento al servicio del juez para imponer el cumplimiento forzoso de aquellas medidas que precisen alguna colaboración del sujeto pasivo.

Medidas como la anotación preventiva de la interposición del recurso contencioso-administrativo en el Registro de la Propiedad, la suspensión de la aplicación de una disposición y la publicación del auto de suspensión con el que se generaliza el conocimiento de la suspensión de vigencia (art. 134.2), pueden ser cumplidas prescindiendo de la voluntad de la Administración demandada. Pero las de cesación, suspensión o prohibición provisional de actividades, así como -en su caso- las

³⁰ Resoluciones en ese sentido en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Medidas cautelares positivas y dissociadas en el tiempo: el auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 213-231; del mismo, *Nuevas medidas cautelares “positivas”: la imposición por vía cautelar a la Administración de la obligación de continuar un procedimiento, eliminando un obstáculo inicial sin apariencia de buen derecho (Auto de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 14 de octubre de 1991)*, en “La batalla por las medidas cautelares”, Madrid, 1992, páginas 245-261.

³¹ CALVO ROJAS, E., *Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso*, en REDA, 1994, páginas 471-476.

³² Auto del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1988, citado en CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 158-159.

consistentes en órdenes de prestación, necesitan que la Administración pliegue su voluntad a cumplirlas, y, en defecto de ello, unos medios que le compelan a plegarla.

Esta materia no está mal resuelta en la LJCA porque el art. 134 remite a los medios ejecutivos establecidos para la ejecución de las sentencias. Hubiera podido ser menos, pero ciertamente no más.

Este artículo requiere como mínimo una puntualización. Su primera lectura conduce a una conclusión rápida que se debe descartar. La excepción especial y expresa de aplicación del art. 104.2, que es el que específicamente se refiere a la facultad de instar la ejecución forzosa del fallo, podría ser interpretada en el sentido de que no proceden para las resoluciones que adoptan medidas cautelares los medios de ejecución forzosa previstos para sentencias, debiendo limitarse el órgano jurisdiccional a instar a la Administración su deber autónomo de cumplimiento de la medida cautelar establecida. No es una interpretación radicalmente absurda atendida la reticencia a las actuaciones ejecutivas frente a la Administración aun con base en sentencias, por lo que mayores pueden ser respecto a medidas no tan seguramente fundadas. No obstante no creo que esta interpretación pueda mantenerse, porque la remisión general al capítulo IV comprende todo el procedimiento y todos los medios para ejecución forzosa predispuestos por el conjunto de sus disposiciones. La excepción especial sólo tiene un alcance, y es además perfectamente funcional con la tutela cautelar: hacer inaplicable el plazo de dos meses para poder instar la ejecución forzosa de la resolución cautelar³³.

5.- EL PROCEDIMIENTO PARA RESOLVER SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES.

El aspecto procesal-procedimental del régimen de la tutela cautelar sólo en apariencia es secundario. De su ordenación depende en ocasiones la efectividad de esta tutela, como reveló la práctica judicial anterior a la nueva LJCA, que ya intentó suplir insuficiencias de esa ordenación en la antigua LJCA.

Las novedades de la nueva Ley son importantes: el régimen de la contradicción -previa o diferida- depende de la constatación por el juez del requisito de la urgencia; se regula la admisión de la solicitud en función de la pendencia del proceso principal; hay regulación expresa de la revisión de las medidas por variación de sus presupuestos. Nos referiremos a lo más relevante.

A) La solicitud de las medidas cautelares y su admisibilidad según el trámite del proceso principal.

a) Adopción a instancia de parte.

Las medidas cautelares sólo pueden ser adoptadas a instancia de parte, no de oficio por el órgano jurisdiccional. Se funda en la letra del art. 129.1 y en la de la disposición más general del art. 33. Lo confirma la ausencia de un procedimiento de audiencia de ambas partes sobre una eventual proposición de oficio de medidas por parte del tribunal, procedimiento que, de ser posible tal pronunciamiento, debería estar previsto, dado el exquisito respeto por la contradicción en los casos de ejercicio de

³³ Sobre esta misma materia pueden ya verse, bajo la antigua LJCA, los Autos de la Audiencia Territorial de Valladolid comentados por COSCULLUELA MONTANER, L., *Suspensión de la ejecución de los actos administrativos en sede jurisdiccional*, en REDA, 1974, páginas 141-146.

poderes oficiales que sigue siendo notable en la nueva LJCA (por ejemplo, arts. 33.2, 5.2 y 51.4, entre otros).

Ni siquiera está prevista la adopción de oficio en el proceso sobre cuestión de ilegalidad, en el que el propio asunto principal debe ser planteado de oficio por el propio órgano jurisdiccional si él no tiene la competencia para declarar la ilegalidad apreciada (arts. 27.1 y 123 al 126). Ahora bien, lo que sí me parece seguro es que si la parte, en proceso de impugnación de disposiciones generales o en cuestión de ilegalidad, pide la suspensión de determinadas disposiciones, el órgano jurisdiccional puede extender, al amparo del art. 33.3, el examen de legalidad y la suspensión a disposiciones en principio no señaladas por la parte.

A “los interesados” refiere el art. 129.1 la facultad de solicitar medidas cautelares, lo que plantea al menos dos problemas.

Si la Administración puede solicitar medidas cautelares en los procesos sobre pretensiones de anulación de acto previamente declarado lesivo. Este supuesto parece no encajar en las previsiones de la ley, únicamente preocupada por las medidas cautelares frente a la Administración y por la ejecución frente a ella. No parece que las normas de la ejecución fueran aplicables en caso de estimación de la pretensión de la Administración en proceso de lesividad, sino que para las eventuales restituciones derivadas de la anulación del acto la Administración habría de utilizar -en principio- sus potestades propias en vía administrativa. Sin embargo, si la Administración no puede ejercitar potestades de autotutela -ni siquiera con efectos cautelares- mientras el acto declarado lesivo no haya sido anulado por los tribunales, la falta de previsión de medidas cautelares frente al demandado en el proceso de lesividad es una laguna de protección cautelar de la Administración.

Por interesados no pueden ser tenidos a efectos de solicitar medidas cautelares los codemandados con la Administración, porque ellos no tiene interés en obtener tales medidas, sino en oponerse a ellas y en pedir el establecimiento de contracautelas específicas y genéricas (art. 133).

b) Requisitos de las partes.

Para la admisibilidad de los actos de parte de solicitud de medidas cautelares rigen las normas generales de LJCA en cuanto a capacidad y postulación. Sólo para las medidas previas al proceso principal, previstas en el art. 136, debe advertirse que, al amparo del art. 4.4º LEC³⁴, podría entenderse no necesaria la intervención de procurador, que ahora es preceptiva ante los órganos colegiados de acuerdo con el art. 23.2.

c) Contenido: petición fundada de una medida cautelar determinada.

De la interpretación sistemática de los arts. 129, 130 y 133 deriva que el solicitante no puede limitarse a pedir que se adopten las medidas cautelares que sean adecuadas al caso, sino que ha de concretarlas. También es una razón en favor de esto que es él quien responde de los daños y perjuicios que eventualmente causen las medidas adoptadas a su instancia.

³⁴ Véase ORTELLS RAMOS, M., CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, página 26; ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 290-292.

Lo que ocurre es que el deber de congruencia frente a tal petición no se entiende en el sentido de que, si la medida pedida no es estimada procedente, el juez sólo podrá desestimarla, sino en el de que es congruente conceder la medida con contracautelas específicas y genérica (caución) (art. 133. 1 y 2), concesión que no se entiende como pronunciamiento sobre un *aliud*, sino como concesión de menos de lo pedido.

En cuanto, previamente a la resolución, no hay otra oportunidad de actuación procesal del solicitante, en la solicitud han de alegarse los fundamentos de la medida solicitada, y, en cuanto tales fundamentos requieran de acreditamiento, éste habrá de instrumentarse sea por remisión a los autos principales (la prohibición del art. 132.2, cuyo alcance consideraremos después, no afecta a la primera adopción de las medidas, sino a su modificación), sea por acompañamiento de documentos o informes, dado que no está prevista la práctica de otros medios de prueba.

d) Admisibilidad de la solicitud en atención al trámite del proceso principal.

La regla general es que la solicitud de medidas cautelares es admisible en cualquier estado del proceso (art. 129).

Incluso cuando existe sentencia provisionalmente ejecutable. La ejecución provisional es una posibilidad procesal de la parte (arts. 84.1, 91.1), no una carga, cuya falta de asunción le impediría incluso solicitar medidas cautelares. La parte favorecida por la sentencia puede optar entre pedir la ejecución provisional de la misma o la adopción de medidas cautelares (así, expresamente, en el art. 83.2), lo que es lógico, dado que con lo primero asume una mayor responsabilidad para el caso de revocación de la sentencia, mientras que las medidas cautelares pueden ser suficientes.

El problema es si la solicitud sería admisible durante la ejecución. No niego que, en el complejo procedimiento de la ejecución contra la Administración, sean admisibles medidas instrumentales para garantizar la efectividad del resultado final, pero me parece excesivo someter la adopción de las mismas al conjunto de normas que rigen las medidas cautelares.

Por otra parte aquella regla general tiene dos excepciones en sentidos diferentes.

Una se refiere a la medida de suspensión de la aplicación de una disposición general impugnada, que sólo parece admisible si se pide con el acto de interposición o con el de demanda; por tanto, no en cualquier estado del proceso. Me parece dudoso que esta norma deba aplicarse al proceso sobre cuestión de ilegalidad. Este proceso carece de tutela cautelar adecuada, al no haberse previsto la suspensión de oficio. Una aplicación rigurosa del art. 129.2 impediría incluso que las partes pudieran instar la suspensión. Entiendo que, en este proceso especial, las partes interesadas puedan pedir la suspensión al formular las alegaciones previstas en el art. 123.3.

La otra excepción es la de las medidas del art. 136, cuya solicitud es admisible aunque no esté pendiente el proceso principal. Solicitadas antes de la interposición, la parte tiene la carga de realizar el acto de interposición en el plazo de diez días desde la notificación del auto de adopción. La no asunción de esa carga da lugar a la extinción *ipso iure* de las medidas. Es requisito de admisibilidad de esta solicitud la concurrencia de circunstancias de especial urgencia, como se deduce de la remisión del art. 136.2 a la tramitación dispuesta en el art. 135, que contiene esa apreciación judicial de la especial urgencia, la cual, en este supuesto, no sólo influirá en el régimen de la contradicción, sino en la admisibilidad de la solicitud.

e) Competencia para conocer de la solicitud de medidas cautelares.

Si la medida se solicita cuando ya está pendiente el proceso principal, la competencia para resolver sobre ella corresponde al mismo órgano jurisdiccional que estuviera conociendo del proceso principal, de acuerdo con el art. 7.1, que le atribuye competencia funcional para conocer de todas las incidencias de ese proceso.

Ese artículo no resuelve, sin embargo, el problema de la competencia en el caso de que la solicitud de medidas cautelares se formulen cuando el proceso esté en etapa de recurso. En defecto de norma específica habría que aplicar el régimen supletorio de LEC. Pero hay dos preceptos indiciarios de que en el proceso contencioso-administrativo hay una solución propia para este problema. Por un lado el art. 83.2, que atribuye competencia para adoptar medidas cautelares al Juzgado de lo Contencioso-administrativo, incluso si ya hubiera admitido una apelación en dos efectos. Por otro el art. 91.4 impone a la Sala cuya sentencia o resolución equiparada hubiera sido recurrida en casación, que conserve testimonio de los particulares de los autos necesarios para resolver sobre la ejecución provisional si las partes legitimadas la solicitan. Sería un contrasentido que las medidas cautelares debieran ser solicitadas del Tribunal Supremo si está conociendo del recurso de casación interpuesto en el proceso³⁵.

La admisibilidad de solicitud de medidas previamente a la pendencia del proceso principal (art. 136.2) hace imprescindibles normas de competencia objetiva y territorial para determinar el órgano que ha de conocer de las mismas. Ante la falta de normas específicas son de aplicación las mismas normas que atribuyen la competencia para conocer del proceso principal.

B) La audiencia de la parte contraria.

La admisión a trámite de la solicitud de medidas cautelares da lugar a la formación de pieza separada en su caso -es decir: si la solicitud se presenta cuando el proceso principal ya está pendiente-, en la que el siguiente acto procesal es la audiencia de la “parte contraria” dentro de un plazo de diez días (art. 131). El significado de esta posibilidad de audiencia es el de que la “parte contraria” podrá formular alegaciones defensivas por escrito, con posibilidad de pedir la denegación de las medidas solicitadas o la concesión de las mismas sólo con las contracautelas específicas adecuadas o con la contracautela genérica de la caución (art. 133.1). Que estas alegaciones y peticiones correspondan al interés de esta parte procesal -y que su efectividad práctica dependa, en buena medida, de que esta parte las formule- no significa que las mismas sean necesarias para que sea congruente una resolución en tal sentido del órgano jurisdiccional. Éste puede, de oficio, denegar la medida si no es procedente en virtud del juicio circunstanciado de valoración, o concederla con las restricciones dichas si procede acordarlas porque de las medidas pueden derivarse perjuicios.

Las alegaciones de hecho habrán de ser, como mínimo, acreditadas. Con este fin sirve la remisión al expediente administrativo, a los autos principales y la aportación de informes y documentos específicamente pertinentes respecto de los presupuestos de la tutela cautelar. No esté prevista una oportunidad procesal de practicar medios de prueba distintos a los anteriores.

³⁵ Así también para el proceso civil, ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo (Doctrina y jurisprudencia)*, Granada, 1998, páginas 288-289.

Problema clave en esta materia es el de qué personas que ocupen la posición procesal de “parte contraria” han de tener la oportunidad de ser oídas.

Del art. 131 parece deducirse que sólo se dará traslado para alegar a las partes que ya se hubieran personado y, en cualquier caso, a la Administración demandada. En efecto, según esta disposición únicamente para el caso de la Administración demandada se dispone que, si aun no estuviera personada, el traslado y la audiencia se entenderán directamente con el órgano autor del acto impugnado. Esta norma parece deberse a la necesidad de no demorar un pronunciamiento que, según la finalidad institucional de las medidas cautelares, es urgente. Aunque sea poco cuidadosa con la contradicción en el procedimiento para la tutela cautelar, no es previsible que tenga problemas de constitucionalidad a la vista de lo que ya ha tenido oportunidad de decir el TC en los ATC 340/ 1983, de 6 de julio (que inadmite un recurso de amparo que abiertamente planteaba la violación de la prohibición de indefensión del art. 24.1 CE, por falta de contradicción previa -e incluso de contradicción diferida a través de los recursos- del titular de una licencia de edificación, suspendida cautelarmente a instancia de una asociación que recurrió el acto administrativo de concesión; el beneficiario de la licencia había sido emplazado por edictos, por falta de conocimiento se personó tarde y perdió las posibilidades defensivas respecto a la suspensión), y ATC 69/1985, de 30 de enero (inadmite amparo en el que el recurrente sostiene que se ha violado su derecho a la no indefensión por haber resuelto la Sala de lo contencioso-administrativo sobre la suspensión del acto administrativo impugnado, del que era Administración autora, sin haberle dado oportunidad de alegar en el incidente de suspensión, dado que éste fue resuelto antes de que finalizara el término del emplazamiento, durante el cual la Administración demandada podía personarse y tomar conocimiento de la solicitud de suspensión).

C) La exclusión excepcional de la audiencia previa de la parte contraria.

De acuerdo con los criterios técnicamente más perfectos de ordenación de la contradicción en el procedimiento cautelar el art. 135 dispone ahora que “atendida las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso”, el órgano jurisdiccional podrá proveer sobre la medida cautelar solicitada sin audiencia previa de la parte contraria.

La justificación de esta modalidad procedimental no está en que, para la efectividad de las medidas acordadas, sea necesario sorprender al sujeto pasivo de las mismas -que podría hacerlas inocuas si conociera de antemano su solicitud-, sino en la especial urgencia en proceder, porque la producción de los efectos de la actuación administrativa impugnada es inminente y puede consumir el daño al derecho o interés antes de que pueda proveerse sobre la medida cautelar por la vía procedimental ordinaria.

Este problema real de la efectividad de la tutela cautelar fue resuelto bajo la anterior LJCA de dos modos.

Uno de ellos consistió en establecer -como hizo el Auto de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 1990- que mientras se tramita y resuelve el incidente de suspensión, el acto administrativo no puede ser ejecutado.

Decía ese auto: “...como los tribunales de justicia sólo pueden decidir sobre la suspensión después de la necesaria tramitación de un incidente (art. 123 LJCA), lo que exige el transcurso de un cierto tiempo, es evidente que, si la Administración ejecuta su acto en el ínterin, está violando (y este Tribunal también, si no lo evita) el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte actora reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española”³⁶.

Por otra parte también la STC 78/ 1996, de 20 de mayo, establece que, si el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface facilitando que la ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión: “es lógico entender que mientras se toma aquella decisión no puede impedirse ejecutando el acto, con lo cual la Administración se habría convertido en juez”.

La otra construcción jurisprudencial, con trascendencia para nuestro tema, fue la de las llamadas medidas provisionálísimas³⁷.

El ATS de 2 de noviembre de 1993 las fundamentaba de la siguiente manera: “Entre los principios que configuran el significado natural y propio de la Jurisdicción destaca el de la efectividad de sus decisiones. Nuestra vigente Constitución lo ha sancionado al declarar, entre los derechos fundamentales, el de obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales (art. 24.1 de la Constitución) (...). No parece necesario abundar en más razones o argumentos, que, desde el ámbito de los principios, justifiquen la adopción de medidas o cautelas para salvaguardar el derecho del que promueve el incidente de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo a que la medida que legítimamente postula sea eficaz, pues de lo contrario, carecería de significado el propio incidente de suspensión. El sistema procesal, al que hemos de acudir por defecto de disposición expresa en el específico ordenamiento del proceso contencioso-administrativo, viene señalado por este mismo ordenamiento, al remitirnos la Disposición Adicional Sexta de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual acoge un sistema mixto de medidas cautelares al establecerlas concretas y singulares junto con otras innominadas, previstas éstas por el artículo 1428 de dicha Ley, que permite al juez adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recaiga. Este precepto, por imperativo de la indicada Disposición Adicional Sexta de la Ley de esta Jurisdicción, tiene carácter supletorio en el proceso contencioso-administrativo (...) la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento civil viene establecida con carácter general por la mentada Disposición Adicional Sexta, sin que la adopción de medidas provisionálísimas, que garanticen la efectividad de la decisión que resuelva el incidente de suspensión esté prevista (según expusimos anteriormente y admite el propio Abogado del Estado) en la Ley Jurisdiccional, de manera que no cabe impugnar su adopción argumentando que sólo cabe ordenar la específica medida cautelar establecida al efecto por la ley porque, al fin de asegurar la efectividad de la suspensión que pudiera acordarse la ley no contempla una singular medida ad hoc, lo que impone, ante la necesidad de dar contenido a la tutela cautelar, acudir al sistema de medidas innominadas admitidas por la Ley de Enjuiciamiento civil, a la que, como norma supletoria, se remite la Ley de esta Jurisdicción. Justificada desde el ámbito de los principios y contemplada por el ordenamiento procesal la posibilidad de adopción de medidas cautelares inespecíficas tendentes a salvaguardar la efectividad de la resolución que se dicte en el proceso de que se trate, debemos examinar el significado y alcance de las que, con carácter provisionálísimo, pueden acordarse para preservar

³⁶ CHINCHILLA MARÍN, C., *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Madrid, 1991, páginas 140-141.

³⁷ Críticamente CALONGE VELÁZQUEZ, A., *Primera decisión jurisprudencial sobre medidas cautelares “provisionálísimas”*. *Un paso más en la crisis de la ejecutividad de los actos administrativos*, en Poder Judicial, núm. 33, 1994, pág. 465-477; SANZ GANDÁSEGUI, F., *¿Medidas provisionálísimas en el proceso contencioso-administrativo?*, en RAP, núm. 138, septiembre-diciembre, 1995, pág. 183-201.

la eficacia de la decisión de suspensión de la ejecutividad del acto administrativo impugnado. No puede la medida cautelar constituir una resolución anticipada de la cuestión sometida a la decisión del Tribunal una vez tramitado el proceso incidental (lo mismo que la decisión de ésta no prejuzga la sentencia definitiva), de manera que no cabe acordar, de modo general, la suspensión de la ejecutividad del acto, que es el objeto de dicho proceso incidental, sino que ha de limitarse a garantizar que aquella resolución judicial sea eficaz, y así se deben concretar los actos materiales que la Administración ha de llevar a cabo o abstenerse de ejecutar para evitar que se frustre el fin del proceso cautelar (...) Tampoco es admisible el automatismo de tales medidas provisionalísimas, de manera que la mera petición de las mismas al solicitar la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado, no conlleva su adopción sino que el solicitante debe justificar su pretensión y el Tribunal, previa audiencia, si el caso lo permitiese sin menoscabo de la propia medida, de los representantes procesales de la Administración autora del acto y de los demás demandados si hubiesen comparecido, habrá de ponderar los intereses en conflicto para decidir en consecuencia”.

La novedad procedimental introducida por el art. 135 para dar respuesta a ese problema de efectividad de la tutela cautelar plantea la cuestión de si, dado que el legislador ya ha optado por un determinado tratamiento para satisfacer esa necesidad y requiere, en todo caso, un pronunciamiento jurisdiccional para que proceda la suspensión -aunque ese pronunciamiento se dicte en una vía procedimental facilitada-, se puede continuar atendiendo a la jurisprudencia sobre la no ejecución pendiente el incidente.

Decretada la medida sin audiencia previa, en la misma resolución se señala una audiencia para revisar con contradicción las medidas decretadas, y se cita a las partes para la misma. Si se trata de medidas solicitadas de modo previo a la interposición del recurso contencioso, la audiencia será señalada para celebrarse dentro de los tres días siguientes a aquél en que se hubiera interpuesto el recurso en tiempo hábil para que la medida sea mantenida. Si el recurso contencioso no es interpuesto en ese tiempo hábil, la medida se habrá extinguido *ipso iure* y la audiencia carecerá de objeto (art. 136.2). Otra cosa es el incidente para valorar los daños y perjuicios causados por la medida, previsto por el art. 133.3.

La técnica elegida para la contradicción diferida no es la de contradicción eventual a instancia del demandado, sino que el restablecimiento de la contradicción procede de oficio y se realizará aunque no lo pida la parte frente a la que se ha decretado la medida cautelar, ni comparezca en la audiencia a la que ha sido citada. Otra cosa es que, prácticamente, esa conducta procesal dará probablemente lugar a la confirmación de la medida inicialmente decretada.

A pesar de que la audiencia se realiza en una comparecencia oral y concentrada - que podría permitir la práctica de medios de prueba distintos a la aportación de documentos y de informes- no hay razón que justifique que los medios de acreditamiento de los presupuestos de las medidas cautelares deban ser en, este caso, distintos a los admitidos (implícitamente) en general.

En fin debe tenerse en cuenta que, si este procedimiento no es admitido a trámite, por no estimar el órgano jurisdiccional que concurre el presupuesto procesal específico de la especial urgencia, la consecuencia debe ser simplemente la continuación del procedimiento con traslado de la solicitud a la parte contraria para que formule alegaciones antes de resolución.

D) Resolución sobre la medida cautelar y recursos contra la misma.

La resolución sobre la medida cautelar ha de dictarse en forma de auto. En apartados anteriores ha habido oportunidad de referirse a que el requisito formal de la motivación adquiere una peculiar importancia en cuanto que en la misma ha de traslucirse la valoración o ponderación circunstanciada que ha conducido a resolver, en uno o en otro sentido, sobre la medida cautelar. Igualmente se han hecho referencias a ciertas especialidades del requisito de congruencia de esta resolución.

Para el régimen de recursos contra la resolución hay que distinguir:

1º) Si fue dictada en el procedimiento con exclusión de la previa audiencia de la parte contraria y concedió la medida, el auto no es recurrible, porque para su revisión está previsto un medio de impugnación más específico (art. 135).

Si la medida, solicitada en ese procedimiento, no fue concedida es necesario distinguir nuevamente. Si la causa de la no concesión ha sido la procesal de no concurrir la especial urgencia necesaria para esta tramitación, la resolución no es recurrible, porque no pone término al incidente de medidas, sino que sólo determina que continúe con audiencia previa (arts. 80.1, a y 87.1, b en sentido contrario). Si la medida es desestimada por razones de fondo proceden los mismos recursos que contra medidas dictadas con audiencia previa.

2º) Si la resolución (estimatoria o no) fue dictada, en procedimiento con audiencia previa, por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo o por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo, es recurrible mediante apelación en un sólo efecto (art. 80.1, a), aunque resulta un contrasentido que esa apelación proceda con independencia de cual sea el objeto del proceso principal del que las medidas son instrumentales, mientras que, en los supuestos que se deducen del art. 81, contra algunas sentencias finales de procesos con determinados objetos la apelación no es admisible.

Si la resolución (estimatoria o no) fue dictada por Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, es recurrible mediante casación (art. 87.1, b) si este recurso fuera también admisible contra la sentencia final del proceso del que las medidas son instrumentales (art. 87.1).

E) Variabilidad de la resolución sobre las medidas cautelares.

Una vez dictada resolución firme sobre una medida cautelar de cierto proceso principal, concediéndola o denegándola ¿puede obtenerse una nueva resolución sobre la medida respecto al mismo proceso principal?

Este problema de la cosa juzgada de las resoluciones sobre medidas cautelares es distinto a otros supuestos de extinción o modificación de las medidas cautelares, como los que son consecuencia de la instrumentalidad respecto al proceso principal o la posibilidad de sustituirlas por una garantía menos gravosa para el sujeto pasivo. Consiste la diferencia en que en los últimos supuestos no se requiere un nuevo enjuiciamiento de los presupuestos de la medida cautelar.

Si la función del proceso cautelar es garantizar la eficacia de los resultados del proceso principal, no sólo es conveniente que las medidas cautelares puedan adoptarse por primera vez de modo inmediato ante la presencia de los presupuestos que las condicionan, sino también que pueda volverse sobre una anterior resolución cuando se haya producido algún cambio de circunstancias que afecte a aquella función garantizadora.

Por éstas y otras razones, parte de la doctrina niega que la institución de la cosa juzgada sea adecuada a la tutela cautelar.

En realidad no es necesario llegar a esta conclusión para satisfacer la razonable necesidad de que las resoluciones sobre las medidas cautelares puedan variarse en dependencia de una correlativa modificación de los presupuestos de las medidas. Esta necesidad puede satisfacerse si se tienen en cuenta los límites temporales de la cosa juzgada.

No habría pues obstáculo a un nuevo pronunciamiento sobre la medida cautelar ya resuelta por resolución firme, si aquél se solicita con fundamento en hechos nuevos (no en simples nuevos medios de prueba o de acreditamiento) acaecidos con posterioridad al estado de hechos que pudo ser considerado por aquella resolución firme.

La nueva LJCA establece regulación expresa en ese sentido, al disponer en el art. 132.1 que, si bien las medidas acordadas -se entiende mediante resolución firme- sólo se extinguirán cuando termine el proceso principal, “podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado”.

Además el precepto es riguroso en cuanto a la calidad de los datos que han de variar para que pueda instarse una revocación o modificación, porque excluye que pueda estimarse variación de circunstancias lo que resulte de las resoluciones que se dicten durante el proceso principal relativas a la admisión del proceso o a su objeto, así como las simples modificaciones de los criterios de valoración aplicados en la resolución inicial (art. 132.2). En definitiva, son necesarios nuevos datos de hecho relevantes para la valoración.

Si se observa bien el precepto es incompleto, porque no dispone sobre la situación equiparable de una nueva solicitud de medidas en un proceso principal en el que una solicitud anterior fue desestimada por resolución firme. Propongo que esa laguna se integre de acuerdo con la *ratio* del precepto considerado: un pronunciamiento sobre esa resolución será admisible si se funda en nuevas circunstancias. No obstante, en este caso hay norma especial y contraria a lo dispuesto en el art. 132.2: el art. 83.2 establece expresamente que dictada sentencia en primera instancia “el juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el capítulo II del Título VI”.

**INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO AUTONÓMICO EN EL ORDEN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO(*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO

1. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MATERIAL Y ORDENACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL
2. ORDENAMIENTO ESTATAL, ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS Y RELACIONES ENTRE LOS MISMOS
 - A) La diversidad de ordenamientos a los que está sujeta la actuación de las Administraciones públicas
 - B) Relaciones entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos
 - a) *Normas estatales básicas y normas autonómicas de desarrollo*
 - b) *Normas estatales y potestades de ejecución de las Comunidades Autónomas*
 - c) *La norma estatal de supletoriedad del Derecho estatal respecto de los Derechos autonómicos*
 - d) *La regla de la prevalencia del Derecho estatal del art. 149.3 CE*
3. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS EN EL ESTADO ESPAÑOL, UNIDAD DEL PODER JUDICIAL Y REQUERIMIENTOS DE LA MENCIONADA PLURALIDAD RESPECTO DE LA ORDENACIÓN DEL PODER JUDICIAL
4. RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS
 - A) *Iura novit curia*, lugar de publicación, ámbito de vigencia de las disposiciones y circunscripción del tribunal
 - B) Adecuación en general del régimen de la competencia objetiva y territorial en la LJCA de 1998
 - C) El problema del fuero electivo previsto en el art. 14.1.2ª LJCA
 - a) *Jurisprudencia del TC sobre la cuestión*
 - b) *La interpretación del precepto en la doctrina y en la jurisprudencia del TS*
5. UN APUNTE SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA IMPUGNAR ANTE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO. ACTOS Y DISPOSICIONES QUE AFECTEN AL DERECHO PRODUCIDO POR LAS MISMAS

(*) Publicado en «Balance de cinco años de aplicación de la Ley Jurisdiccional. Procedimientos administrativos y proceso contencioso-administrativo», en *Estudios de Derecho Judicial*, N° 46, 2003, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 147-226.

6. UNIFORMIDAD, AL MENOS COMO TENDENCIA, DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CADA ORDENAMIENTO Y RÉGIMEN DE LOS RECURSOS DE NATURALEZA CASACIONAL

A) El sistema de recursos de la LJCA de 1998 y la garantía de la uniformidad jurisprudencial respecto de los ordenamientos autonómicos

a) Uniformidad de la jurisprudencia en asuntos resueltos por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo

b) Uniformidad de la jurisprudencia en asuntos resueltos por sentencia en única instancia de una Sala de lo Contencioso-administrativo de TSJ

a') Sentencias irrecurribles

b') Sentencias recurribles mediante recurso de casación o mediante recurso de casación para unificación de doctrina

c) Unificación de la jurisprudencia sobre normas autonómicas en asuntos resueltos en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y del TS36

B) Los requisitos, relacionados con la naturaleza de la norma infringida, de admisión de la casación ante el TS, y la desprotección de la finalidad de unificación de la jurisprudencia sobre normas de Derecho estatal

C) El requisito del art. 86.4 LJCA y la justificación de su concurrencia en el acto de preparación del recurso. Su interpretación y aplicación jurisprudencial

a) El requisito del art. 86.4: naturaleza y ámbito de aplicación

a') Naturaleza del requisito

b') Ámbito de aplicación del requisito

a'') Aplicación al recurso de casación para unificación de doctrina

b'') Requisitos del art. 86.4 y motivos del recurso

c'') Requisitos del art. 86.4 y autos recurribles en casación

b) El requisito del art. 89.2

a') Primera restricción: control por el tribunal a quo

b') Segunda restricción: no es suficiente preanunciar el motivo del recurso

c') Tercera restricción: el alcance del control del requisito de explicar la relevancia

d') Cuarta restricción: el carácter insubsanable del incumplimiento o cumplimiento imperfecto del requisito

1. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO MATERIAL Y ORDENACIÓN DE LA TUTELA JURISDICCIONAL

El tema de la ponencia invita a reflexionar sobre las cuestiones surgidas en la interpretación y aplicación de los Derechos autonómicos por los tribunales del orden contencioso-administrativo, especialmente en el contexto de la regulación de estos y su proceso por la LJCA de 1998. El enunciado del tema no comprende todas las implicaciones posibles entre la estructura autonómica del Estado y el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, dado que, por ejemplo, no hay propiamente cuestiones de interpretación y aplicación de Derecho autonómico en el caso de impugnación de actuaciones de una Administración autonómica realizadas en ejercicio de sus competencias de ejecución de Derecho estatal. No obstante, extenderemos nuestra atención también a este aspecto.

El punto de partida de mis reflexiones es una constatación obvia. Los tribunales del orden contencioso-administrativo deben resolver sobre las pretensiones objeto del proceso “sometidos únicamente al imperio de la ley” (art. 117.3 CE), o, de forma más omnicomprendensiva y exacta, con sujeción “a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9.1 CE), al Derecho y al ordenamiento jurídico, que es como describen la regla de juicio los arts. 70 y 71 LJCA.

Pero los tribunales del orden contencioso-administrativo, en mayor medida que los tribunales del orden civil -que también pueden hallarse en el caso de aplicar Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas que cuentan con el mismo- han de afrontar una importante peculiaridad en cuanto al Derecho material que constituye la regla de su juicio. Las normas del mismo pueden formar parte de diferentes ordenamientos, todos ellos vigentes en el ámbito de soberanía del Estado español: el ordenamiento estatal y alguno de los varios ordenamientos autonómicos. Una peculiaridad formalmente similar -analizada en otra ponencia del Congreso- ha de ser tenida presente por los tribunales de todos los órdenes jurisdiccionales, incluidos los del orden contencioso-administrativo, y es la sujeción de todos ellos al ordenamiento jurídico comunitario europeo y el deber de aplicarlo si lo requiere el caso que se plantea ante ellos.

La peculiaridad apuntada puede incidir de muy diversas maneras en la ordenación del proceso contencioso-administrativo y de los tribunales competentes para dirigirlo. Mejor sería decir, dado que la incidencia puede tener doble dirección, que se puede generar una recíproca repercusión entre el Derecho material que constituye la regla del juicio -con su peculiar característica de pluralidad ordinamental- y la ordenación de la tutela jurisdiccional.

En esta ponencia me propongo examinar esas repercusiones.

Anticipo que el método que seguiré comienza con una consideración, aunque sea aproximativa, de en qué consiste esa característica de la pluralidad de ordenamientos y cuáles son las cuestiones que derivan de la misma para la interpretación y aplicación de las normas (apartado 2). En segundo término (apartado 3) habrá que tener presente que la diversidad de ordenamientos no ha conducido constitucionalmente a una diversidad de Poderes judiciales. Sin embargo eso no

significa que sea un dato irrelevante para la ordenación de la Jurisdicción única, sino que de ello se deducen importantes criterios condicionantes de esa ordenación.

A continuación de esos dos apartados de necesarios antecedentes se tratará de los temas en que se hacen patentes, de modo más intenso, las repercusiones más arriba mencionadas: la ordenación de la competencia objetiva y territorial de los tribunales del orden contencioso-administrativo (apartado 4); brevemente, de la legitimación de los poderes públicos que tienen la competencia para crear los diversos ordenamientos, para instar la tutela judicial cuando haya sido afectada esa competencia (apartado 5); en fin, la ordenación de los recursos en el proceso contencioso-administrativo, en cuanto está relacionada con un objetivo de unificación de la jurisprudencia que se forme sobre cada uno de los ordenamientos (apartado 6).

2. ORDENAMIENTO ESTATAL, ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS Y RELACIONES ENTRE LOS MISMOS

Es frecuente la afirmación de la instrumentalidad del Derecho procesal, del proceso, de la función jurisdiccional respecto del Derecho material. Con independencia de mayores precisiones sobre esa instrumentalidad, con ella se quiere poner de manifiesto el carácter medial que corresponde a aquellos para posibilitar la realización jurisdiccional del Derecho en los casos concretos. Esta instrumentalidad tiene como corolario la necesidad de una adecuación entre las características del Derecho material y la ordenación de la tutela jurisdiccional que ha de ser impartida con la aplicación de ese Derecho material como regla de juicio.

En unos casos la adecuación atiende al carácter público o privado de los intereses tutelados por las normas¹. En el caso que ahora nos ocupa, la característica del Derecho material que merece atención es la de que ese Derecho consiste en una pluralidad de ordenamientos. Qué implica esa pluralidad, qué relaciones se establecen entre los diversos ordenamientos, de qué modo incide en la aplicación por los tribunales de las normas integrantes de los mismos, es lo que debemos exponer sintéticamente, como paso previo a las consecuencias que derivan o deberían derivar de ello para la ordenación de la tutela jurisdiccional en el orden contencioso-administrativo.

A) La diversidad de ordenamientos a los que está sujeta la actuación de las Administraciones públicas

La primera y obvia constatación es la existencia en el ámbito de soberanía del Estado español de una nueva modalidad de Administración territorial -junto a la del Estado y a la Administración local-: las Administraciones autonómicas, que forman parte de unos entes políticos (las Comunidades Autónomas), igualmente de base territorial, dotados de poder legislativo, dirigidos por un poder ejecutivo responsable ante una asamblea legislativa, y que, a través de esa organización, tienen, entre otros,

¹ Ese carácter influye, aunque de un modo más matizado de lo que habitualmente suele afirmarse, en la solución de las cuestiones básicas de ordenación del proceso -poder de iniciación y de determinación del objeto del mismo, poderes de alegación y de prueba de los hechos-. Sobre esto puede verse ORTELLS RAMOS, Manuel, JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, CÁMARA RUIZ, Juan, *Derecho Procesal. Introducción*, Valencia, 2º, 2003, págs. 236-243.

el poder de crear normas jurídicas, de constituir y desarrollar un ordenamiento jurídico propio.

Si a lo anterior se unen los poderes de creación de normas que corresponden al Estado central, se deduce que el “sometimiento a la ley y al Derecho” de las Administraciones públicas (art. 103.1 CE) lo es a diferentes ordenamientos jurídicos, a los que también los tribunales deberán atenerse, en cuanto sean aplicables, para el control de la actuación de aquellas Administraciones (art. 106.1 CE).

Cada uno de los referidos ordenamientos tiene su ámbito territorial de vigencia, que, en el caso de los ordenamientos autonómicos, siempre queda comprendido en el territorio al que se extiende la vigencia del ordenamiento del Estado.

Más compleja que la anterior delimitación de vigencia lo es la que se refiere a las materias a las que cada ordenamiento extiende su eficacia jurídica, y a la calidad de los poderes jurídicos que, sobre esas materias, pueden ser ejercidos en cada ordenamiento (potestad legislativa, reglamentaria, de estricta ejecución).

La delimitación del ámbito de cada ordenamiento se realiza según el principio de competencia y con fundamento en la CE. Esta, por un lado, establece las competencias del Estado (art. 149 CE), y, por otro lado, con la intermediación de los Estatutos de Autonomía, atribuye competencias a cada una de las Comunidades Autónomas (art. 147.2, b -delimitación del territorio de la Comunidad Autónoma-, art. 148, 149.3 CE). También pueden ser atribuidas competencias a las Comunidades Autónomas por vía extraestatutaria (art. 150. 1 y 2 CE).

Las normas formadas en el ámbito de la competencia de alguno de los ordenamientos deberán ser aplicadas por los tribunales si el caso planteado ante los mismos, por sus elementos relevantes, fácticos y jurídicos, da base para la aplicación de aquellas normas.

Hasta qué punto los tribunales ordinarios, específicamente los del orden contencioso-administrativo, pueden examinar si la norma ha sido producida en el ámbito competencial de cada ordenamiento, como condición de su validez, tiene una respuesta más compleja.

Si se trata de una norma de rango reglamentario podrán inaplicarla, y, si tienen la competencia (judicial) necesaria, declararla nula o, en otros casos, plantear la cuestión de su ilegalidad. Si es norma de rango legal, la cuestión es más difícil. Principalmente porque determinadas relaciones entre normas estatales y autonómicas que veremos después, aparentan problemas de exceso competencial que realmente no son tales y que, sin duda, pueden ser resueltos por los tribunales ordinarios. Por ejemplo, la modificación válida de las normas básicas del Estado, que afecta a la aplicación de las normas autonómicas de desarrollo; la emisión de una norma autonómica, dentro de la competencia de la Comunidad Autónoma, que repercute en las posibilidades de aplicación de las normas estatales supletorias. Si se plantea un verdadero problema de validez, porque una norma de rango legal ha invadido el ámbito de competencia de otro ordenamiento -lo que siempre requerirá la interpretación de la Constitución, del Estatuto de Autonomía y de otras normas del bloque de la constitucionalidad- el tribunal ordinario, en caso de considerar relevante para el fallo la validez de la norma, deberá plantear cuestión de inconstitucionalidad.

B) Relaciones entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos

Si, sobre una determinada materia, el Estado o una Comunidad Autónoma tienen la totalidad de las competencias normativas, tanto legales como reglamentarias, la resolución de un caso al que las normas del correspondiente ordenamiento deban ser aplicadas podrá hacerse con la consideración exclusiva de tales normas. Frecuentemente, sin embargo, la solución del caso impone tener en cuenta normas de diferentes ordenamientos.

En la Constitución -y, por lo tanto, con calidad de norma estatal- se establecen normas sobre diferentes relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos.

a) Normas estatales básicas y normas autonómicas de desarrollo

La relación entre esas dos clases de normas de ordenamientos diferentes deriva del modo de atribuir las competencias (por ejemplo, art. 149.1, 8º, 11, 13, 16, 17, 18, 21, 23, 27 y 30 CE)². El Estado tiene encargada la normación de carácter general y básico de determinada materia y la Comunidad Autónoma el poder también normativo de completar esa regulación de manera acabada.

La solución de un caso al que deba ser aplicada una norma autonómica de desarrollo comporta aplicar tanto normas estatales como autonómicas.

La apreciación sobre si las normas de cada ordenamiento se han mantenido en su ámbito competencial -que en este caso se delimita no sólo con criterios materiales- ha de realizarse de modo diferente según los supuestos:

1º) En la medida en que la norma legal básica estatal puede ser desarrollada mediante reglamento ejecutivo -que, como la ley, habrá de ceñirse a la regulación de lo básico- el tribunal ordinario puede inaplicar y, según su competencia, declarar nulo o plantear cuestión de ilegalidad del reglamento si infringe la ley o la Constitución al regular los aspectos básicos.

2º) En el caso de la norma autonómica de desarrollo, el rango legal o reglamentario depende de las normas de reserva de ley del ordenamiento autonómico implicado. Si se dictan normas reglamentarias, los excesos en la regulación del desarrollo pueden ser controladas por el tribunal ordinario con la intensidad y con los medios apuntados en el párrafo anterior.

3º) Si la determinación de lo que es regulación básica y regulación de desarrollo está contenida en normas de rango legal, los eventuales excesos competenciales -regular contenidos que no pueden estimarse básicos o que la norma legal de desarrollo contradiga la regulación legal de lo básico- en los que hayan incurrido las leyes han de ser dilucidados, si inciden en la resolución de un proceso pendiente, mediante cuestiones de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. No obstante, hay un

² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11ª, Madrid, 2002, páginas 296-313; AJA, Eliseo, con otros autores, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, páginas 142-153; BLASCO ESTEVE, Avelino, "Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional", *REDA*, núm. 33, 1982, páginas 301 y siguientes.

supuesto en que la doctrina apunta la posibilidad de inaplicación de la norma legal autonómica: el de que una norma legal básica posterior haya ampliado los contenidos que estima básicos, regulando algo que antes correspondía al desarrollo. Salvo que el tribunal entienda que debe plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender que hay exceso competencial en la determinación de lo básico, el caso deberá decidirse prescindiendo de la norma legal autonómica, en cuanto su contenido normativo haya sido desplazado por la nueva norma estatal más expansiva³.

b) Normas estatales y potestades de ejecución de las Comunidades Autónomas

En esta modalidad de relación entre ordenamientos⁴, lo relevante de los ordenamientos autonómicos son sólo las normas de organización y procedimiento y los concretos actos singulares emanados de los órganos de la Comunidad Autónoma.

Responde a un modo de atribución de competencia según el cual al Estado corresponde la potestad normativa, legal y reglamentaria, sobre determinada materia y a la Comunidad Autónoma la potestad de ejecución, de actuación en vía administrativa, de las correspondientes normas estatales. Ahora bien, esta actuación de las normas estatales se hace desde la plena autonomía de la Administración que las ejecuta. Ésta, en primer lugar, puede configurar -sin otros límites que los de su propio ordenamiento y sin que las normas estatales puedan incidir en este aspecto- la organización que estime idónea para instrumentar la aplicación de las normas estatales. En segundo lugar, decide por sí misma cómo se somete plenamente “a la ley y al Derecho” (art. 103.1 CE), sin las interferencias propias del principio jerárquico a favor del Estado (instrucciones internas, recursos administrativos ante órganos del Estado).

Como consecuencia de esto no se plantean propiamente en este caso problemas de interpretación y aplicación de normas autonómicas, porque las normas que rigen el fondo de los actos administrativos son, precisamente, normas estatales.

No obstante, si debe ser examinada la validez y eficacia de los actos, hay una norma autonómica que aparece implicada también en este caso, que es la norma de organización, como condicionante de la competencia del órgano administrativo autor del acto (arts. 12 y 53 LRJAPPAC).

Por otra parte, el aspecto problemático de la interpretación y aplicación de las normas -inexistente, salvo el matiz recién mencionado, respecto de las normas autonómicas- se plantea con toda crudeza respecto de las normas estatales, habida cuenta de que el Poder Ejecutivo estatal y la Administración General del Estado no

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11ª, Madrid, 2002, páginas 308-310; BLASCO ESTEVE, Avelino, “Normas básicas estatales y leyes de desarrollo de las Comunidades Autónomas: jurisprudencia constitucional”, *REDA*, núm. 33, 1982, pág. 301 y siguientes, apartado III; GÓMEZ PUENTE, Marcos, “Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico”, *REDA*, núm. 98, 1998, páginas 214 y siguientes, apartado II.1.

⁴ Véase, en general, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11ª, Madrid, 2002, páginas 313-328; AJA, Eliseo, con otros autores, *El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 1985, páginas 164-172.

tienen medios para corregir, por sí y ante sí, lo que estimen como aplicación autonómica incorrecta de la norma estatal.

c) La norma estatal de supletoriedad del Derecho estatal respecto de los Derechos autonómicos

La regla de supletoriedad del Derecho estatal, establecida por el último inciso del art. 149.3 CE, tiene una particular trascendencia si nos situamos en la perspectiva de la solución jurisdiccional de asuntos planteados ante tribunales ordinarios, en nuestro caso del orden contencioso-administrativo. Los tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes (art. 1.7 CC, art. 149.1.8ª CE). Para ello deben hacer aplicación de las normas y principios que componen ese sistema y del modo previsto por el mismo, integrando, con arreglo a esas previsiones, las eventuales lagunas que puedan hallar en la busca de la norma aplicable.

La doctrina española de Derecho público mantiene importantes discrepancias sobre el fundamento y las consecuencias de la regla de supletoriedad del Derecho estatal.

Para unos autores, la potestad del Estado de crear normas que tengan aplicación supletoria no precisa que exista a favor del Estado un título competencial específico, sino que se basa en otros preceptos constitucionales de los que se deduce que el Estado puede crear un ordenamiento común o general, que sirva para articular los ordenamientos particulares de las Comunidades Autónomas, que están vigentes en el ámbito del Estado, aunque no puede invadir -porque en tal caso deberá ser inaplicable- la regulación que hacen estos ordenamientos dentro de su competencia⁵.

Otros autores entienden que “puede hablarse de supletoriedad de *derechos* prevista en el artículo 149.3 CE, y no de supletoriedad entre normas concretas. En la supletoriedad estructural, el *Derecho* estatal suple al *Derecho* autonómico en aquellas partes que a éste le está vedado ordenar. Estas partes inalcanzables para la ordenación autonómica, son las derivadas de la aplicación del *principio de competencia*, sobre el que estudiamos que se articulaban ambos ordenamientos, y siendo tal principio la *ratio* de la existencia del veto. Nos acercamos así a otra de las afirmaciones fundamentales hecha en líneas precedentes: existe veto a la ordenación autonómica en función del principio de competencia, lo que supone, de un lado, que quien quebrante tal principio será merecedor de una sanción de nulidad; y de otro, que va que tal frontera

⁵ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11ª, Madrid, 2002, páginas 352-358; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El Derecho Urbanístico español a la vista del siglo XXI”, *REDA*, núm. 99, 1998, páginas 395 y siguientes; GÓMEZ PUENTE, Marcos, “Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico”, *REDA*, núm. 98, 1998, páginas 214 y siguientes; CARBONELL PORRAS, Eloísa, “La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional”, *RAP*, núm. 143, páginas 195-200.

competencial no puede rebasarse, se hace precisa la previsión de la regla supletoria en remedio de aquellos vacíos que se ocasionen en el derecho menos completo”⁶.

Por fin, otros autores ⁷ han sometido a revisión crítica la concepción de la regla de supletoriedad. De su aportación han de destacarse las siguientes observaciones:

1º) Si el Derecho del Estado sobre alguna materia se considera supletorio en una Comunidad Autónoma que -en virtud del carácter dispositivo de la asunción de competencias- no tenga competencia para regular esa materia, se está haciendo una discutible calificación de supletoriedad, porque, en el ámbito de referencia, no puede regir otro Derecho más que el estatal, que, por tanto, no es supletorio, sino de aplicación directa.

2º) De supletoriedad podría correctamente hablarse en el caso de Comunidades Autónomas con competencia atribuida para regular cierta materia, pero que no la hubieran regulado. En defecto de la norma autonómica podría aplicarse, ahora sí, como supletoria la norma estatal. Pero esta comprensión de la supletoriedad contradice el principio de autonomía política y la distribución de competencias, porque, desde el momento en que una Comunidad Autónoma tiene competencia para establecer normas y no lo hace o lo hace limitadamente, no cabe entender que hay una laguna, sino una situación de anomia querida por el titular de la competencia.

3º) Realmente la norma de supletoriedad del art. 149.3, último inciso, CE sería, en parte, una norma superflua -la norma estatal no es supletoria, sino de aplicación directa, en las partes del Estado en que nadie, más que el Estado, puede dictar normas sobre cierta materia-, y, en otra parte, una norma con eficacia transitoria, hasta que las Comunidades Autónomas, después de asumir su competencia en una materia, creen las normas que tienen competencia para establecer.

La jurisprudencia del TC sobre la regla de supletoriedad ha tenido una larga evolución, con pasos inseguros⁸, pero que, por ahora, ha conducido a una comprensión de esa regla más próxima a la posición doctrinal mencionada en último lugar. De esa jurisprudencia son representativas las SSTC (Pleno) 118/1996, de 27 de junio y 61/1997, de 20 de marzo⁹.

⁶ BALZA AGUILERA, Javier, DE PABLO CONTRERAS, Pedro, “El Derecho estatal como supletorio del Derecho propio de las Comunidades Autónomas”, *REDA*, núm. 55, 1987, páginas 381 y siguientes, apartado V, 2, A.

⁷ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991, páginas 77-94.

⁸ Pueden verse útiles resúmenes en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991, páginas 62-80; GÓMEZ PUENTE, Marcos, “Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico”, *REDA*, núm. 98, 1998, páginas 214 y siguientes, apartado III.1; CARBONELL PORRAS, Eloísa, “La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional”, *RAP*, núm. 143, páginas 200-205.

⁹ Críticamente sobre las mismas GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, “El Derecho Urbanístico español a la vista del siglo XXI”, *REDA*, núm. 99, 1998, páginas 395 y siguientes; GÓMEZ PUENTE, Marcos, “Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico”, *REDA*, núm. 98,

La principal consecuencia de estas diferentes concepciones de la norma de supletoriedad, en la perspectiva de la aplicación de las normas por los tribunales ordinarios, es, a mi juicio, la que sigue.

Si se parte de las tesis más radicales en cuanto a la limitación del sentido y efectos de la regla de supletoriedad, toda norma estatal que sea dictada con la expresa calidad de supletoria y sin acotar su aplicación a partes del Estado sobre las que una Comunidad Autónoma no tiene competencia de regulación sobre la materia correspondiente, puede ser declarada inconstitucional y, por consiguiente, expulsada del ordenamiento jurídico. De ese modo la norma dejará de estar disponible para ser utilizada como norma supletoria, si un tribunal lo estimara procedente en un caso sometido a su conocimiento.

Por el contrario, si se entiende que no pueden ser declaradas nulas por incompetencia del Estado la norma estatal formalmente establecida como supletoria sin límites en cuanto a su ámbito de aplicación, o la norma estatal que -sin expresos límites de ámbito de aplicación- establezca una regulación para la que el Estado no tenga competencia -y, por tanto, sólo puede aspirar a una aplicación supletoria-, tales normas se mantendrán en el ordenamiento. De ese modo, estarán disponibles para ser aplicadas como normas supletorias si, a juicio de un tribunal, lo requiere la solución del caso del que está conociendo.

No obstante, hay que apuntar que, tanto se puedan dictar o no normas estatales con el carácter de supletorias, siempre serán los tribunales ordinarios -en nuestro caso los del orden contencioso-administrativo- los que tengan que dilucidar si hay o no base para aplicar normas estatales como supletorias. Y, en ese necesario juicio, están involucradas posibilidades de infracción (por incorrecta interpretación o aplicación) tanto de las normas autonómicas, como de la propia norma estatal de supletoriedad (por indebida aplicación, cuando, bien interpretada y aplicada la norma autonómica, no debió aplicarse la norma de supletoriedad) y de las normas estatales supletorias (por indebida aplicación o inaplicación y por incorrecta interpretación).

d) La regla de la prevalencia del Derecho estatal del art. 149.3 CE

El supuesto de aplicación de esta norma de relación entre ordenamientos no lo es, a diferencia de la antes considerada, la ausencia de norma autonómica, sino la contradicción entre la misma y una norma estatal, ambas reguladoras de una materia no atribuida a la exclusiva competencia de la Comunidad Autónoma. En este caso la regla impone la prevalencia de la norma del Estado.

Las divergencias en la doctrina iuspublicística española sobre esta norma son notables¹⁰.

1998, páginas 214 y siguientes, apartados II.2 y 3; CARBONELL PORRAS, Eloísa, "La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional", *RAP*, núm. 143, páginas 189-209.

¹⁰ Como muestra puede verse el resumen que hace LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991, páginas 114-138, y los trabajos que citamos a continuación.

En primer lugar, por lo que se refiere a la delimitación del supuesto en que la regla encontraría aplicación, en particular por lo que se refiere a la no exclusividad de las competencias para la Comunidad Autónoma¹¹.

En segundo término, también es diferente la amplitud con la que los autores concluyen que los tribunales ordinarios tienen potestad para constatar la concurrencia de las condiciones de aplicación de la regla de prevalencia, y, además, para inaplicar una norma autonómica, dando preferencia, en el caso, a una norma estatal.

Este segundo aspecto interesa especialmente para el tema de la ponencia, porque en ese enjuiciamiento que -con diversa amplitud según tesis doctrinales- los tribunales del orden contencioso-administrativo podrían hacer, están involucradas posibilidades de infracción por incorrecta interpretación y por indebida aplicación o inaplicación de normas autonómicas y de normas estatales.

Unas tesis doctrinales admiten que, en virtud de la regla de prevalencia, puedan ser inaplicadas por los tribunales ordinarios incluso normas autonómicas con rango de ley, sin distinguir que sean posteriores o anteriores a la norma estatal con la que entran en colisión¹².

Otras orientaciones sobre esta materia son más matizadas. Así, por ejemplo, Fernández Farreres sólo reconoce la potestad de inaplicación al tribunal ordinario si la norma legal estatal es posterior a la norma legal autonómica con la que entra en contradicción¹³. Lasagabaster¹⁴ considera diversas posibilidades: 1ª) La norma legal

¹¹ Así, por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11ª, Madrid, 2002, páginas 345-349, consideran que el supuesto de aplicación pueda darse en todos los casos en que existen relaciones de cooperación o de interferencia entre los ordenamientos estatal y autonómicos, y también cuando, en virtud de títulos competenciales propios, los ordenamientos concurren sobre diferentes niveles de un mismo objeto. Sin embargo, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, I, Madrid, 1991, páginas 537-567, estima que las contradicciones pueden ser superadas, aunque en ocasiones la operación sea compleja, mediante el principio de competencia, sin recurrir a la regla de prevalencia -éste presupone conflicto entre normas válidas, por estar ceñidas al correspondiente ámbito competencial-, con la única excepción de la materia “cultura” (art. 149.2 CE).

¹² Así, *Informe de la Comisión de expertos sobre las Autonomías*, Madrid, 1981; GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, “Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional”, *RAP*, núm. 113, 1987, páginas 35 y 36; RUBIO LLORENTE, Francisco, “El bloque de la constitucionalidad”, *REDC*, núm. 27, 1989, página 33, citadas -las tres obras anteriores- por LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991, páginas 121-124, 129-130, 133-134, respectivamente; GARCÍA TORRES, Jesús, “La cláusula de prevalencia y el Poder judicial”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, I, Madrid, 1991, páginas 569-578; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11ª, Madrid, 2002, página 350.

¹³ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, “Colisiones normativas y primacía del Derecho estatal”, *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, I, Madrid, 1991, página 567, nota 41.

¹⁴ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Los principios de supletoriedad y prevalencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Madrid, 1991, páginas 145-157.

autonómica que entra en contradicción con una norma estatal posterior puede ser inaplicada por los tribunales ordinarios, sin necesidad de plantear la constitucionalidad ante el TC, de modo similar a lo que se entiende correcto respecto de las leyes preconstitucionales contrarias a la Constitución. 2ª) Si la norma legal autonómica contradictoria con la norma legal estatal es posterior a ésta, no se puede resolver el caso inaplicando la primera norma, porque, al haberse expresado la voluntad del Poder legislativo autonómico con conocimiento de la ley estatal, no hay argumentos para que el juicio sobre la eventual nulidad de la ley autonómica no deba hacerlo el TC con arreglo al art. 163 CE. 3º) Las mismas soluciones se sostienen para el caso de que la contradicción exista con norma estatal reglamentaria, a condición de que en caso de ser ésta posterior a la norma legal autonómica cuente con una perfecta habilitación de la ley estatal y se ajuste perfectamente a la misma. 4º) Los conflictos entre normas de rango reglamentario siempre pueden resolverlos los tribunales ordinarios, aplicando ellos mismos, según supuestos, los principios de competencia, de jerarquía normativa o de derogación de norma anterior por posterior.

3. PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS EN EL ESTADO ESPAÑOL, UNIDAD DEL PODER JUDICIAL Y REQUERIMIENTOS DE LA MENCIONADA PLURALIDAD RESPECTO DE LA ORDENACIÓN DEL PODER JUDICIAL

La pluralidad de ordenamientos -de poderes competentes para crearlos y desarrollarlos- en el Estado español no ha sido acompañada, en la Constitución, por previsiones de atribución a las Comunidades Autónomas de competencias para crear una jurisdicción, una organización judicial, un Poder judicial propio, al cual estaría encomendada, al menos principalmente, la aplicación del Derecho también propio de la respectiva Comunidad Autónoma.

La CE prefigura un Poder Judicial único en el Estado (Título VI, art. 149.1.5ª CE), que ha sido configurado como tal por la LOPJ, la LDPJ y las leyes procesales, sobre todo en cuanto completan el régimen de la competencia de los tribunales.

Ahora bien, lo anterior no es obstáculo para que, de una parte, la propia CE establezca normas respecto del Poder judicial que se justifican por la consideración de la estructura autonómica del Estado (art. 152.1, párrafos 2 y 3 CE), y, de otra parte, para que el legislador ordinario ejercite su libertad de configuración normativa sobre el Poder judicial de un modo que, respetadas las normas constitucionales, se adecue en lo conveniente a esa estructura. En este sentido, la LOPJ de 1985, la LDPJ y reformas posteriores de la LOPJ contienen normas cuya *ratio* sin duda radica en la estructura autonómica del Estado. No entraremos en su consideración detallada porque después nos centraremos en las que tienen específicamente que ver con la existencia de ordenamientos jurídicos propios de las Comunidades Autónomas. Baste decir que el enjuiciamiento de la constitucionalidad al que han sido sometidos por el TC los textos legales mencionados no ha tenido como resultado declaraciones de inconstitucionalidad, al menos en aspectos relevantes para la idea de un Poder judicial único, aunque el TC sí que ha formulado pronunciamientos interpretativos y ha interpretado algunos contenidos sobre Administración de Justicia de Estatutos de

Autonomía -como integrantes del bloque de la constitucionalidad- de modo sistemático con la LOPJ¹⁵.

Las relaciones que pueden establecerse entre pluralidad de ordenamientos jurídicos -que es una de las consecuencias de la estructura autonómica del Estado- y la unidad del Poder judicial, frente a una posible opción de pluralidad de los mismos, invitan a reflexión sobre un tema básico, estrechamente vinculado a la independencia del juez, como característica orgánica constitucionalmente esencial de la jurisdicción (arts. 117.1 y 2, 127 CE).

La independencia requiere el establecimiento de normas que determinan la existencia *de iure* de la misma, y también necesita un régimen tendencialmente completo de garantías de esa independencia, que posibilita que la misma sea efectiva frente a presiones o influencias que no se expresan como mandatos que reclaman sometimiento¹⁶.

Presupuesta esa independencia *-de iure* y con un elevado estándar de garantía- puede llegar a considerarse irrelevante que los ordenamientos autonómicos hayan de ser aplicados por tribunales que formen parte de un Poder judicial cuya configuración normativa y cuyo gobierno -en lo que éste es necesario- no competan a las Comunidades Autónomas, sino al Estado. Dentro de éste, a su Poder legislativo, a un órgano específico de gobierno del Poder judicial de ámbito estatal -el Consejo General del Poder Judicial- y, en su caso y medida, al Poder ejecutivo del Estado.

Los jueces integrantes de ese Poder judicial deberán resolver, en los asuntos que se les planteen, con arreglo a Derecho del Estado, o de la Comunidad Autónoma, o con arreglo a normas de ambos ordenamientos, según su propio y libre criterio sobre la interpretación y procedencia de aplicación de las normas mencionadas.

La independencia precisamente excluye que los poderes -en este caso, los pertenecientes a la estructura del Estado central- que organizan, gobiernan y administran, en lo necesario, el Poder judicial único, puedan dar instrucciones o ejercer cualquier otro tipo de influencia para, en lo que ahora nos interesa, hacer prevalecer la aplicación de las normas del Derecho del Estado fuera de los casos en los que el juez estime, según su personal juicio exclusivamente sometido a la ley y al Derecho, que así deba ser.

La pluralidad de ordenamientos jurídicos no tiene, pues, como corolario la pluralidad de Poderes judiciales. No existe una implicación esencial entre esos dos modos de resolver estas dos cuestiones básicas de organización de una comunidad política.

¹⁵ Recuérdense las SSTC (Pleno) 56/1990, de 29 de marzo, 62/1990, de 30 de marzo, 105/2000, de 13 de abril.

¹⁶ Para un mayor desarrollo de esta materia remito a ORTELLS RAMOS, Manuel, JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, CÁMARA RUIZ, Juan, *Derecho Procesal. Introducción*, Valencia, 2º, 2003, páginas 36-45.

Sí que existen, en cambio, implicaciones en el sentido de que, contando con la unidad del Poder judicial, la ordenación de éste ha de incorporar los elementos adecuados para la efectividad de las exigencias que derivan, respecto del ejercicio de la potestad jurisdiccional, de una pluralidad de ordenamientos.

La exigencia, primera y básica, es la de posibilitar y facilitar de hecho la aplicación, en los casos en que el juez lo estime procedente, de las normas que integran los ordenamientos plurales. No sólo la de las normas de Derecho estatal, cuya aplicación resulta de hecho facilitada por una habituación formada en una prolongada experiencia histórica y por el carácter general que tienen muchas de esas normas. También la de las normas de los ordenamientos autonómicos, solas, o, en su caso, en concurrencia con las normas estatales. También, en fin, de las normas estatales específicamente destinadas a regir las interrelaciones entre los mencionados ordenamientos.

Para satisfacer esa exigencia podría decirse -con cierto grado de generalización- que hay dos vías disponibles: adecuada formación de los jueces y/o diversificación del régimen de garantías de su independencia.

La primera vía es plenamente conforme con la unidad del Poder judicial. Consiste, en primer lugar, en una ordenación legal y, en su caso, reglamentaria, que hace posible que los jueces que más frecuentemente habrán de aplicar normas de ordenamientos autonómicos, cuenten con una adecuada formación en esos Derechos, obtenida por procedimientos más o menos formalizados.

Pero, en segundo lugar, lo anterior se hace sin alterar la unidad de la carrera judicial, la uniformidad de la organización judicial en todo el Estado y, principalmente, sin que deje de ser el mismo y único órgano de gobierno del Poder judicial el competente para destinos y nombramientos -incluidos aquellos en los que la mencionada formación tenga incidencia-, así como sobre las demás cuestiones de estatuto personal de los jueces. Esta vía es la seguida entre nosotros, aunque sea con imperfecciones, según veremos en el siguiente apartado.

La segunda vía no conduciría, tal vez, a diversificar las organizaciones jurisdiccionales en el Estado, pero sí quebraría la unidad del Poder judicial, mediante una diversificación de los órganos de gobierno -para el ejercicio de determinadas competencias en ámbitos autonómicos- en los que se daría entrada a representantes de los intereses de las respectivas Comunidades Autónomas. Las soluciones propias de esta vía descansan en una recíproca desconfianza entre los titulares de los poderes central y autonómicos. Salvo que persiga sólo objetivos de mayor efectividad de la justicia como servicio público, la opción por “autonomizar” el gobierno del Poder judicial puede tener como base la desconfianza hacia que el órgano de gobierno único utilice diligentemente los medios idóneos para que los jueces estén capacitados para la aplicación del Derecho autonómico en cuanto sea procedente. Incluso puede deberse al temor frente a que los necesarios elementos discrecionales de las decisiones en materia de gestión del estatuto personal de los jueces sean subrepticamente utilizados para generalizar indebidas interpretaciones y aplicaciones del Derecho del Estado.

Desde la perspectiva contraria, las pretensiones de “autonomización” del gobierno del Poder judicial puede considerarse que encubren la intención de adquirir un ámbito de acción del poder político de la Comunidad Autónoma en la gestión del estatuto personal de los jueces -lo que incide en las garantías de la independencia- para utilizarlo con fines de “fomento” del Derecho autonómico o, más genéricamente, de una perspectiva sociocultural característica de la comunidad constituida en comunidad autónoma, sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional, en cuanto éste no es ajeno a factores ajenos a lo jurídico.

Una segunda exigencia de la pluralidad de ordenamientos respecto de la ordenación del Poder judicial único es la de posibilitar una interpretación y aplicación uniformes de las normas de cada ordenamiento en el ámbito de vigencia propio del mismo, con lo que se alcanza un objetivo importante para la efectividad de la igualdad ante la ley, entendida como solución (tendencialmente) igual de casos iguales.

4. RÉGIMEN DE LA COMPETENCIA OBJETIVA Y DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL DE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS

La facilitación del conocimiento y, a través del mismo, de la aplicación de las normas de los ordenamientos autonómicos en los casos en que sea procedente, guarda una estrecha relación con el régimen de la competencia objetiva y territorial de los tribunales del orden contencioso-administrativo. Vinculado a ese régimen, y, al menos entre nosotros, con carácter secundario e incompleto, tiene también trascendencia en esta materia la específica formación en Derecho autonómico que se requiere para obtener destino en los órganos jurisdiccionales a los que se atribuye la competencia antes mencionada.

A) *Iura novit curia*, lugar de publicación, ámbito de vigencia de las disposiciones y circunscripción del tribunal

La actividad procesal de las partes resulta facilitada de modo importante si rige, con plenitud, el principio *iura novit curia*. Efectivamente, en tal caso las partes están exentas de la alegación y de la prueba del Derecho aplicable para resolver sobre la pretensión, que sí es de su responsabilidad formular, así como la de alegar y probar los hechos de los que depende que sea considerada fundada. El *iura novit curia*, más que una presunción de efectivo conocimiento del Derecho, significa la atribución al tribunal de un deber de investigación del Derecho aplicable, deber que encuentra fundamento, por un lado, en la formación técnico-jurídica de los titulares de los órganos jurisdiccionales, y, de otro, en la accesibilidad para los mismos de las fuentes del Derecho, debida a la publicación y difusión de las disposiciones en un determinado ámbito territorial¹⁷.

El principio *iura novit curia* desarrolla su potencialidad al máximo respecto del Derecho escrito, interno, general y publicado en el BOE. En defecto de estas características el deber de conocimiento (de investigación) del Derecho aplicable se

¹⁷ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del Derecho, Valladolid, 2000, páginas 24-31.

mitiga de algún modo, y, correlativamente, se incrementan las cargas de las partes respecto de este componente del enjuiciamiento jurisdiccional y aumenta la dificultad de esa labor¹⁸.

En concreto, las disposiciones legales y reglamentarias de las Comunidades Autónomas, cuya eficacia jurídica plena existe desde su completa publicación en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma¹⁹, sólo se benefician del principio en su plenitud “en relación con los jueces radicados en la Comunidad Autónoma a la que corresponda el documento normativo publicado en el Diario Oficial de aquella, pero no para los órganos jurisdiccionales ubicados en un territorio diferente”²⁰.

Así lo ha expresado también la STC 151/1994, de 23 de mayo, en cuyo fundamento jurídico segundo se indica que

“Disponiendo las Comunidades Autónomas de facultades propias de regulación, en el ámbito reconocido en la Constitución y en sus respectivos Estatutos de Autonomía, ha de afirmarse que los diarios oficiales autonómicos satisfacen esta exigencia de publicidad de las normas, sirviendo a idénticos fines, y desplegando, respecto de las normas sujetas a ellos, la máxima eficacia el principio *iura novit curia*, cuando menos para los órganos judiciales cuya competencia no excede del ámbito territorial de aquellos”.

En definitiva, el conocimiento del Derecho autonómico por los tribunales que pueden tener el deber de aplicarlo para la resolución de pretensiones, cabe posibilitarlo, facilitarlo e, incluso, perfeccionarlo de modos y en grados diversos, entre los cuales existe, por otra parte, una precisa relación:

1º) En primer término, con la atribución a los tribunales radicados en la Comunidad Autónoma de la competencia para conocer de los asuntos para cuya resolución debe ser aplicado el Derecho autonómico. La justificación, en este caso, de la plena operatividad del *iura novit curia* es doble.

De una parte, la accesibilidad para esos tribunales del medio de publicación de las disposiciones autonómicas, porque la misma tiene lugar en el territorio que comprende la circunscripción de aquellos órganos. No obstante, los actuales medios de acceso a la información restan importancia a esta justificación.

Pero, por otra parte, la antes mencionada regulación de la competencia judicial comporta una capacitación del personal jurisdiccional destinado en los tribunales correspondientes, mediante la práctica en la resolución de asuntos en que han debido ser aplicadas normas autonómicas. De este modo se llega a conseguir un razonable grado de conocimiento de las normas de los ordenamientos específicos, sin necesidad de poner en juego particulares estrategias de formación profesional.

¹⁸ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del Derecho, Valladolid, 2000, páginas 89-91, 125-126.

¹⁹ En ese sentido, diversos preceptos de los Estatutos de Autonomía para las disposiciones con rango de ley, y el art. 52.1 LRJAPPAC para las de rango reglamentario.

²⁰ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, “*Iura novit curia*” y aplicación judicial del Derecho, Valladolid, 2000, páginas 150 y, más ampliamente, 148-151.

2º) El segundo modo, que significa un grado mayor de perfeccionamiento en el manejo técnico-jurídico del Derecho autonómico, consiste en dar relevancia profesional a una capacitación específica en ese Derecho, por parte de los jueces destinados en tribunales con la competencia mencionada en el número anterior.

Resulta evidente la vinculación entre éste y el anterior modo de garantizar un adecuado conocimiento del Derecho autonómico. El primero es presupuesto del segundo. Como ya dijo la STC (Pleno) 56/1990, de 29 de marzo, en su fundamento jurídico 45:

“La Carrera Judicial, así como los Cuerpos en que se integran los distintos funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, son cuerpos únicos y de ámbito nacional. En consecuencia, cuando los preceptos estatutarios prevén que el mérito discutido se tendrá en cuenta en «concursos, oposiciones y nombramientos», ha de entenderse que se refieren al acceso a plazas en los territorios autonómicos una vez producido el ingreso en la correspondiente Carrera o Cuerpos, pero no al ingreso en los mismos, en cuyo caso, dado su carácter nacional, no tiene ningún sentido exigir la especialización en los Derechos de cada una de las entidades territoriales que integran la Nación”.

La ordenación legal de esta materia me parece deficiente.

El art. 341 LOPJ sólo considera las Comunidades Autónomas que gocen de Derecho civil especial o foral para establecer la especialización en ese Derecho como mérito para determinados nombramientos y, en general, en los concursos para órganos jurisdiccionales radicados en aquellas Comunidades Autónomas.

Se prescinde, pues, del Derecho público de las diferentes Comunidades Autónomas, que, por un lado, es un componente necesario del ordenamiento de todas ellas, y, por otro, presenta mayor complejidad para su conocimiento, por la abundancia y rápida variación de las disposiciones que lo forman ²¹.

Algunos Estatutos de Autonomía establecen el mérito preferente con mayor amplitud, comprendiendo todo el Derecho propio de la Comunidad Autónoma (art. 23.1 EA Cataluña, art. 25 EA Galicia, art. 23 EA Comunidad Valenciana, art. 31 EA Aragón). El TC entendió que el precepto antes mencionado de la LOPJ no era contrario a estos preceptos estatutarios, porque “no impide que en el caso de aquellas Comunidades en las que sus Estatutos de Autonomía han establecido la exigencia del mérito, no sólo para el Derecho civil especial o foral, sino para toda la producción normativa de la Comunidad, dicha exigencia se extienda a la totalidad del derecho propio de la Comunidad Autónoma de que se trate, lo que habrá de tenerse en cuenta por el órgano competente para desarrollar las previsiones en este punto de la LOPJ o para, en su caso, convocar los oportunos concursos y proceder a los nombramientos” (STC, Pleno, 56/10990, de 29 de marzo, fundamento jurídico 46).

²¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, “Notas sobre la prueba en los procesos sobre materias administrativas y tributarias”, en *Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Ponencias*, III, Guanajuato, 1998, páginas 89-91.

Queda así de manifiesto la deficiencia básica en esta materia: la falta de generalización de la concepción amplia de este mérito; es decir, la referida al conocimiento del Derecho propio de la Comunidad Autónoma, no sólo del Derecho privado si lo tiene²². Obviamente, el Reglamento núm. 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, no puede corregir esta situación, y, en su art. 111, se limita a regular el mérito preferente del conocimiento del Derecho civil especial o foral, además sólo en relación con las plazas de órganos jurisdiccionales con competencia civil.

B) Adecuación en general del régimen de la competencia objetiva y territorial en la LJCA de 1998

La ordenación de la competencia objetiva y territorial en la LJCA de 1998 es, por regla general, adecuada para alcanzar el objetivo de la mayor efectividad del *iura novit curia* respecto del Derecho autonómico. No obstante, existen disfunciones de escasa relevancia y, principalmente, un problema en cuanto a la competencia territorial -el fuero electivo previsto por el art. 14.1.2ª LJCA- que ha sido objeto de amplia atención doctrinal y jurisprudencial que analizaremos después.

En cuanto a la competencia objetiva, la atribución de la misma en caso de pretensiones relativas a actos y disposiciones de las CC AA, bien a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo (art. 8.2 y 3 LJCA), bien a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 10.1, a, b y c LJCA), en ningún caso a órganos jurisdiccionales cuya circunscripción no coincida o esté comprendida en el territorio de una Comunidad Autónoma, garantiza en gran medida que el Derecho autonómico no sea aplicado por estos últimos tribunales, sino -con el complemento de las normas de competencia territorial- por los tribunales radicados en la Comunidad Autónoma que ha producido ese Derecho²³.

22 La STC 56/1990, en su fundamento jurídico 45 explica la falta de generalización con el argumento de que: “la pluralidad propia del Estado autonómico consiste no sólo en que está integrado por varias Comunidades Autónomas, sino en que éstas pueden ser y de hecho son diversas entre sí, no existiendo principio alguno que exija que las previsiones de los distintos Estatutos de Autonomía y el alcance que haya de darse a las mismas deba ser en todo caso igual”.

23 El art. 10.1, e LJCA, ha resuelto a favor de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ un tema de competencia objetiva, cuya anterior atribución a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional había sido polémico: la impugnación jurisdiccional de resoluciones del Tribunal Económico Administrativo Central en materia de tributos cedidos. La STC (Pleno) 91/1998, de 23 de abril, había desestimado la inconstitucionalidad de aquella atribución de competencia a la Audiencia Nacional. Esta solución no se consideró la más idónea (ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, “La competencia como garantía constitucional”, *Cuestiones sobre la competencia surgidas con la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, 8/2000/páginas 17-36. Código CA000801, apartado II). Efectivamente, ha sido corregida por la LJCA de 1998 en cuanto al justificado supuesto de que la resolución del TEAC verse sobre tributos cedidos a la Comunidad Autónoma. Ahora bien, teniendo en cuenta la naturaleza de las disposiciones aplicables a los tributos cedidos (ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, “La competencia como garantía constitucional”, *Cuestiones sobre la competencia surgidas con la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000, 8/2000/páginas 17-36. Código CA000801, apartado II) no cabe excluir la posibilidad de recurso de casación ante el Tribunal Supremo por infracción de normas estatales.

No obstante, es sabido que no existe correlación entre la pertenencia del órgano administrativo a la Administración General del Estado o a la Administración de una Comunidad Autónoma y el carácter estatal o autonómico de las normas a las que las Administraciones han de sujetar su actuación. Frecuentemente las Administraciones autonómicas actuarán con sujeción a normas estatales (supuestos en que la distribución competencial consiste en atribuir al Estado la función normativa y a la Comunidad Autónoma la función de ejecución), lo que no es problemático en el aspecto que ahora consideramos. Tal vez en menor medida, pero no cabe excluir la posibilidad²⁴, actuaciones de la Administración General del Estado pueden estar sujetas, por la materia y el territorio en que se realizan, a normas autonómicas. En tal caso, si la competencia en caso de impugnación jurisdiccional correspondiera a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (art. 11.1 LJCA) o del Tribunal Supremo (art. 12.1 LJCA), el principio *iura novit curia* tendría -por lo que en este momento interesa- la aplicación más atenuada que hemos apuntado más arriba en la exposición.

Las condiciones para la máxima operatividad del *iura novit curia* son completadas, necesariamente, con el régimen de la competencia territorial. La regla tradicional en nuestro Derecho ha sido el fuero general y único de la sede del órgano que ha dictado la disposición o ha realizado el acto o actuación impugnada. Así continúa siendo en el art. 14.1.1^a y 2 LJCA. Presuponiendo que -salvo las posibles excepciones mencionadas al tratar de la competencia objetiva- el Derecho autonómico lo aplica la Administración autonómica que lo ha creado, la expresada norma de competencia territorial vincula el ámbito de vigencia de un Derecho autonómico concreto con la circunscripción del órgano jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones que han de ser enjuiciadas, al menos, con arreglo a ese Derecho.

A la misma conclusión se llega en los limitados supuestos en que el art. 14.1.3^a LJCA establece un fuero especial que atribuye la competencia territorial a los órganos jurisdiccionales en cuya circunscripción radiquen los bienes inmuebles afectados por las actuaciones impugnadas. Dado el ámbito territorial de vigencia de los Derechos autonómicos, la competencia siempre se atribuirá a un órgano jurisdiccional en cuya circunscripción rija el Derecho que debe ser aplicado.

C) El problema del fuero electivo previsto en el art. 14.1.2^a LJCA

El problema más grave para el normal funcionamiento del *iura novit curia* en cuanto al Derecho autonómico lo plantea el fuero especial electivo del art. 14.1.2^a LJCA, porque si el actor elige el fuero de su domicilio y éste radica fuera del territorio de la Comunidad Autónoma cuya Administración ha realizado la actuación impugnada aplicando Derecho propio, la competencia corresponderá a un tribunal cuya circunscripción no está comprendida en el ámbito territorial de vigencia del ordenamiento que ha de ser considerado para enjuiciar la conformidad a Derecho de aquella actuación.

²⁴ REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Madrid, 1999, dir. SANTOS VIJANDE, Jesús María, página 195, nota 5.

a) Jurisprudencia del TC sobre la cuestión

Se planteó al TC cuestión de inconstitucionalidad del art. 14.1.2ª LJCA en un caso en que el actor presentó la demanda ante los Juzgados de su domicilio social (Madrid) con una pretensión de impugnación de una sanción impuesta por la Comunidad Autónoma de Andalucía, de acuerdo con su Derecho propio y por una conducta que tuvo lugar en el territorio de esa Comunidad Autónoma.

El ATC (Pleno) 208/2000, de 19 de septiembre (RTC 2000\208 AUTO) no admitió a trámite la cuestión, por manifiestamente infundada, y, en concreto por las razones siguientes²⁵:

1ª) El art. 14.1 no infringe el art. 153, c CE porque “es evidente que éste no atribuye ningún ámbito competencial a los Tribunales Superiores de Justicia, por la sencilla razón de que ni siquiera los menciona. El control que allí se prevé es el de la jurisdicción contencioso-administrativa en general respecto de la Administración autonómica y sus normas reglamentarias, pero resulta obvio que el legislador puede legítimamente atribuir esa función de control a cualquier órgano de dicho orden jurisdiccional”.

2ª) Y “En cuanto al art. 152.1 CE, que sí menciona a los Tribunales Superiores de Justicia, de él tampoco cabe deducir fundadamente que contiene una previsión competencial relativa a los mismos con la que entraría en conflicto la regla segunda del art. 14.1 de la LJCA. Dicho precepto constitucional se limita, junto a otras prescripciones que ahora no vienen al caso, a aludir a los Tribunales Superiores de Justicia en tanto que vértices superiores de la organización judicial en los ámbitos territoriales de las Comunidades Autónomas de conformidad con la LOPJ y dentro de la unidad e independencia del Poder Judicial. De manera que las concretas competencias de los Tribunales Superiores de Justicia no quedan predeterminadas por la CE. Esta conclusión ya fue afirmada con rotundidad por este Tribunal en F. 3 B de la antes citada STC 114/1994 de 14 de abril, al decir que: «claramente se desprende que el precepto [el párrafo 2º del art. 152.1 de la CE] nada dice sobre cuáles sean las competencias objetivas que puedan corresponder a los Tribunales Superiores de Justicia, ya que su determinación corresponde al legislador, según lo dispuesto en el art. 117.3, inciso final, de la CE; atribución de competencia que se ha llevado a cabo en los arts. 53 a 103 de la LOPJ respecto a los distintos Tribunales y Juzgados que integran el Poder Judicial. Por lo que no cabe inferir, como se ha hecho en el Auto de planteamiento, que el art. 152.1 de la CE imponga una estricta correspondencia entre el ámbito jurisdiccional de un Tribunal Superior de Justicia y el ámbito de la disposición administrativa de carácter general impugnada en un recurso contencioso-administrativo».

Hay que concordar plenamente con esta resolución del TC, pero también debe resaltarse cuál es el fundamento y el sentido de la misma. Se limita a decir que la norma del art. 14.1.2ª CE no es contraria a la CE. Más precisamente, que aunque ninguna de las interpretaciones posibles del art. 14.1.2ª LJCA permitiera evitar que la

²⁵ El TC ya las había expresado en las STC (Pleno) 91/1998, de 23 de abril y en la STC (Pleno) 114/1994, de 14 de abril.

Sala de lo Contencioso-administrativo de un TSJ con sede en una determinada Comunidad Autónoma fuera competente en un caso que hubiera de ser resuelto con arreglo a Derecho de una Comunidad Autónoma diferente, ese precepto no sería inconstitucional.

Pero, obviamente, eso no significa:

1º) Que un precepto que conduzca inevitablemente a la mencionada consecuencia pueda considerarse el más correcto desde criterios plausibles de política legislativa. El propio ATC 208/2000 apunta que “tal vez puede considerarse deseable la coincidencia entre la normativa autonómica aplicada en el pleito y el ámbito autonómico del órgano jurisdiccional”. Y también que “el ahora cuestionado fuero electivo de la LJCA puede plantear algún problema de articulación procesal, singularmente en lo tocante a la más que posible ausencia de mecanismos para asegurar una mínima unificación de la interpretación de unas mismas normas autonómicas por parte de todos los Tribunales Superiores de Justicia que las apliquen”.

2º) Que si el tribunal ordinario realizara una interpretación del art. 14.1.2ª LJCA que permitiera obviar la mencionada competencia, restringiendo en alguna medida el alcance del fuero electivo establecido por el mismo, aquella interpretación infringiera la CE o, específicamente, fuera lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva o al juez predeterminado por la ley.

En definitiva, el TC, tras excluir la inconstitucionalidad invocada, deja de nuevo la cuestión en manos de los tribunales ordinarios.

b) La interpretación del precepto en la doctrina y en la jurisprudencia del TS

La tesis predominante en la doctrina y en la jurisprudencia del TS se inclina por una interpretación restrictiva del art. 14.1.2ª LJCA. El fuero electivo, en el caso de que sean impugnados actos y disposiciones de una Comunidad Autónoma que apliquen Derecho de la misma, sólo rige si el actor tiene domicilio en el territorio de esa Comunidad Autónoma.

Los fundamentos aducidos para esa interpretación restrictiva son diversos.

Un primer fundamento conduciría, incluso, a una mayor restricción de aquella interpretación. Sostiene Requero Ibáñez que la excepción al fuero electivo “rige para toda actuación de la Administración local y autonómica, (...), aun cuando apliquen normas estatales, pues lo propio de los Tribunales Superiores de Justicia -luego también los Juzgados dependientes de las mismas- es constituirse como órganos judiciales naturales de la Administración territorial ubicada en esa Comunidad Autónoma. Recuérdese que el antecedente de la Ley de 1956 tenía su sentido para el enjuiciamiento de la Administración Central, mientras que aquí se está ante Administraciones territoriales que despliegan su actividad en un ámbito territorial muy limitado”²⁶.

²⁶ REQUERO IBÁÑEZ, José Luis, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Madrid, 1999, dir. SANTOS VIJANDE, Jesús María, página 196. Coinciden sustancialmente con esta opinión HUERTA GARICANO, Inés, “La competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en la Ley 29/98, de la

Esta interpretación tiene enfrente la jurisprudencia del TC apuntada en el apartado inmediatamente anterior. Y no porque deba entenderse que la jurisprudencia del TC excluye cualquier interpretación de la LOPJ y de la LJCA que restrinja el alcance del fuero electivo, sino porque el fundamento aducido (y la interpretación a la que conduce) tendría que apoyarse en la afirmación de que son directamente los preceptos constitucionales los que imponen la interpretación expuesta²⁷. Y eso es lo que el TC puede negar y efectivamente ha negado en las resoluciones antes examinadas²⁸.

Otra cosa es sostener que la que se está comentando es la mejor solución de *lege ferenda*. Pero para fundar una interpretación *lege data* hay que buscar otros fundamentos.

En este aspecto me parece más sólida la tesis que restringe el alcance del fuero electivo en atención a que la pretensión, además de dirigirse contra un acto o disposición de una Comunidad Autónoma, deba ser resuelta con aplicación de normas de Derecho autonómico, porque a ellas se hallara sujeta aquella actividad de la Administración.

Tres son los argumentos fundamentales para esta última tesis:

1º) Hace posible la plena efectividad del principio *iura novit curia* respecto del Derecho autonómico que deba ser aplicado²⁹.

Jurisdicción Contencioso-administrativa”, *Cuestiones sobre la competencia surgidas con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000. 8/2000/páginas 123-154. Código CA000804, apartado II.2, y, en la misma obra, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “La revisión del Derecho autonómico y local por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia”.

²⁷ Así, claramente, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, “La revisión del Derecho autonómico y local por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia”, *Cuestiones sobre la competencia surgidas con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000. 8/2000/páginas 123-154. Código CA000804, sostiene que “La interpretación del ordenamiento procesal conforme a la Constitución, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 9.1 y 117 de la prima lex, exige salvaguardar de forma armónica y conciliatoria los intereses tutelados en los arts. 24 y 152 de la Constitución, de modo que la función de intérprete supremo del Derecho autonómico y local se residencie en aquella Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en cuya circunscripción ejercen la potestad reglamentaria los órganos ejecutivos de la Comunidad Autónoma y los Entes locales”.

²⁸ La duda sobre este fundamento la apunta también IRURZUN MONTORO, Fernando, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, (con otros autores), página 246.

²⁹ IRURZUN MONTORO, Fernando, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, página 246; DELGADO PIQUERAS, Francisco, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, núm. 100, 1999, página 189. El argumento lo utiliza también el AJCA (núm. 25 Madrid, 6 de junio de 2001, RJCA 2002\276: “El principio “iura novit curia” impone esta solución, Y así se ha entendido por el Tribunal Constitucional, que ha establecido, que dicho principio no es aplicable en relación con las normas que no han sido objeto de publicación en todo el territorio del Estado Español, salvo que el órgano radique en el territorio comprendido en el ámbito de difusión del respectivo diario oficial. La STC 151/1994 expresa: “... la presunción de conocimiento de la norma, no (¿) sólo puede imponerse a los órganos judiciales en cuya jurisdicción aquella ha recibido publicación oficial...”.

2º) Evita el riesgo de que sobre las normas de los ordenamientos autonómicos se formen doctrinas jurisprudenciales diversificadas, sin posibilidad de que sean aplicados los instrumentos de unificación previstos por la ley³⁰.

Este argumento ha de ser, no obstante, matizado en los casos en que la resolución sobre la pretensión requiere aplicar tanto Derecho autonómico como Derecho estatal. La competencia funcional para el recurso de casación -en el supuesto de ser admisible- correspondería al TS (arts. 86.4, 89.2 y 96.4 LJCA), sobre el que recaería la responsabilidad de generar una jurisprudencia uniforme sobre las normas de cada ordenamiento autonómico.

3º) La interpretación sistemática con los arts. 99 y 101 LJCA³¹. No se trata de hacer valer los genéricos “culminará” y “las instancias se agotarán” del art. 152.1, párrafos segundo y tercero CE, cuyo alcance depende de la ordenación legal de la competencia funcional y de los recursos. Más bien se parte de la ordenación de los recursos de casación para unificación de doctrina y en interés de ley cuando la competencia funcional corresponde a un TSJ, y, a partir de ahí, se sostiene que en los artículos 99 y 101 LJCA los términos Comunidad Autónoma no significan cualquier Comunidad Autónoma, porque ese significado impediría que estos recursos pudieran alcanzar el objetivo de unificación jurisprudencial del ordenamiento autonómico, que es la *ratio* de su establecimiento. Significan la Comunidad Autónoma que ha creado las normas vigentes en el ámbito de la circunscripción del TSJ, a las que se ha sujetado o debido sujetarse el acto o disposición impugnados.

Es cierto que el régimen de los recursos en el proceso contencioso-administrativo y, específicamente, el de los recursos de casación por infracción de Derecho autonómico, deja abiertas posibilidades de que no pueda alcanzarse el objetivo de unificación de la jurisprudencia sobre las normas de ese Derecho³². Pero esa no es razón para rechazar opciones interpretativas que, por el contrario, incrementan las posibilidades de alcanzar ese objetivo de indiscutible valía.

³⁰ DELGADO PIQUERAS, Francisco, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, núm. 100, 1999, página 189.

³¹ IRURZUN MONTORO, Fernando, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, página 247; DELGADO PIQUERAS, Francisco, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, núm. 100, 1999, página 189: El argumento lo utiliza también el AJCA (núm. 25 Madrid, 6 de junio de 2001, RJCA 2002\276: “El fuero territorial electivo del art. 14 de la LJCA entra en contradicción con otros preceptos de la misma como son los arts. 99 y 101, que atribuyen al TSJ la competencia para conocer del recurso de casación para la unificación de Doctrina y del de casación en interés de ley cuando se trate de Derecho Autonómico, estableciendo este último artículo que a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la respectiva Comunidad Autónoma vinculará a todos los Jueces de lo Contencioso-Administrativo con sede en el territorio de jurisdicción del TSJ. En definitiva, el fuero electivo del art. 14 sólo será aplicable dentro de los límites de la respectiva Comunidad Autónoma de la que proceda la actuación administrativa impugnada, porque no es admisible que un órgano judicial que no se integra en el Tribunal Superior de Justicia de esa Comunidad Autónoma pueda aplicar las normas propias de dicha Comunidad”.

³² EZQUERRA HUERVA, Antonio, “El fuero electivo en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Consideraciones a la luz de la jurisprudencia reciente)”, *RAP*, núm. 157, 2002, enero-abril, páginas 291-293.

La jurisprudencia del TS se inclina, al menos en el plano argumentativo, por la tesis matizada cuyos fundamentos se acaban de exponer. El fundamento jurídico -repetido sin alteración en una larga serie de resoluciones- es el siguiente:

“Sobre esta cuestión existe una consolidada jurisprudencia (Sentencias de 26 de septiembre [RJ 2000, 7674], 6 de octubre [RJ 2000, 8308], 16 [RJ 2000, 8959] y 24 de noviembre de 2000 [RJ 2000, 9837] y 18 de abril de 2001 [RJ 2001, 2680]) en la que se afirma que el fuero electivo tiene aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia, precisándose en las tres últimas que esta doctrina es aplicable aunque en la demanda sólo se invoquen normas estatales, pues cuando el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma hay siempre aspectos reglados por la normativa autonómica, señaladamente los referentes a la competencia y posiblemente otros procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto de pleito” (STS, Sala tercera, Sección 1ª, 30 octubre 2001, RJ 2001\9773)³³.

La argumentación de ese fundamento de derecho pone de manifiesto la cautela por evitar que la interpretación restrictiva del fuero electivo quede exclusivamente vinculada a la calidad de la Administración autora del acto. También está conectada con el origen de las normas relevantes para la resolución sobre la pretensión.

Sin embargo, la jurisprudencia del TS adolece de claridad cuando -como ocurre en bastantes resoluciones de las reseñadas en la última nota al pie- a la anterior argumentación añade la advertencia de que:

“Y en la más reciente sentencia de 18 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3953) se dice que «aunque el litigio promovido por el recurrente versara exclusivamente sobre la correcta interpretación y aplicación al caso de normas estatales (...) la conclusión a que antes se ha llegado no variaría, ya que el fuero electivo, que regula el art. 14.1, regla segunda, debe entenderse referido cuando se trate de recursos contra actos de las entidades locales o de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, como es el caso, a los Juzgados sites en la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en la que se halle también la sede del órgano autor del acto originario impugnado” (STS, Sala tercera, Sección 1ª, 30 octubre 2001, RJ 2001\9092, entre otras).

Se ha argumentado³⁴, con razón, que una comprensión tan laxa como la que maneja el TS sobre la relevancia de las normas autonómicas para la decisión del pleito, debilita la interpretación sistemática de la norma del fuero electivo. En efecto, esta interpretación se hace en función de los preceptos de la LJCA que asignan al TSJ la función de garante de la unidad jurisprudencial del ordenamiento de la Comunidad Autónoma en la que tienen su sede. Consiguientemente, la base de esta interpretación debería ser que una norma autonómica constituyera la *ratio decidendi* del asunto. Por lo demás, esa apreciación con incidencia sobre la competencia del tribunal no está limitada al momento inicial del proceso -en el que tal vez no esté determinada la norma que va a ser decisiva-, sino que puede efectuarse en cualquier momento anterior a sentencia (art. 7.3 LJCA).

³³ En el mismo sentido STS (Sala tercera, Sección 1ª) 30 octubre 2001, RJ 2001\9091, STS (Sala tercera, Sección 1ª), 30 octubre 2001, RJ 2001\9092, STS (Sala tercera, Sección 1ª) 8 noviembre 2001, RJ 2001\9781, STS (Sala tercera, Sección 1ª) 23 noviembre 2001, RJ 2002\2721, STS (Sala tercera, Sección 1ª) 12 noviembre 2001, RJ 2001\9782.

³⁴ EZQUERRA HUERVA, Antonio, “El fuero electivo en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa (Consideraciones a la luz de la jurisprudencia reciente)”, *RAP*, núm. 157, 2002, enero-abril, páginas 293-299.

Incluso, yendo más allá de los anteriores planteamientos, no puede obviarse la incoherencia entre los argumentos para la interpretación restrictiva del fuero electivo y una de las soluciones que podría entenderse amparada por la LJCA respecto del acceso al TS en el caso de que, para la decisión del pleito, sean relevantes tanto normas estatales, como normas autonómicas. Si una norma estatal ha sido -y se explica debidamente que ha sido- determinante del fallo, y concurren los demás requisitos de admisión de la casación, la competencia funcional para conocer de ésta correspondería al TS (arts. 86.4, 89.2, 96.4 LJCA), sin perjuicio de que *también* puede alegarse la infracción de normas autonómicas y de que el TS *también* puede estimar el recurso por esa infracción.

La consecuencia es clara. Sólo si el único Derecho a considerar para resolver la pretensión fuera Derecho autonómico estaría justificada la interpretación restrictiva del fuero electivo. En otro caso la competencia funcional para la casación probablemente corresponda al TS, por lo que -podría pensarse- ningún inconveniente derivaría para la unidad jurisprudencial sobre un determinado Derecho autonómico si la competencia territorial correspondiera a un tribunal en cuya circunscripción no rija ese Derecho.

No obstante, tanto el argumento complementario que acabo de exponer, como las razonables objeciones de Ezquerro Huerva apuntadas antes, me parecen poco realistas si se tienen en cuenta cómo funciona en la práctica el acceso a la casación ante el TS. Son tales las restricciones a las que se sujeta ese acceso, que se corre el riesgo de que, en la jurisdicción contencioso-administrativa, no sólo sea difícil conseguir la unificación jurisprudencial sobre normas de Derecho estatal por el TS, sino que, a ese preocupante defecto del sistema, venga a añadirse el de que tampoco puede unificarse la jurisprudencia sobre cada Derecho autonómico. La aplicación de los ordenamientos autonómicos resultaría centrifugada a órganos jurisdiccionales sin ninguna conexión territorial con su ámbito de vigencia.

En conclusión, sobre esta materia:

1º) *Lege data* estimo plausible la tesis de que, en caso de impugnación de actos y disposiciones de una Comunidad Autónoma, sujetos, aunque no sea de modo exclusivo, a normas de la misma Comunidad Autónoma, el fuero electivo está limitado al supuesto de que el actor tenga el domicilio en la propia Comunidad Autónoma.

2º) *Lege ferenda* me inclino por la anterior limitación del alcance del fuero electivo, pero extendiendo el supuesto en el que sería aplicable a los casos de impugnación de actos o disposiciones de una Comunidad Autónoma, con independencia de cuál sea el origen de la norma aplicable. Esta solución simplifica el supuesto de hecho de la norma competencial, lo que evita inconvenientes declaraciones de incompetencia en un trámite avanzado del proceso. Responde adecuadamente a las razones de fondo de garantizar la plena efectividad del *iura novit curia* y, sin perjudicar la puesta en práctica de los instrumentos de unificación de la jurisprudencia sobre el Derecho estatal, garantiza la eficacia de los instrumentos previstos con la misma finalidad para los Derechos autonómicos.

5. UN APUNTE SOBRE LA LEGITIMACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS PARA IMPUGNAR ANTE LOS TRIBUNALES DEL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ACTOS Y DISPOSICIONES QUE AFECTEN AL DERECHO PRODUCIDO POR LAS MISMAS

Un segundo aspecto de la adecuación de la ordenación de la tutela jurisdiccional a la existencia de una pluralidad de ordenamientos, puede ser el de que las Comunidades Autónomas, como titulares de poderes de creación de ordenamientos propios, tengan atribuida legitimación para instar, ante los tribunales del orden contencioso-administrativo, la tutela jurisdiccional si un acto o disposición de otro poder público afecta indebidamente al ordenamiento propio de la Comunidad Autónoma.

Una potestad para defender judicialmente la integridad de los poderes de las Comunidades Autónomas dentro del ámbito en que pueden desarrollarse se establece en el art. 19.1, d LJCA.

No obstante, esa disposición no se limita a garantizar a las Comunidades Autónomas una defensa judicial de sus competencias, ni es el único instrumento jurídico del que las mismas disponen con esa finalidad.

En definitiva, en nuestro Derecho existen, en esta materia, dos instrumentos a disposición de las Comunidades Autónomas (y a la del Estado, en su caso), cuyo ámbito de aplicación no es fácilmente delimitable.

Por un lado están los conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional (arts. 59-72 LOTC), a través de los cuales el Estado y las Comunidades Autónomas pueden defender sus respectivos ámbitos de competencia y obtener la invalidación de los actos o de las disposiciones que invadan indebidamente aquel ámbito, aunque esos actos y disposiciones sean perfectamente válidos y eficaces con arreglo a los demás requisitos jurídicos que los mismos deben cumplir.

En teoría, la valoración de la validez y eficacia del acto o disposición por causas diferentes a las competenciales estaría excluida de los conflictos de competencia ante el Tribunal Constitucional. Pero, desde bien pronto, no ha sido así en la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional ³⁵, de modo que existe una imprecisa delimitación entre la adecuación del conflicto de competencias ante el Tribunal Constitucional y el proceso contencioso-administrativo ³⁶, aunque las inseguridades teóricas están prácticamente mitigadas por las drásticas normas del art. 61.2 y 3 LOTC (suspensión del proceso contencioso-administrativo y vinculación del tribunal ordinario a la sentencia del Tribunal Constitucional).

Por otro lado, las Comunidades Autónomas pueden impugnar ante los tribunales del orden contencioso-administrativo los actos y disposiciones del Estado y de otras Comunidades Autónomas “que afecten al ámbito de su autonomía” (art. 19.1,

³⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, II, Madrid, 1984, páginas 334-336.

³⁶ Una aproximación al problema en RIVERO GONZÁLEZ, Manuel, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, páginas 270-271.

d LJCA). Esta legitimación no limita a las Comunidades Autónomas a defender su ámbito competencial indebidamente afectado, sino que, presupuesta aquella afectación -que comprende algo más que la atribución competencial-, las habilita para obtener un pronunciamiento de disconformidad a Derecho del acto o disposición impugnados y otros pronunciamientos procedentes de acuerdo con el art. 71 LJCA³⁷.

6. UNIFORMIDAD, AL MENOS COMO TENDENCIA, DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE CADA ORDENAMIENTO Y RÉGIMEN DE LOS RECURSOS DE NATURALEZA CASACIONAL

Un tercer aspecto en el que se impone una adecuación entre la ordenación de la tutela jurisdiccional y la existencia de una pluralidad de ordenamientos en el Estado, es el del sistema de recursos. La adecuación requerida tiene un sentido muy específico: el régimen de los recursos habrá de posibilitar, e incluso favorecer, una razonable uniformidad de la jurisprudencia que se forme en la aplicación de cada uno de los ordenamientos.

Junto a las razones que, de modo general, justifican esa finalidad del sistema de recursos, concurre, en la materia que especialmente tratamos ahora, la peculiaridad de que los ordenamientos autonómicos tienen un ámbito territorial de vigencia más reducido que el del ordenamiento estatal, con el cual, por otra parte, están interrelacionados en los diversos modos que se apuntaron en el apartado 2.

De modo general, la uniformidad de la jurisprudencia -en cuanto razón de ser de los recursos y, especialmente, de algunos de entre ellos- se fundamenta en el principio de igualdad (art. 14 CE), en su faceta de igualdad en la aplicación de la ley, que impone que los casos sustancialmente iguales sean decididos con iguales criterios jurídicos, mediante la aplicación de la misma norma y del mismo modo interpretada³⁸. La sumisión del juez a la ley con independencia (art. 117.1 CE) implica, indiscutiblemente, el poder de apartarse del precedente, aunque ese apartamiento debería ser específicamente motivado³⁹.

La finalidad de alcanzar, al menos como tendencia, la uniformidad de la jurisprudencia también se fundamenta en el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE),

³⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, II, Madrid, 1984, página 312; RIVERO GONZÁLEZ, Manuel, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, páginas 272-273.

³⁸ TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, páginas 94-96, 164-165; BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Pamplona, 2002, páginas 127-128.

³⁹ TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, páginas 96-98, BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Pamplona, 2002, páginas 92-93, HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, 1991, páginas 130-132, 153-156, con críticas a la doctrina del TC.

porque facilita la predicción de la respuesta judicial a una pretensión de características similares a otras ya resueltas⁴⁰.

La unificación de la jurisprudencia, y sus fundamentos, adquieren una particular trascendencia cuando se trata del Derecho administrativo, por sus características de superabundancia de disposiciones, acelerada modificación de las mismas y complejidad de las relaciones existentes entre disposiciones de diferente rango y procedentes de distintos poderes de producción normativa⁴¹.

El logro de esa finalidad a través del sistema de recursos requerirá, normalmente, que se atribuya a un único órgano jurisdiccional la competencia funcional para conocer del recurso en el que deba revisarse la correcta interpretación y aplicación de las normas a un caso dado. La atribución de la competencia funcional a varios órganos jurisdiccionales abocaría, indefectiblemente, a la ruptura de la unidad jurisprudencial.

No obstante, la existencia de una pluralidad de ordenamientos vigentes en el mismo territorio en el que rige, a su vez, el ordenamiento jurídico estatal, permite, sin renunciar al objetivo de la uniformidad de la jurisprudencia, una solución diferente del mencionado tema de la competencia funcional, al tiempo que abre nuevos problemas en la ordenación de los recursos destinados a garantizar aquel objetivo.

En efecto, la competencia funcional puede ser atribuida a altos tribunales cuya circunscripción coincida con el ámbito territorial de vigencia de los ordenamientos autonómicos para que, cuando la interpretación y aplicación de sus normas sea relevante para la resolución del caso litigioso, sean aquellos tribunales los que garanticen la uniformidad de la jurisprudencia en el territorio en el que rigen⁴². Los problemas nuevos surgen al considerar los casos cuya solución requiere la aplicación tanto de normas estatales como autonómicas.

La clase de recurso idónea para la finalidad de uniformar la jurisprudencia también merece algún comentario.

Cualquier recurso devolutivo que permita someter asuntos resueltos por órganos jurisdiccionales en primera instancia a un órgano jurisdiccional de grado superior, hace posible que éste unifique los criterios jurídicos de decisión de casos iguales, eventualmente enjuiciados en primera instancia con criterios jurídicos indebidamente diferenciados. Ahora bien, en un recurso cuyo objeto se configure por la ley con gran

⁴⁰ BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Pamplona, 2002, páginas 126-127.

⁴¹ Puede verse útilmente, entre otros, RIVERO ORTEGA, Ricardo, "Igualdad, unidad y seguridad en la interpretación del Derecho administrativo", *RAP*, núm. 146, mayo-agosto 1998, páginas 85-127; del mismo autor, "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho", *RAP*, núm. 157, enero-abril 2002, páginas 89-118.

⁴² MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, II, Madrid, 1984, páginas 315, BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Pamplona, 2002, páginas 128-129; URETA DOMINGO, Juan Carlos, "Unidad del ordenamiento, unidad jurisdiccional y Estado de las Autonomías", *El Poder Judicial*, III, Madrid, 1983, páginas 2653-2694.

amplitud -en cuanto al reexamen de las cuestiones de hecho y de derecho del caso-, la finalidad de unificación jurisprudencial queda en un segundo plano⁴³. Prepondera sobre la misma el fin de lograr una más acertada y justa solución del caso singular, para lo que es determinante la correcta fijación y apreciación de las cuestiones de hecho.

El recurso de casación, de diversas maneras limitado al enjuiciamiento de la correcta interpretación y aplicación de las normas para resolver el objeto del proceso, es, en cambio, una clase adecuada de recurso para el cumplimiento de la finalidad de unificación de la jurisprudencia, al tiempo que preserva una más correcta interpretación de las normas⁴⁴.

Según como estén regulados algunos componentes del recurso de casación, la finalidad de uniformar la jurisprudencia adquiere prioridad respecto de otros fines del recurso. Ocurre esto con los recursos de casación que, en Derecho español, se ha dado en llamar “para la unificación de doctrina” y con determinados supuestos de “interés casacional”, en cuanto característica especial determinante de impugnabilidad objetiva en la casación civil. En esos regímenes de la casación, la admisión del recurso está específicamente condicionada a que la sentencia impugnada haya interpretado o aplicado las normas de modo contrario a como lo habían hecho otras sentencias sobre casos iguales (art. 217 LPL; arts. 96.1 y 2, 99.1 LJCA; art. 477.3, párrafo primero y dos primeros incisos LEC). La estimación o no del recurso dependerá de que el tribunal de casación considere o no infringida la norma material por la sentencia recurrida, pero, en todo caso, se habrá posibilitado que ese tribunal examine si la divergencia jurisprudencial que representa la sentencia recurrida debe ser considerada o no conforme a ley, con la consecuencia de confirmar, establecer o rectificar una determinada orientación jurisprudencial.

A) El sistema de recursos de la LJCA de 1998 y la garantía de la uniformidad jurisprudencial respecto de los ordenamientos autonómicos

Se trata de examinar ahora si el sistema de recursos de la LJCA posibilita, y en qué medida, la uniformidad jurisprudencial respecto de las normas autonómicas.

a) Uniformidad de la jurisprudencia en asuntos resueltos por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo

De una parte, la uniformidad de la jurisprudencia sobre los asuntos resueltos por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo -ciertamente, sin distinción según las normas relevantes para la sentencia sean autonómicas o estatales, porque ni el art. 8, ni el art. 81 LJCA confieren trascendencia a esa calidad- es sólo el producto marginal de

⁴³ TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, páginas 165-166.

⁴⁴ Sobre las funciones de la casación, véase TARUFFO, Michele, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, páginas 64-73, y, después de la información y el planteamiento crítico de esas páginas, la reinterpretación de los fines de nomofilaxis y uniformidad de la jurisprudencia en las páginas 86-98.

un recurso de objeto más amplio, como es el recurso de apelación. Además en aquellos supuestos en que este recurso es admisible según el art. 81 LJCA.

La ordenación resulta insuficiente para el objetivo de uniformidad de la jurisprudencia sobre el Derecho autonómico, primero, por las sentencias que son irrecurribles, y, segundo, por la posibilidad de que el conocimiento de los recursos de apelación corresponda a diversas Salas o Secciones de Sala del mismo TSJ:

La primera insuficiencia puede paliarse en la limitada medida -legitimación restringida, otras limitaciones de admisión y efectos limitados de la estimación- que lo posibilita el recurso de casación en interés de ley autonómica, previsto por el art. 101 LJCA. Similarmente respecto de la ley estatal si fuera una de esta naturaleza la determinante del fallo (art. 100 LJCA).

La segunda insuficiencia aparece principalmente en el caso de que la Sala superior en grado del Juzgado sea una Sala cuya circunscripción esté limitada a una parte del territorio de la Comunidad Autónoma (art. 2.2, 3 y 4 LDPJ). Si se trata de Salas de la misma sede o de Secciones de la misma Sala existe alguna posibilidad de paliar el defecto, porque la distribución de asuntos “teniendo en cuenta la naturaleza y homogeneidad de la materia a que se refieren los recursos” (art. 17.1 LJCA) permite que los recursos sobre materias similares sean conocidos por el mismo órgano jurisdiccional, que podrá mantener la unidad de doctrina en sus resoluciones.

En la medida en que no sea efectiva la técnica que se acaba de mencionar, y, en todo caso, si la atribución del conocimiento de la apelación depende de condicionamientos territoriales, la crisis del objetivo de uniformidad jurisprudencial deriva de que el art. 99.2 LJCA hace inadmisibles, en estos casos, la casación para unificación de doctrina sobre Derecho autonómico⁴⁵. Este apartado 2 del art. 99 -que tiene bastante de críptico- se refiere a una parte de las características de las resoluciones impugnables. A mi juicio, intenta abreviar la descripción de esas características y, en vez de reiterar los contenidos de los arts. 86.2 y 3 y 96.4 LJCA en cuanto a las reglas excluyentes de la recurribilidad⁴⁶, dispone que este recurso sólo procederá si la irrecurribilidad de la sentencia mediante alguno de los dos recursos de referencia es *exclusivamente* debida a lo dispuesto por el art. 86.4 -es decir: no puede alegarse una infracción relevante de normas de Derecho estatal o europeo-. Dicho de otro modo: este recurso no procederá si la irrecurribilidad de la sentencia es debida a causas -diferentes a la establecida en el art. 86.4- que también la excluyen en los recursos de referencia⁴⁷.

⁴⁵ Tampoco es admisible recurso de casación en interés de ley autonómica porque según el art. 101 LJCA sólo son recurribles mediante ese recurso las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

⁴⁶ En cambio sí que repite el requisito de una cuantía mínima, ya establecido en el art. 96.3 LJCA.

⁴⁷ Esta interpretación responde, por otra parte, a la razón de ser del establecimiento de este recurso en la LJCA de 1998, aclarando las dudas que suscitaba el art. 102,a de la LJCA de 1956 (reformada en 1992); sobre esto, véase RIVERO GONZÁLEZ, Manuel, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, páginas 817-818.

La conclusión es que las sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ no son recurribles mediante el recurso que estamos considerando, porque la irrecurribilidad de las mismas no deriva del art. 86.4 LJCA, sino de que no son sentencias dictadas en única instancia, como requieren los arts. 86.1 y 96.1 LJCA.

b) Uniformidad de la jurisprudencia en asuntos resueltos por sentencia en única instancia de una Sala de lo Contencioso-administrativo de TSJ

Hay que distinguir dos supuestos, partiendo de dos principales.

a') Sentencias irrecurribles

Este supuesto es el de las sentencias que, por sus cualidades o características o por la falta de las mismas, no son recurribles mediante recurso de casación (art. 86), recurso de casación para unificación de doctrina ante el TS (art. 96) o recurso de casación para unificación de doctrina ante una Sección especial de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ (art. 99).

Si la norma determinante del fallo es de Derecho autonómico no hay instrumentos procesales que permitan uniformar la jurisprudencia, ni siquiera con las limitaciones del recurso en interés de ley. Éste no sería admisible ante el TS, por lo dispuesto en el art. 100.2 LJCA, ni sería admisible su modalidad para casos de infracción de ley autonómica, porque el art. 101.1 lo limita a determinadas sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

Dependerá, en definitiva, de la Sala o Sección mantener la uniformidad -y realizar las modificaciones justificadas- de su jurisprudencia, teniendo presentes sus propios precedentes al resolver casos iguales.

Estimo que el defecto sólo puede resolverse con la adecuada reforma del art. 101, dado que no cabe establecer resoluciones recurribles que la ley evidentemente desconoce.

b') Sentencias recurribles mediante recurso de casación o mediante recurso de casación para unificación de doctrina

Si las sentencias son recurribles mediante los recursos de naturaleza casacional previstos por la LJCA (arts. 86 y siguientes, 96 y siguientes y art. 99) el objetivo de uniformidad de la jurisprudencia parece garantizado. Además la competencia funcional para resolver esos recursos puede ser atribuida de manera que, por una parte, no se resienta aquel objetivo, y, de otra, pueda descargarse a la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS de recursos que pueden ser adecuadamente tratados por las Salas de los TSJ.

Ese es el pretendidamente simple diseño de competencia funcional para los recursos extraordinarios previsto por la LJCA:

1º) Si el recurso pretende fundarse en infracción de norma de Derecho estatal o comunitario europeo -y concurren otros requisitos adicionales- la competencia para la resolución del recurso de casación (art. 86.4) y del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 96.4) corresponde a la Sala de lo Contencioso-

administrativo del TS (arts. 86.1 y 96.5) o, en algunos supuestos del segundo recurso, a una Sección de composición especial de esa misma Sala (art. 96.6).

2º) Sólo en infracción de “normas emanadas de la Comunidad Autónoma” puede fundarse un recurso de casación para unificación de la doctrina en Derecho autonómico (art. 99.1), cuya resolución corresponde a la competencia funcional de una Sección de composición especial de la Sala o Salas de lo Contencioso-administrativo del TSJ (art. 99.3).

No obstante, esta ordenación aparentemente impecable -cada órgano jurisdiccional tiene encomendada la función de uniformar la jurisprudencia en el ámbito de vigencia de cada ordenamiento- elude problemas básicos. Particularmente los relacionados con la doble fundamentación -en infracción de normas estatales y de normas autonómicas- del recurso de casación contra la misma sentencia. Ésta es una posibilidad nada improbable, porque un proceso no se realiza *para aplicar una norma*, sino para resolver un caso, para decidir sobre una pretensión, con arreglo a un conjunto de normas aplicables en atención a los hechos fijados en el proceso y a la petición formulada.

El régimen de la casación civil ha asumido la regulación expresa de la materia, atribuyendo a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ la competencia funcional para los recursos fundados en infracción tanto de norma de Derecho privado autonómico, como de norma estatal (art. 478 LEC), con la única excepción de que se haga valer infracción de norma constitucional, pues entonces la competencia corresponde al TS (art. 5.4 LOPJ)⁴⁸.

En el régimen de la casación en el proceso contencioso-administrativo las disposiciones más arriba mencionadas eluden el tratamiento expreso de esta materia. Y ello a pesar de que las posibilidades de que se plantee el problema son mayores que en materia de Derecho privado, porque si bien no todas las Comunidades Autónomas tienen Derecho privado propio, en cambio todas ellas cuentan con propio Derecho administrativo.

Por otra parte, los supuestos de doble infracción no son imposibles, ni irrelevantes en cuanto a la frecuencia estadística⁴⁹. Es más, la interrelación de los ordenamientos estatal y autonómicos propicia el planteamiento de aquellos supuestos. Por ejemplo: la completa regulación de cierta materia puede corresponder a una norma estatal básica y a una norma autonómica de desarrollo y ambas pueden ser infringidas - en el contenido normativo propio de cada una de ellas- en la resolución de un caso al que son aplicables. O situaciones sobre aplicación de normas, en las que puede entrar en juego la regla de supletoriedad del Derecho estatal: una interpretación errónea de una norma autonómica puede inducir a que, por la regla de la supletoriedad, se estime aplicable una norma estatal; ambas clases de normas habrán sido infringidas: la

⁴⁸ BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *El interés casacional. Infracción de doctrina jurisprudencial en el recurso de casación*, Pamplona, 2002, páginas 79-88; ORTELLS RAMOS, Manuel, con otros autores, *Derecho procesal civil*, Pamplona, 2002, páginas 575-577.

⁴⁹ CLAVERO ARÉVALO, Manuel, “Un Derecho degradado (ordenamiento autonómico y recurso de casación)”, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, II, Valencia, páginas 2184-2186.

autonómica por interpretación incorrecta y las estatales -tanto la regla de supletoriedad, como las normas supletorias- por aplicación indebida.

La única norma clara para los casos de doble infracción es la general del art. 5.4 LOPJ, que atribuye competencia al TS “cualesquiera que sean la materia, derecho aplicable y el orden jurisdiccional”.

Fuera de la aplicación de esa norma, la interpretación de la LJCA sobre esta materia es dudosa. Apuntaré por qué y cómo. Pero no me propongo tanto resolver esas dudas, cuanto advertir de las consecuencias que el modo de resolverlas tiene sobre la finalidad de uniformar la jurisprudencia sobre normas autonómicas y -en cuanto guarda relación- también sobre las estatales.

A mi modo de ver, hay cierta diferencia, en cuanto a la forma de referirse a la incidencia sobre el recurso de la norma que se afirma infringida, entre el art. 86.4 (ciertas sentencias “sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo”) y el art. 99.1 (“Este recurso sólo podrá fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma”).

El primer precepto admite una doble interpretación -fácilmente descartable para el segundo-:

1ª) Aunque el recurso sea admitido, e incluso estimado, por infracción de norma estatal, no podrá ser admitido ningún motivo que se funde en infracción de norma autonómica (art. 93.4 LJCA).

2ª) Si el recurso es admitido por motivo de infracción de norma estatal, puede serlo *también* por infracción de norma autonómica, y la sentencia final del recurso versará sobre la infracción de las normas del ordenamiento aplicables al caso, sean de Derecho estatal, sean de Derecho autonómico.

Esto es lo que, con todos los matices que se quiera, acaba haciendo la STS (Sala tercera, Sección tercera) 6 julio 2002, ED 2002/13643. El recurso se fundó en infracción del art. 140 CE y de unos artículos del Texto Refundido de la Ley del Suelo estatal, porque la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ había aplicado una ley autonómica que establecía como preceptiva en el caso una autorización de la Administración autonómica, además de la del Ayuntamiento.

El TS constata que no podría examinar la aplicación que la Sala ha realizado de la norma autonómica:

“debemos precisar, ante todo, el sentido de nuestra intervención cuando, como aquí ocurre, nos encontramos con que en el centro del debate se hallan normas aprobadas por la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Y es que, tal como resulta del artículo 152 de la Constitución y de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tras la reforma que en ella operó la Ley 10/1992, de 30 de abril, la interpretación del Derecho Autonómico corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia, mientras que al Tribunal Supremo le compete asegurar la correcta interpretación del ordenamiento jurídico estatal. Por eso, el recurso de casación, cuando se trata de actos de las Comunidades Autónomas, sólo procede si se imputa a la Sentencia recurrida la infracción de una norma no emanada de aquéllas que sea relevante y determinante del fallo, según resulta del artículo 93.4 de la Ley Jurisdiccional. Y la nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, es aún más clara a este respecto en su artículo 86.4”.

Pero, a continuación indica que

“en el presente caso, lo que se debate es la procedencia de la autorización que el legislador autonómico ha atribuido a la Administración titular de la carretera en el artículo 44.1 de la Ley castellano-manchega. Y se discute con argumentos que ofrecen la Constitución y la ley estatal. No significa abandonar el campo que nos corresponde precisar cuáles son las exigencias que emanan de éstas últimas. Es decir, del Derecho del Estado, de las normas que establecen el principio de autonomía municipal y de las que lo aplican al ámbito de las licencias para edificar. Y tales presupuestos normativos nos conducen a considerar que es al ayuntamiento a quien toca resolver la solicitud cuando, como aquí sucede, se trata de una edificación en una travesía. Sostener esa posición, que lleva a la estimación del motivo de casación, no significa, sin embargo, que entendamos contrario a la Constitución el citado precepto de la Ley autonómica 9/1990. El recurrente sí lo dice en algún pasaje de su escrito de interposición, pero en otros habla de una utilización abusiva por la Administración de la facultad que el artículo 44.1 de ese texto legal le confiere. Pues bien, lo que ha sucedido aquí es que no se ha tenido en cuenta que no concurren las circunstancias que el propio precepto establece para que proceda, también, la autorización autonómica”.

Si se me permite la síntesis: estima la casación, aplicando debidamente normas de Derecho estatal inaplicadas, y corrige la aplicación de la norma autonómica, que la sentencia de instancia había aplicado a un caso no comprendido en el supuesto de hecho de la misma.

Por otra parte, la STS (Sala tercera, Pleno) 24 enero 1996, RJ 1996\589, en relación con el antecedente del actual artículo 86.4, sostenía que

“El punto de inflexión del precepto y de la cuestión procesal en examen, lo constituye, por tanto, el determinar si lo que está en juego -por decirlo abreviadamente- es derecho autonómico o si, por el contrario, además de éste o exclusivamente se controvierte sobre normas estatales o extra-autonómicas, pues solamente cuando esto último suceda será admisible el recurso de casación, siempre y cuando tales normas sean de suficiente entidad como para determinar el sentido del fallo judicial, lo que remite a un juicio de relevancia al que se aludirá más adelante”.

Las opiniones doctrinales no se expresan con la claridad que sería deseable en un asunto de esta importancia, pero parecen inclinarse por la primera posibilidad apuntada⁵⁰. Xiol Ríos sí que se refiere directamente al tema e indica que

“Cuando se invocan como infringidas, conjuntamente, normas emanadas del Estado y de la Comunidad Autónoma, la cuestión deberá resolverse examinando si entre las normas cuya infracción se invoca existe alguna procedente del Estado o de la Unión Europea directamente aplicable que sea relevante y determinante, por sí misma o en relación con otras emanadas de la Comunidad Autónoma, para el fallo. Un caso particular se produce cuando la norma de la Comunidad Autónoma que se dice infringida desarrolla una ley básica estatal, que a su vez puede considerarse infringida. Si la norma autonómica desarrolla una ley básica del Estado, aportando contenidos diferentes de aquélla, la norma infringida relevante y determinante del fallo será la autonómica y no cabrá recurso de casación. Ahora bien, si la

⁵⁰ BARNÉS, Javier, MONTOYA, Encarnación, GONZÁLEZ-DELEITO, Nicolás, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, dir. LEGUINA VILLA, Jesús, SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, Valladolid, 1999, página 431; RIVERO GONZÁLEZ, Manuel, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, páginas 740-742; SÁINZ MORENO, Fernando, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, núm. 100, 1999, páginas 624-625

norma autonómica, en cuanto norma infringida, se limita a reproducir la norma básica estatal, de tal manera que sea reconocible la infracción de ésta, la norma infringida relevante y determinante del fallo será la del Estado y no existirá obstáculo alguno a la admisibilidad del recurso de casación”⁵¹.

La necesidad de aducir infracción de norma estatal, no es dudosa; la cuestión es si, con la anterior, puede también alegarse infracción de norma autonómica. De la segunda parte del comentario de Xiol parece deducirse una respuesta negativa.

Veamos ahora las repercusiones sobre la finalidad de unificación de la jurisprudencia.

Si prevalece la primera posibilidad interpretativa, la consecuencia es que sobre las normas autonómicas no existirá más posibilidad de uniformar la jurisprudencia que la que las propias Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ propicien, mediante el respeto y la modificación justificada de sus propios precedentes.

Si, por el contrario, se acepta la segunda alternativa de interpretación se abre una posibilidad de que la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS forme jurisprudencia sobre asuntos que requieren la aplicación conexa de normas autonómicas y de normas estatales. Ese resultado es plausible, pero también ha de tenerse en cuenta que genera una quiebra del objetivo de uniformidad de la jurisprudencia, porque si la jurisprudencia del TS sobre normas autonómicas diverge de la jurisprudencia de los TSJ formada exclusivamente sobre normas autonómicas, ni es admisible la casación para unificación de doctrina ante el TS, porque el art. 96.2 lo limita a las sentencias dictadas por las Contencioso-administrativo de los TSJ contradictorias con las dictadas por el TS, ni la misma casación ante la Sección de composición especial de la Sala de Contencioso-administrativo del TSJ, dado que sólo es admisible en caso de divergencias jurisprudenciales entre Salas o Secciones del mismo TSJ.

La duda sobre el tratamiento de los casos de doble infracción conduce a otras consecuencias indeseables para las diferentes alternativas de actuación procesal que pueden considerarse:

1ª) Puede que la parte, ante la restricción que ha de arrostrar para la admisión de la casación ante el TS, prescinda de hacer valer la infracción de la norma estatal y opte por fundamentar el recurso sólo en la infracción de la norma autonómica. En primer término, eso supone asumir dificultades adicionales de admisión, porque ante las Salas de lo Contencioso-administrativo del TSJ no está previsto un recurso de casación (digamos) “común”, sino sólo el recurso de casación para unificación de doctrina, cuya admisión depende de que se evidencien determinadas contradicciones jurisprudenciales. Pero, en segundo lugar, esta solución práctica que las partes pueden seguir significa, de hecho, la postergación de la unificación jurisprudencial sobre las normas de Derecho estatal e, incluso, la indiferencia frente a sus eventualmente

⁵¹ XIOL RIOS, Juan Antonio, “El recurso de casación en la jurisdicción contenciosos-administrativa: resoluciones recurribles y causas de inadmisión”, *Cuestiones sobre la competencia surgidas con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000. 8/2000/páginas 225-339. Código CA000807, apartado II.2, E, d.

incorrectas interpretación y aplicación, dado que su infracción no puede fundar este recurso (art. 99.1).

2ª) Se ha apuntado como posible solución el doble recurso⁵². A favor de esta tesis concurre la razón de que la ley establece la admisibilidad de cada uno de los recursos extraordinarios en función de resoluciones recurribles diferenciadas: el art. 86, para la casación ante el TS; el art. 96, para la casación para unificación de doctrina ante el TS, en casos en que no cabe la casación (digamos) “común”; y, con clara exclusión de los dos anteriores (véase el art. 99.2 LJCA) la casación para unificación de doctrina ante los TSJ. Y, tras esta diferenciada determinación de las resoluciones recurribles, no hay norma que prohíba el uso de los recursos que, simultáneamente, puedan ser admisibles en función de las características de la resolución impugnada. Evidentemente, no es aplicable con ese fin, y de modo supletorio, el apartado 2 del art. 478 LEC, porque la consecuencia de no tener por presentado el recurso ante el TS sólo está justificada en el sistema de la LEC, porque éste sí que da solución satisfactoria a los supuestos de doble infracción.

No obstante, las dificultades técnicas de esta solución me parecen insuperables por vía interpretativa. ¿Cómo articular dos sentencias de fondo simultáneamente decisorias de dos aspectos jurídicos del mismo objeto procesal? El art. 1732 de la LEC de 1881 (introducido por Ley de 30 de abril de 1992) estableció, en su momento, una norma adecuada a ese fin: el TS, competente para la casación por infracción de precepto constitucional, en caso de desestimación debía remitir los autos al TSJ competente para resolver sobre los otros motivos. Pero no caben aplicaciones analógicas -y, menos aún, que no sean estrictamente tales- de normas no vigentes.

c) Unificación de la jurisprudencia sobre normas autonómicas en asuntos resueltos en única instancia por las Salas de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y del TS

Consideramos estos supuestos simplemente para apurar todas las posibilidades lógicas, aunque es muy improbable que, para la resolución de las pretensiones que competen a los tribunales mencionados sean relevantes -y, menos aún, de manera exclusiva- normas autonómicas.

Obviamente excluido el recurso previsto en el art. 99, sólo cabe considerar la admisibilidad del recurso de casación y del recurso de casación para unificación de doctrina ante el TS, pero ya hemos tratado en el apartado anterior de las dificultades de hacer valer, en esos recursos, infracciones de normas autonómicas, aunque sea conjuntamente con la de normas estatales.

B) Los requisitos, relacionados con la naturaleza de la norma infringida, de admisión de la casación ante el TS, y la desprotección de la finalidad de unificación de la jurisprudencia sobre normas de Derecho estatal

⁵² CLAVERO ARÉVALO, Manuel, “Un Derecho degradado (ordenamiento autonómico y recurso de casación)”, *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, II, Valencia, páginas 2186-2187.

Hemos visto en el anterior apartado A las múltiples limitaciones al objetivo de uniformar la jurisprudencia sobre cada ordenamiento autonómico por el TSJ en el ámbito de vigencia de cada uno de ellos.

Pero no menos que lo anterior merece destacarse un tema conexo, como es el de la correspondiente preservación de esa uniformidad respecto de normas de Derecho estatal.

Este último objetivo tiene singular importancia en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo porque -sin perjuicio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- es en el ámbito encomendado a este orden jurisdiccional donde se dan las principales posibilidades de interpretación y aplicación del ordenamiento estatal y de los ordenamientos autonómicos -dado que el contenido de los últimos es, principal, y a veces exclusivamente, jurídico-público- y, consiguientemente, también las más frecuentes oportunidades de aplicación de las normas estatales de interrelación de los ordenamientos.

En principio, parece que el objetivo tiene suficiente cobertura con el sistema de recursos. Vienen a garantizarlo el recurso de casación ante el TS, el recurso de casación para unificación de doctrina ante el mismo Tribunal y -con todas sus limitaciones y singularidades- el recurso de casación en interés de la ley ante el TS, para las sentencias no impugnables mediante los dos recursos citados en primer lugar, siempre que, para todos estos recursos, hayan podido ser infringidas normas estatales.

Efectivamente, en el plano abstracto de las resoluciones impugnables que han aplicado o podido aplicar normas estatales, el sistema no tiene fisuras.

No obstante, el juicio debe cambiar si la cuestión se considera en el plano más concreto de las efectivas probabilidades de admisión de los recursos previstos, que es lo que realmente permite que el TS examine si la norma estatal ha sido o no debidamente interpretada y aplicada y que reconduzca estas interpretación y aplicación a una jurisprudencia uniforme y evolutiva con la debida justificación.

La crónica sobrecarga de asuntos de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS conduce a una regulación rigurosa de los requisitos de admisión del recurso, rigor que suele acentuarse en el momento de su aplicación. De modo que muchos asuntos no pueden acceder, por la aplicación concreta del régimen de admisión, a la función nomofiláctica y de unificación jurisprudencial del TS, a pesar de ser normas estatales las relevantes para la solución de los casos.

De hecho, las sentencias de las Salas de lo Contencioso-administrativo de los TSJ tienen grandes probabilidades de ser las que adquieran firmeza. De esa manera, si bien la uniformidad jurisprudencial sobre las normas de Derecho autonómico tiene importantes lagunas, respecto de las normas de Derecho estatal -incluidas las de articulación de los ordenamientos, que son normas en todo caso estatales- existe una tendencia real y práctica a la disgregación de su interpretación y aplicación entre los diferentes Tribunales Superiores de Justicia⁵³.

⁵³ HERNÁNDEZ MARTÍN, Valeriano, *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, 1991, página 166. En el voto particular de RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ a la STS (Sala tercera, Pleno) 24 enero 1996 (RJ 1996\589) se advierte acertadamente que: “No es ocioso añadir, sin

Cabe anotar, en fin, un fenómeno que puede considerarse paradójico dada la habitual tendencia de las Comunidades Autónomas a ampliar y reforzar sus competencias frente al Estado. En cuanto la admisión de un recurso de casación ante el TS presupone la afirmación de la relevancia del Derecho del Estado para la resolución del caso, cabría esperar cierta retracción de las Comunidades Autónomas respecto de la presentación de estos recursos. En definitiva, estos implican cierto reconocimiento de una reducción de la aplicabilidad de los ordenamientos propios, al menos para la resolución de casos concretos.

El estudio de las resoluciones del TS deja, por el contrario, la impresión de que las Comunidades Autónomas prefieren mejorar sus expectativas de obtener una tutela jurisdiccional favorable -en definitiva del TS, si es necesario- a adoptar una posición institucional de defensa de la aplicabilidad de su Derecho propio y de afirmación de la supremacía de los TSJ en el enjuiciamiento de tal aplicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Simplemente a título de ejemplo, la STS (Sala tercera, Sección tercera) 12 enero 2000 (ED 2000/210) hace notar a la representación procesal de la Comunidad Autónoma del País Vasco que “toda la fundamentación de la sentencia gira sustancialmente en torno a norma de la propia Comunidad, en concreto sus Leyes 6/1989 y 2/1993, y los sucesivos Decretos de dicha Comunidad que han regulado el complemento cuestionado en el proceso, unos, en relación con los funcionarios de su Administración General, y otros, en relación con los Cuerpos docentes”.

Y la STS (Sala tercera, Sección tercera) 20 julio 2000 (ED 2000/23505) indica que “la Administración recurrente (la Junta de Galicia) pretende que corriamos la interpretación que la Sala sentenciadora ha hecho respecto del apartado 2º, letra b) del artículo 18.2 de la Ley 4/88, de 26 de mayo, de la Función Pública de Galicia, y que terciemos en el debate sobre las funciones de la Comisión de Personal prevista en dicha Ley, en cuanto órgano de asesoramiento que ha de informar previamente, con carácter preceptivo, determinadas disposiciones de aquella Administración que afectan a sus funcionarios. La pretensión, repetimos, es inadmisibles en el recurso de casación por mera aplicación del artículo 93.4 de la Ley Jurisdiccional”.

embargo, que la cuestión planteada es esencial para los principios de unidad y armonía del ordenamiento jurídico y para la función constitucional de este Tribunal Supremo en el Estado de las Autonomías, sin que sea de compartir ninguna interpretación restrictiva del artículo 93.4 de la LJCA que permita cerrar el acceso al Tribunal Supremo de recursos de casación que trasciendan en forma clara la esfera propia de las «cuestiones autonómicas». La determinación de los casos y materias en los que procede el recurso de casación por aplicación de la excepción que, respecto de las cuestiones «no autonómicas», establece el artículo 93.4 de la LJCA requiere una interpretación flexible y muy matizada en la que se debe ponderar la imbricación profunda que existe siempre entre el Derecho estatal y los ordenamientos autonómicos”.

C) El requisito del art. 86.4 LJCA y la justificación de su concurrencia en el acto de preparación del recurso. Su interpretación y aplicación jurisprudencial

La clave de la restricción del acceso a la casación ante el TS, y que afecta tanto al recurso de casación (art. 86.4 LJCA), como al recurso de casación para unificación de doctrina (art. 96.4 LJCA), radica en dos normas interrelacionadas, pero que no se confunden.

La norma contenida en el art. 86.4 está formulada en el contexto de la regulación de las resoluciones recurribles, aunque, como veremos, no sólo establece un requisito de recurribilidad objetiva.

La segunda norma, que formula principalmente el art. 89.2 LJCA, establece, más claramente que la primera, un requisito formal de los actos del recurso, en concreto del acto de preparación.

a) El requisito del art. 86.4: naturaleza y ámbito de aplicación

a') Naturaleza del requisito

Tiene importancia examinar esta cuestión porque influye -o debería influir- en la posibilidad de subsanación de un eventual incumplimiento del requisito.

Respecto de la naturaleza del requisito han de considerarse dos posibilidades. Puede ser un requisito atinente a la impugnabilidad objetiva, a la determinación legal de las características de la resolución para ser recurrible. La segunda posibilidad es la de que se trate de un requisito formal que debe ser cumplido en algún acto del recurso y que influye en su admisión. También cabe la posibilidad de que el art. 86.4 establezca requisitos de las dos calidades acabadas de apuntar.

Me inclino por la tercera posibilidad, por las razones, con el alcance y con las repercusiones que expondré a continuación.

En principio, por el contexto de la disposición, parece que el art. 86.4 está fijando una de las características para que una sentencia sea recurrible en casación ante el TS. No obstante, enseguida es evidente que tal característica no es, ni puede ser, la de que la sentencia haya infringido normas de Derecho estatal o de Derecho comunitario europeo. Eso no serviría para determinar la resolución recurrible, sencillamente porque en eso radica el fondo del recurso, el fundamento para su estimación o desestimación. Realmente la disposición, aunque se refiere a la infracción mencionada, no la considera como existente, sino como invocada.

Llegamos así a la segunda alternativa sobre la naturaleza del requisito del art. 86.4. Lo importante para la disposición es que el recurso pretenda fundarse en la infracción de normas de Derecho estatal o de Derecho comunitario europeo.

Es decir, el art. 86.4 estaría estableciendo un requisito formal del recurso, que ha de ser cumplido en uno de los actos del mismo -el acto de preparación (art. 89.2)-. El recurrente ha de expresar su voluntad de fundamentar el recurso en la infracción de una determinada clase de normas. Es el hecho de que realice o no esa expresión lo que influirá en la admisión del recurso.

Ahora bien, en el abigarrado contenido del art. 86.4 hay un componente que no puede ser considerado formal, sino que es algo que concurrirá o no -sea cual sea la actividad del recurrente al preparar el recurso- en la sentencia que se pretende recurrir. Concretamente esto: que las normas -en cuya infracción se fundamentará el recurso- “hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora”.

Este requisito es uno de los elementos del tratamiento restrictivo al que se somete el acceso a la casación ante el TS.

El legislador, preocupado por evitar la invocación oportunista de normas a los efectos de conseguir el acceso a la casación, no considera suficiente la repercusión limitativa que tendrá la doctrina de la exclusión de las “cuestiones nuevas” en casación⁵⁴ y establece esta norma expresa.

Sobre su interpretación ha de concluirse:

1º) Que la norma haya sido invocada oportunamente en el proceso, significa una remisión a las posibilidades procesales previstas y reguladas en los arts. 56, 64 y 65 LJCA.

2º) La consideración de la norma por la Sala sentenciadora resulta de lo que consta en la propia sentencia. Es indiferente que esta consideración, en el caso de que la norma no hubiera sido alegada por las partes, haya sido precedida del cumplimiento de lo prescrito por los arts. 65.2 y 33.2 LJCA, o que, indebidamente y con infracción del principio de contradicción, la Sala haya prescindido de ese cumplimiento⁵⁵

Por otra parte, el requisito formal que, sin duda, establece el art. 86.4 no está acabadamente formulado en esa disposición, sino que se completa con lo dispuesto en el art. 89.2 como después veremos. La ley no se conforma con el preanuncio, por parte

⁵⁴ Sobre la misma y el tema correlativo de la vigencia del principio *iura novit curia* en el recurso de casación, GUZMÁN FLUJA, Vicente C., *El recurso de casación civil*, Valencia, 1996, páginas 122-134.

⁵⁵ Sobre la segunda situación mencionada, tiene interés el voto particular de FERNÁNDEZ MONTALVO, a la STS (Sala tercera, Pleno) 24 enero 1996 (RJ 1996\589): “Quiere decirse que sentencias eventualmente incongruentes con las pretensiones de las partes o que aborden, en hipótesis, motivos susceptibles de fundar la demanda o la oposición, basados en normas de rango constitucional, no planteados por las partes y sin haber hecho uso el Tribunal de la facultad que le reconoce el artículo 43.2 LJCA, no pueden quedar extramuros del recurso de casación ante el Tribunal Supremo por la aplicación exclusiva del requisito derivado de los artículos 93.4 y 96.2 LJCA. Es ésta una interpretación injustificadamente restrictiva que no encuentra su apoyo en la redacción literal de los preceptos, ni es acorde con los criterios hermenéuticos atendibles, especialmente atentos al cumplimiento de la función atribuida al Tribunal Supremo de homogeneizar el sentido interpretativo de normas constitucionales. No se advierte qué razón puede reservar el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, cuando se trate de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia respecto a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, a sólo las sentencias congruentes que hayan observado adecuadamente los límites del debate procesal. Cómo un eventual reproche adicional de vulneración de normas procesales e, incluso, de garantías procesales constitucionalizadas, puede hacer inmunes a la revisión casacional de este Tribunal a sentencias incluidas en el ámbito del artículo 93.4 LJCA, al atribuirles el recurrente razonablemente una infracción relevante del bloque de constitucionalidad”.

del recurrente, de una determinada fundamentación del recurso, sino que requiere la formulación de unas alegaciones justificativas.

También esta ampliación sigue siendo un requisito formal, porque lo decisivo es que el recurrente haya formulado o no tales alegaciones. Más dudoso es hasta qué punto la apreciación de si las alegaciones formuladas corresponden a lo que resulta de la sentencia recurrida puede influir en los controles de admisión previos a la sentencia final del recurso. Trataremos esta cuestión en el siguiente apartado b).

Cuanto llevamos dicho hasta ahora debe tener, por el momento, las siguientes consecuencias:

1ª) El tribunal *a quo* puede comprobar si las normas en cuya infracción se preanuncia que será fundamentado el recurso fueron invocadas oportunamente o consideradas por la Sala. En caso negativo deberá tener el recurso por no preparado, porque no se dirige contra una resolución susceptible de casación (art. 90.1), dado que le falta uno de los requisitos objetivos necesarios para tener esa cualidad.

2ª) El cumplimiento del requisito formal también previsto en el art. 86.4 ha de ser igualmente examinado por el tribunal *a quo* -sin perjuicio de lo que después aclararé sobre el alcance de tal examen- pero, en tal caso, el tribunal estará comprobando “si el escrito de preparación cumple los requisitos previstos en el artículo anterior” (art. 90.1, en relación, entre otros, con el art. 89.2 y, a través del mismo, con el art. 86.4).

b’) Ámbito de aplicación del requisito

El juego de los arts. 86.4, 87.1, 89.2 y 96.4 LJCA parece apoyar la conclusión de que el ámbito de aplicación de los requisitos del art. 86.4 está generalizado a todos los recursos de casación ante el TS.

No obstante, basta una aproximación a determinadas cuestiones para comprobar que los requisitos considerados tienen una aplicación sujeta a matizaciones y limitaciones no aparentes en el texto de la ley y, a veces, problemáticas.

a’’) Aplicación al recurso de casación para unificación de doctrina

Los requisitos se establecen, inicialmente, para el recurso de casación que podríamos llamar “común” ante el TS. No obstante, parece que es también aplicable al recurso de casación para unificación de doctrina ante el TS, porque el art. 96.4 dispone que en ningún caso serán recurribles con este recurso las sentencias “que quedan excluidas del recurso de casación en el artículo 86.4”.

El problema surge al determinar de qué modo sería controlable en este recurso el cumplimiento de los requisitos examinados.

El procedimiento de la casación para unificación de doctrina no prevé un acto de preparación previo y diferenciado respecto del acto de interposición, sino que comienza con este último acto (art. 97.1 LJCA). Esta técnica procedimental posibilitaría incluso prescindir del especial requisito formal de los arts. 86.4 y 89.2, porque como el acto de interposición comporta la completa fundamentación del recurso, cabe prescindir de un preanuncio parcial de motivos.

Pero el verdadero problema surge con el control de admisión, porque el art. 97.3 lo limita a que el escrito de interposición cumpla “los requisitos previstos en los apartados anteriores” (los apartados 1 y 2 del art. 97, entre los que no se halla, al menos con claridad, el requisito formal del art. 89.2) y a que “se refiera a una sentencia susceptible de recurso de casación para unificación de doctrina”.

Es decir: estrictamente procedería la inadmisión si la norma estatal que se alega como infringida no hubiera sido alegada en el proceso, ni considerada en la sentencia (falta de un requisito objetivo de recurribilidad), pero la omisión de alegaciones suficientemente detalladas sobre la relevancia de la infracción para el fallo de la sentencia recurrida no podría fundar la inadmisión del recurso, sin perjuicio de conducir a su desestimación en definitiva.

No hay razones que justifiquen esta diferencia de trato con el recurso de casación *tout court*. Cabe pensar que, con apoyo en la difusa remisión del art. 87.7 y en que la exposición de “la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida” es uno de los requisitos previstos en el art. 97.1, se concluirá que la falta de específico razonamiento sobre la infracción y su relevancia es causa de inadmisión que puede apreciar el tribunal *a quo*.

b’’) Requisitos del art. 86.4 y motivos del recurso

En el actual régimen del proceso civil, para la casación hay un único motivo consistente “en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones del pleito” (art. 477.1 LEC). Estas normas, salvo excepciones cuestionadas, serán normas de Derecho material rectoras del juicio sobre el fondo del asunto⁵⁶.

Por el contrario, en el recurso de casación del proceso contencioso-administrativo (art. 88.1) subsiste la tradicional pluralidad de motivos de casación. Los del apartado 1, letras a, b y c del art. 88 consisten en la infracción de normas procesales. Sólo el art. 88.1, d, comprende la infracción de normas de Derecho material, aunque también podría incluirse la de algunas normas procesales que cumplen una función similar a las materiales -por ejemplo: las que asignan valor probatorio legal a algún medio de prueba o las que rigen la carga de la prueba-.

Esto debe tener una clara consecuencia en cuanto a la aplicación de los requisitos que nos ocupan. Si el recurso pretende fundarse en motivos que implican infracción de norma procesal, los requisitos mencionados no son de aplicación, porque la norma infringida es estatal (art. 149.1.6ª CE). Tal vez la apreciación del motivo de incompetencia requiera, en algunos casos, examinar complementariamente cómo se ha interpretado Derecho autonómico que sea relevante para aplicar las normas de competencia judicial de los tribunales del orden contencioso-administrativo, pero, en todo caso, el motivo siempre involucrará el debido cumplimiento o la infracción de los arts. 8 al 14 de la LJCA.

A mi juicio, preanunciada la fundamentación del recurso en los motivos procesales del art. 88.1, los requisitos de los arts. 86.4 y 89.1 deben considerarse

⁵⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, con otros autores, *Derecho procesal civil*, Pamplona, 2002, páginas 582-587.

inaplicables, al menos en cuanto los motivos apuntados. El tribunal *a quo* debería proceder de modo análogo al previsto por el art. 93.4, pero en cuanto a los motivos de infracción del Derecho material si, respecto de estos, los requisitos no se hubieran cumplido.

A pesar de ciertas confusiones, por acumulación de argumentos en la motivación, entiendo que resuelven de este modo los siguientes autos de la Sala tercera del TS:

1º) ATS (Sala tercera, Sección tercera) 21 mayo 2002 (ED 2002/52198), que estima la queja contra el auto de inadmisión del tribunal *a quo*

“ya que en el escrito de preparación se ha manifestado por los recurrentes el propósito de fundamentar el recurso de casación en la infracción de normas de Derecho estatal, concretamente, el artículo 67 de la Ley Jurisdiccional y la jurisprudencia que en aquel escrito se invoca. Ahora bien conviene advertir que la anunciada infracción del artículo 67 -antes artículo 80 de la LRJCA de 1956- al no haber decidido la sentencia -según sostienen los recurrentes- todas las cuestiones controvertidas en el proceso debe ampararse en el motivo del artículo 88.1.c) -y no en el d)- de la LRJCA, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia”.

2º) El ATS (Sala tercera, Sección tercera) 1 julio 2002 (ED 2002/52255) hace lo mismo con los siguientes argumentos:

“en el escrito de preparación la recurrente manifiesta su propósito de fundamentar el recurso de casación en la infracción de normas de Derecho estatal, concretamente la que ha sido antes mencionada. A ello debe añadirse que, como quiera que la carga procesal impuesta a la recurrente por el artículo 89.2, en relación con el 86.4, de la vigente Ley de esta Jurisdicción, sólo cobra sentido en relación con el motivo casacional previsto en el artículo 88.1.d) - conserva todo su valor la jurisprudencia elaborada a propósito de los artículos 93.4 y 96.2 del texto anterior- y en el escrito de preparación se anuncia que el recurso se interpondrá también al amparo del artículo 88.1.c) -por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen las garantías procesales- debe considerarse que la resolución impugnada no es ajustada a Derecho, puesto que la recurribilidad de la sentencia, ex artículo 86.4, no depende tanto del Derecho considerado en el proceso como de la naturaleza estatal o no de la norma en cuya infracción pretenda fundarse el recurso”.

Ciertamente podría apuntarse otra interpretación, que haría aplicables los requisitos del art. 86.4 cualquiera que fuera la naturaleza del motivo en el que el recurrente quisiera fundar el recurso. Consistiría en entender que el juicio de relevancia debe hacerse respecto de la norma estatal aplicable para resolver el fondo del asunto, de modo que en defecto de lo anterior el recurso sería inadmisibile, a pesar de una patente infracción de norma estatal procesal. Y la razón, a su vez, de esta interpretación podría ser la de que al legislador sólo le importaran los casos en que estuviera en juego la correcta aplicación del Derecho estatal material, de modo que le resultaría indiferente que unos motivos procesales estuvieran o no fundados si, sea de esto lo que sea, el Derecho estatal en ningún caso puede ser aplicado al caso del pleito.

Estimo que esta hipotética interpretación choca con el art. 86.4 que, para admitir el recurso de casación, no distingue la naturaleza de la norma estatal que puede ser infringida. Incluso la expresión de que “sea relevante y determinante del fallo”, tanto puede referirse al sentido -estimatorio o desestimatorio- del fallo, cuanto a que el fallo deba ser o no pronunciado; es decir, deba ser o no dictado pronunciamiento sobre el fondo, que es lo que depende de la aplicación de las normas procesales.

c'') Requisitos del art. 86.4 y autos recurribles en casación

También ha de ser cuestionada la aplicabilidad del art. 86.4 en el recurso de casación contra autos que autoriza, respecto de ciertas clases de esta resolución, el art. 87.

En principio, hay una razón para excluir la aplicabilidad, que es la naturaleza procesal de las normas que han podido ser aplicadas y, consiguientemente, infringidas por los autos que menciona el art. 87 LJCA.

Este argumento se hace valer en la jurisprudencia del TS sobre esta cuestión - por ejemplo: ATS (Sala tercera, Sección primera) 30 octubre 2000 (ED 2000/67018); ATS (Sala tercera, Sección primera) 30 octubre 2000 (ED 2000/67019)-.

Puede destacarse, por su exposición detallada respecto de cada clase de auto, el ATS (Sala tercera, Sección primera) 21 junio 2000 (ED 2000/43755), para el que el requisito del juicio de relevancia de una norma estatal infringida

“no sirve, sin embargo, cuando el objeto de impugnación son los autos a que se refiere el art. 87, ya que en estos casos no son normas de derecho autonómico los que están en juego sino normas procesales, y por tanto estatales -art. 149.1.6ª de la C.E.- cuya interpretación y aplicación corresponde inequívocamente a este Tribunal Supremo.

En efecto, los tres tipos de autos susceptibles de recurso de casación a los que se refiere el art. 87.1 de la Ley Jurisdiccional no son sino otras tantas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva a que se refiere el art. 24 de la Constitución, es decir, al acceso al recurso -los del apartado a)- a la efectividad del fallo -los del apartado b)- y a la eficacia, ya provisional o definitiva, de lo juzgado -los de los apartados c) y d)-. En ninguna de dichas resoluciones entrará normalmente en juego preceptos autonómicos.

Ninguna duda ofrece al respecto las resoluciones del apartado a) -su naturaleza procesal, en cuanto inadmite o impide la continuación de un proceso ya iniciado, es indudable- ni las del b) -la resolución que pone fin a una medida cautelar puede ser anterior a la propia demanda, por lo que puede hasta desconocerse cual va a ser el precepto o preceptos sustantivos que se consideren infringidos-. Mayor duda puede revestir, en principio, los autos a los que responden los apartados c) y d), dado que en estos casos existe ya una sentencia, y se conoce, por tanto, cual ha sido el derecho aplicado. Ocurre, sin embargo, que en estos supuestos, y a diferencia de lo que sucede con las sentencias y demás autos susceptibles de recurso de casación, no son invocables -al menos en lo que ahora interesa- dichos motivos, sino tan sólo los que expresamente establece el art. 87.1.c), es decir, que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente en la sentencia o que contradigan lo ejecutoriado”.

Ahora bien, en la cuestión que ahora tratamos hay un dato adicional a tener en cuenta. El art. 87.1, al establecer la recurribilidad en casación de determinados autos, la delimita previamente acotándola a “los mismos supuestos previstos en el artículo anterior”.

El problema es la interpretación de esta regla limitativa, sobre todo en cuanto a su remisión al requisito del art. 86.4.

Según una opinión, el requisito de la relevancia ha de referirse a las normas rectoras del pronunciamiento contenido en el auto impugnado⁵⁷. Ahora bien, dado

⁵⁷ XIOL RÍOS, Juan Antonio, “El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa: resoluciones recurribles y causas de inadmisión”, *Cuestiones sobre la competencia*

que, como se ha hecho notar antes, esas normas son en todo caso procesales, realmente el requisito no sería limitativo de las resoluciones recurribles. Se podría producir, además, la situación absurda de que la sentencia definitiva del proceso no fuera recurrible en casación, mientras que sí lo serían resoluciones de diversa manera instrumentales respecto del proceso en que se puede dictar o se ha dictado aquella sentencia.

Otra interpretación⁵⁸, que me parece más correcta, refiere la comprobación del requisito a la sentencia que ha sido dictada, o que puede dictarse, en el proceso en el que se ha dictado el auto que se pretende impugnar. Para esto es necesario ajustar la interpretación del art. 86.4 y en varios sentidos:

1º) Los autos del art. 87.1, a y b pueden dictarse cuando la sentencia no se haya pronunciado e, incluso, antes de la formalización de la demanda (arts. 51 y 129.2 LJCA), por lo que no cabe referir el juicio de relevancia a la infracción de una norma estatal, sino, en todo caso, a la norma estatal -todavía no infringida- como rectora de la cuestión de fondo. Incluso con esta matización es difícil ajustar la interpretación del requisito para aplicarla a los autos dictados cuando la demanda no está formalizada. La STS (Sala tercera, Sección Tercera) 25 noviembre 2002 (ED 2002/51455), que sigue esta interpretación⁵⁹, encuentra base para resolver el problema en que la exposición del *fumus boni iuris* de la medida cautelar solicitada demuestra que las únicas normas relevantes en el proceso principal son normas autonómicas.

2º) En el supuesto de autos del art. 87.1, c, si la sentencia ejecutada es firme, el requisito consistirá en que la pretensión haya sido estimada con fundamento en normas estatales, prescindiendo de todo hipotético juicio sobre si la infracción afectó a otra clase de normas.

3º) En el supuesto de autos del art. 87.1, d (denegación o concesión de la ejecución provisional) el cumplimiento del requisito ha de vincularse al

surgidas con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial, 2000. 8/2000/páginas 225-339. Código CA000807, apartado II.2, H.

⁵⁸ La sostienen, aunque sin fundamentarla, IRURZUN MONTORO, Fernando, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, 1998, página 745; SAINZ MORENO, Fernando, en AA. VV., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, REDA, núm. 100, 1999, página 636.

⁵⁹ En su fundamento jurídico 5º hace notar que: “[...] a tenor del artículo 87.1 de la vigente Ley Jurisdiccional, los autos de medidas cautelares sólo son susceptibles de recurso de casación "en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior", y éste (artículo 86.4), a su vez, dispone que las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora.

De modo que si el litigio principal versa sobre la aplicación de normativa autonómica y la sentencia que a él ponga término no tiene, por ello, acceso a la casación, tampoco lo puede tener el auto dictado en la pieza de medidas cautelares, aunque para ello se invoque la norma de la Ley Jurisdiccional (artículo 130) que concreta en qué casos ha de accederse a la tutela cautelar”.

correspondiente cumplimiento del mismo en el recurso contra la sentencia de la que se pide ejecución provisional.

b) El requisito del art. 89.2

Este requisito no es más que el desarrollo del requisito formal ya establecido por el art. 86.4, cuando subordina la admisión de la casación a que la misma pretenda fundarse en la infracción de normas estatales y comunitarias europeas.

Ese desarrollo es extraordinariamente restrictivo. Y tal restricción se une a la que ya se produce en la regulación de las resoluciones recurribles.

Atendidas las características del requisito formal del art. 86.4 -el recurso se fundamentará en la infracción de cierta clase de normas- el control del mismo hubiera debido demorarse al trámite de admisión ante el TS, porque, una vez formulados los motivos del recurso en el acto de interposición (art. 92), podrá comprobarse si alguno de ellos no cumple los requisitos del art. 86.4.

Frente a este posible tratamiento, la LJCA -y la aplicación judicial de la misma- imponen otro, con diversas dificultades que se superponen y acaban impidiendo, con frecuencia, la sentencia sobre el fondo del recurso.

a') Primera restricción: control por el tribunal a quo

Con la finalidad de reducir, en lo posible, la remisión de los autos al TS, el art. 90.1 atribuye expresamente a la Sala *a quo* la potestad de controlar el cumplimiento del requisito en el acto de preparación. Éste, para que sea posible el control mencionado, es regulado con un contenido más complejo, como después veremos.

De este modo, el TS sólo conocerá de esta cuestión, en su caso, mediante el recurso de queja.

b') Segunda restricción: no es suficiente preanunciar el motivo del recurso

Para conseguir el resultado que hemos apuntado en el precedente apartado a') hubiera bastado -y esto, en verdad, ya alteraba el desarrollo ordinario del recurso- imponer al recurrente la carga de preanunciar el motivo del recurso, manifestando la norma estatal o de Derecho comunitario europeo que se sostiene que ha sido infringida. Con esto y con la comprobación -que la Sala *a quo* puede hacer a la vista de los autos- de que tal norma fue alegada en el proceso o tenida en cuenta en la sentencia, la Sala está en condiciones de resolver sobre si el recurso ha sido o no bien preparado.

No obstante, el legislador da, también aquí, una vuelta de tuerca a la dificultad para el cumplimiento del requisito formal y establece que, en el acto de preparación, se justifique que la infracción de la norma estatal o de Derecho comunitario europeo ha sido relevante y determinante del fallo (art. 89.2).

En atención a esto el TS desestima recursos de queja o inadmite de otro modo recursos de casación con fundamento en que

“debe considerarse que no se ha efectuado el juicio de relevancia exigido por el art. 89.2, pues en modo alguno se justifica, en el sentir de la parte recurrente -no bastando, a tal efecto, la cita en bloque de las reseñadas disposiciones estatales- que la infracción de una norma de Derecho estatal haya tenido relevancia, determinando el fallo recurrido”⁶⁰.

O también con el razonamiento de que, para la admisión del recurso,

“es el recurrente quien en su escrito de preparación del recurso de casación ha de justificar que la infracción de la norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia, con explicitación de cómo, por qué y de qué forma ha influido y ha sido determinante del fallo, sin que ni siquiera sea suficiente la mera cita apodíctica de los preceptos que se reputan infringidos”⁶¹.

c') Tercera restricción: el alcance del control del requisito de explicar la relevancia

Esta tercera restricción no tiene un preciso origen en la ley, sino que proviene del modo en que la práctica judicial -de los TSJ y del TS al resolver los recursos de queja- ha entendido el alcance del control de admisión previsto por el art. 90.1 LJCA (“Si el escrito de preparación cumple los requisitos previstos en el artículo anterior”).

En este aspecto caben diferentes grados de rigor y ha sido la práctica judicial la que se ha orientado hacia los de rigor máximo.

En su límite mínimo el control del requisito podría quedar ceñido a comprobar que el escrito de preparación no se limita a mencionar las normas de Derecho estatal infringidas, sino que explica, aunque sea de manera sintética, que la interpretación y aplicación de esas normas ha influido concretamente en el pronunciamiento de la sentencia impugnada⁶².

En cuanto al límite máximo, este control de admisión no puede en ningún caso autorizar la apreciación de si la norma, cuya interpretación y aplicación se alega como determinante, ha sido o no infringida por la sentencia recurrida. Ésta es la cuestión de fondo del recurso. Poder resolverla en el control de admisión del acto de preparación significaría, en realidad, enjuiciar de modo anticipado el fondo del recurso, y poder desestimarlos de la misma manera. Ésta técnica existe en la LJCA (art. 93.2, c y d),

⁶⁰ El fundamento jurídico es del ATS (Sala tercera, Sección primera) 23 abril 2001 (ED 2001/34214), pero en similares términos se pronuncian ATS (Sala tercera, Sección primera) 19 marzo 2001 (ED 2001/11437); ATS (Sala tercera, Sección primera) 9 febrero 2001 (ED 2001/11339); ATS (Sala tercera, Sección primera) 8 julio 2002 (ED 2002/52269); ATS (Sala tercera, Sección primera) 4 febrero 2002 (ED 2002/52168).

⁶¹ STS (Sala tercera, Sección Tercera) 14 diciembre 2000 (ED 2000/44824).

⁶² En este sentido, por ejemplo, el ATS (Sala tercera, Sección primera) 1 julio 2002 (ED 2002/52255) estima que “el examen del escrito de preparación del recurso de casación pone de manifiesto la formulación del juicio de relevancia exigido en el artículo 89.2 de la Ley de esta Jurisdicción, pues la parte recurrente ha pretendido fundar su recurso en infracción de normas de derecho estatal, y en el expresado escrito razona, en su sentir, por qué la infracción de normas estatales ha sido relevante y determinante del fallo recurrido, al afirmar que “el recurso de fundamenta en infracción de normas de carácter estatal (Real Decreto 118/91, de 25 de enero), relevantes y determinantes del fallo que se recurre, en tanto afecta al fraude contractual de sucesivos contratos de interinaje, habiendo sido invocadas en el proceso y consideradas por la Sala”.

pero está reservada al control de admisión que puede hacer el TS y, además, sólo por las dos causas establecidas en los apartados c y d del art. 93.2.

Queda un grado, aparentemente intermedio, en el alcance del control, que es el que siguen la mayoría de las resoluciones del TS.

Como descripción sintética de este criterio sobre el alcance del control puede valer la formulada por la STS (Sala tercera, Pleno) 14 enero 1996 (RJ 1996\589) respecto del art. 93.4 LJCA 1956 (redacción 1992), precepto antecedente al que ahora estudiamos: “El punto de inflexión del precepto y de la cuestión procesal en examen, lo constituye, por tanto, el determinar si lo que está en juego - por decirlo abreviadamente- es derecho autonómico o si, por el contrario, además de éste o exclusivamente se controvierte sobre normas estatales o extra-autonómicas, pues solamente cuando esto último suceda será admisible el recurso de casación, siempre y cuando tales normas sean de suficiente entidad como para determinar el sentido del fallo judicial, lo que remite a un juicio de relevancia al que se aludirá más adelante”.

En definitiva, no basta con la comprobación de que se ha explicado la relevancia para el fallo de la norma que se afirma infringida y de que esa explicación se ha referido concretamente a la sentencia impugnada, sino que puede examinarse - con influencia sobre la admisión- la entidad misma del juicio de relevancia, la realidad de la relevancia argumentada por el recurrente⁶³.

A mi juicio, esta amplitud del control del requisito considerado conduce a establecer una causa de inadmisión por enjuiciamiento anticipado -y resultado de desestimación- del fondo del recurso. En efecto, si se puede entrar a valorar si el recurrente tiene o no razón en la alegación de la relevancia de determinada norma - cuya infracción afirma- para el fallo de la sentencia que impugna, es tanto como sostener que puede apreciarse que tal norma no ha sido infringida en el concepto de inaplicación indebida, porque no procedía su aplicación para resolver el objeto del proceso. Un puro juicio de fondo anticipado, pero realizado por un tribunal - perfectamente puede hacerlo el tribunal *a quo*- y por unas causas que, a la vista de lo dispuesto por su art. 93.2, la LJCA no prevé.

⁶³ Así se hace, a veces con discutible acierto en varias resoluciones: STS (Sala tercera, Pleno) 14 enero 1996 (RJ 1996\589); STS (Sala tercera, Sección séptima) 12 enero 2000 (ED 2000/210); STS (Sala tercera, Sección tercera) 25 noviembre 2002 (ED 2002/51455); STS (Sala tercera, Sección cuarta) 19 enero 2002 (ED 2002/2481); STS (Sala tercera, Sección segunda) 23 febrero 2002 (ED 2002/4494).

d') Cuarta restricción: el carácter insubsanable del incumplimiento o cumplimiento imperfecto del requisito

Para remachar la técnica restrictiva que se aplica al requisito en examen, también la práctica judicial -no la ley, dado que el art. 138 LJCA permitía otras soluciones- ha entendido que el incumplimiento o el cumplimiento imperfecto del requisito son insubsanables⁶⁴.

Como base de esta interpretación restrictiva de la posibilidad de subsanación - en realidad, tan restrictiva que llega a excluirla- se aduce, en ocasiones, que el incumplimiento del requisito en cuestión es un vicio sustancial y que el art. 129 LJCA 1956 (ahora art. 138 LJCA) sólo permite subsanar los defectos formales, no los de carácter material o sustancial⁶⁵.

En primer lugar, no cabe estar de acuerdo con esta calificación del requisito, al menos en lo que refiere a la explicación del juicio de relevancia. La distinción entre requisito formal y requisito material no es una distinción entre algo de menor y de mayor importancia, sino una distinción de esencia. En este sentido, haber formulado o no, en determinado acto escrito, ciertas alegaciones -la explicación del juicio de relevancia- es una cuestión de forma, porque la parte puede cumplir el requisito a su voluntad, atendiendo, con la debida técnica jurídica, a lo que la ley dispone. A diferencia -por utilizar un ejemplo de la materia que nos ocupa- de si la sentencia ha considerado o no, o se han alegado o no en el proceso las normas que ahora se afirman infringidas. Este sí es un requisito objetivo, que concurrirá o no, prescindiendo de lo que pueda querer el recurrente.

En segundo lugar, los defectos de forma en los actos procesales sólo afectan a su validez y eficacia si implican ausencia de los requisitos indispensables para que alcancen su fin o si determinan efectiva indefensión (art. 240.1 LOPJ). En definitiva, la forma de los actos procesales no se justifica por sí misma, sino por la función que debe cumplir: posibilitar la defensa de las partes o cualquier otra función legítima en el proceso⁶⁶.

Razonablemente puede sostenerse que el fin o función del requisito de forma que se estudia es -en palabras del voto particular de García Manzano al ATC (Sala primera, Sección primera) 10 enero 2000 (RTC 2000\3 AUTO)- “evidenciar o poner de manifiesto ante el órgano judicial «a quo», es decir, la Sala sentenciadora, que el

⁶⁴ Entre otras resoluciones, ATS (Sala tercera, Sección primera) 23 marzo 2001 (ED 2001/11442); ATS (Sala tercera, Sección primera) 5 mayo 2000 (ED 2000/31929); STS (Sala tercera, Sección cuarta) 3 abril 2002 (ED 2002/13991). El TC ha entendido que esta interpretación no viola el derecho a la tutela judicial efectiva, en su contenido de derecho a los recursos: ATC (Sala primera, Sección primera) 10 enero 2000 (RTC 2000\3 AUTO); STC (Sala segunda) 17 septiembre 2001 (RTC 2001\181).

⁶⁵ Así en ATC (Sala primera, Sección primera) 10 enero 2000 (RTC 2000\3 AUTO); STC (Sala segunda) 17 septiembre 2001 (RTC 2001\181). Y en las resoluciones del TS: ATS (Sala tercera, Sección primera) 23 marzo 2001 (ED 2001/11442); ATS (Sala tercera, Sección primera) 23 abril 2001 (ED 2001/34214); ATS (Sala tercera, Sección primera) 19 marzo 2001 (ED 2001/11437).

⁶⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, JUAN SÁNCHEZ, Ricardo, CÁMARA RUIZ, Juan, *Derecho Procesal. Introducción*, Valencia, 2º, 2003, páginas 325-326.

Derecho controvertido no es autonómico sino estatal y que, por ello, la vía casacional no está cerrada, a pesar de que el acto administrativo o la disposición general impugnados (objeto del proceso administrativo) hayan sido producidos por un Ente autonómico”.

Consiguientemente debería admitirse la subsanación cuando, bien sea por las circunstancias objetivas del proceso -exclusivamente se ha considerado Derecho autonómico-⁶⁷, bien sea porque la parte ha preanunciado la fundamentación del recurso en específicas disposiciones de Derecho estatal⁶⁸, quede claro que el fondo del recurso versará sobre infracción de norma estatal y lo único que se haya omitido sea la explicación del juicio de relevancia.

⁶⁷ Así en el caso considerado por el ATC (Sala primera, Sección primera) 10 enero 2000 (RTC 2000\3 AUTO), hacía notar el voto particular de García Manzano que: “La pregunta surge de inmediato: ¿se ha de justificar lo no necesitado de justificación? Sería ello convertir la justificación en este caso no ya en un mero formalismo sino en un puro y simple «nominalismo». Tal parece que bastaría con decir en el escrito de preparación alguna fórmula similar a ésta: «justifico que recurro porque entiendo que la Sala de instancia infringió, por interpretación errónea, el art. 3.1 b) del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, norma estatal». Si el demandante que no vio satisfecha su pretensión, en proceso administrativo que no está excluido -por materia y cuantía- de casación, discrepa de la sentencia que le es desfavorable, y la única norma aplicada y aplicable, interpretada y considerada por la Sala sentenciadora, es una norma emanada del Estado, de su potestad reglamentaria, tal como el mencionado Real Decreto, y es la única, sin posibilidad de confusión con cualesquiera otras, ni estatales ni autonómicas, obligar a decir que no está en cuestión derecho emanado de la Comunidad Autónoma”.

⁶⁸ No ocurrió así, por ejemplo, en el caso considerado por el ATC (Sala primera, Sección primera) 10 enero 2000 (RTC 2000\3 AUTO): “En este sentido, como pone de relieve el Auto impugnado, la inobservancia del expresado deber de justificación, «ex» art. 96.2 LJCA, llega al extremo de que ni siquiera se indican las normas concretas que se reputan infringidas, limitándose la recurrente a afirmar que «el recurso se funda en el cuarto de los motivos previstos en el art. 95 de la LJCA»”. Tampoco en el caso tratado por la STC (Sala segunda) 17 septiembre 2001 (RTC 2001\181): el recurrente se limitó a decir que “la infracción se trata de normas no emanadas de la Comunidad de Murcia”, de modo que “ni siquiera se indican qué norma de (sic) reputan infringida”.



**ESTUDIOS
DE DERECHO PROCESAL**
PROCESO LABORAL

LAS LLAMADAS «PRÁCTICAS DE VERANO»: ALGUNAS CUESTIONES JURÍDICO-PRÁCTICAS^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Estudiante de Derecho en la Facultad de Derecho
Universitat de València

ÍNDICE

1. Introducción y método
2. Datos de la realidad.
3. Naturaleza jurídica de la relación de prácticas.
 - 3.1. Servicios amistosos.
 - 3.2. Contrato de arrendamiento de servicios.
 - 3.3. Contrato de trabajo.
 - 3.4. Contrato de aprendizaje.
 - 3.5. Donación de cláusula modal.
4. Problemas prácticos.
 - 4.1 La cobertura de riesgos del estudiante
 - 4.2 La simulación de una relación de prácticas.
5. Conclusiones.
6. Criterios para la regulación de algunos aspectos de las prácticas de estudiantes en empresas.

^(*) Publicado en *Boletín Asociación Española de Directores y Jefes de Personal*, Documento Nº 14, julio, 1974, pp. 20-28.

Publicado también, en *Cuadernos de Derecho del Trabajo*, 2º época, año 3, 1974, Nº 0, Sociedad de Estudios Laborales-Selsa, pp. 115-122.

1. INTRODUCCIÓN Y MÉTODO

Frecuentemente la realidad social ofrece relaciones difícilmente encuadrables de las hipótesis normativas. En ocasiones esta dificultad se convierte en imposibilidad. En este estado se encuentran las relaciones de prácticas de verano.

En nuestro estudio seguiremos el siguiente método:

— Consideración de los intereses sociales que están en juego en un programa de prácticas de verano.

— Consideración de las distintas opciones para la calificación jurídica de una relación de prácticas de verano.

— Estudio de dos problemas concretos de gran interés práctico: la cobertura de riesgos del estudiante y la ocultación fraudulenta de contratos de trabajo eventuales.

— Por último, a la vista de las conclusiones, expondremos nuestra opinión sobre qué extremos deberían ser regulados y en qué sentido deberían serlo.

Las abreviaturas utilizadas son:

CC, que significa Código Civil

JS, que significa Jurisprudencia Social (Publicación del Ministerio del Trabajo).

LBSS, que significa Ley de Bases de la Seguridad Social.

LCT, que significa Ley de Contrato de Trabajo.

STS, que significa Sentencia del Tribunal Supremo.

T.A.I, que significa Texto Articulado primero.

2. DATOS DE LA REALIDAD

La relación empresa-estudiante se presenta en la realidad social de formas diversas por la concurrencia de caracteres distintos.

Hay ya diversidad en el modo de iniciar los contactos. Algunas empresas los entablan directamente con el estudiante (por amistades personales, recomendaciones) o a través de los medios de información. En otras empresas estas primeras relaciones se oficializan, dirigiéndolas a través de los Centros docentes (Secretarías, Decanatos, Cátedras o Departamentos interesados) que incluso colaboran en una primera selección de candidatos. En otras ocasiones (aunque esta modalidad no nos consta que se practique por empresas de nuestro país) puede iniciarse estas relaciones a través de servicios de trabajo estudiantiles.

Una empresa con un programa de prácticas de verano, está cumpliendo un objetivo de relaciones públicas de cara a los Centros Docentes en que se educan los candidatos. Esta es la principal finalidad. Accidentalmente, con los datos de las prácticas de verano se forman previsiones de contratación de titulados superiores y medios y se obtiene una cierta utilidad de los servicios efectivamente prestados por el estudiante.

El estudiante que realiza las prácticas persigue sobre todo ejercer sus conocimientos teóricos con los medios que la empresa pone a su disposición (y que quizá en otra parte no puede encontrar). Derivadamente de lo anterior obtendrá o no

beneficios económicos inmediatos. Este no es su interés principal como se demuestra comprobando que muchos estudiantes (sobre todo técnicos) aceptarían realizar las prácticas gratuitamente.

A través de cualquiera de aquellas modalidades a que nos referíamos, estos intereses se articulan en una relación empresa-estudiante.

Dos tipos característicos podemos observar en esta relación: las prácticas de verano no retribuidas; las prácticas de verano retribuidas (en concepto de beca, de salario...). No es necesario extendernos más sobre esta distinción, cuya importancia se advertirá al analizar los problemas jurídicos y prácticos. De cualquier modo nos parece que con un programa de prácticas no retribuidas, difícilmente la empresa podrá lograr los objetivos de relaciones públicas.

Una definición descriptiva de la relación de prácticas estudiante-empresa podría ser: es una relación jurídica o simplemente amistosa, en virtud de la cual, de una parte, la empresa facilita al estudiante sus locales y sus medios para que practique sus conocimientos y se obliga, en su caso, a abonarle una retribución, y, de otra parte, el estudiante se compromete a realizar los trabajos encomendados bajo la supervisión de un empleado y a respetar las normas de régimen interior de la empresa.

3. NATURALEZA JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE PRÁCTICAS

Esta relación es susceptible de ser asimilada a varias categorías jurídicas.

3.1 Servicios amistosos

La calificación de servicios amistosos la creemos correcta cuando el estudiante presta un servicio, de una cierta utilidad, sin recibir retribución de ningún tipo, sólo por la ventaja que le supone tener medios adecuados para practicar sus conocimientos.

Esta categoría de Servicios está excluida de la regulación por la legislación laboral (Art. 2.º, 6, LCT). La jurisprudencia señala como indicios de esta situación: prestación de servicios esporádicos sin sujeción a jornada, inexistencia de retribución y de ánimo de lucro en el agente que haya surgido de una cierta relación personal con el empresario (STS 15-2-52; STS 16-6-61).

La relación de servicios amistosos tiene, a mi entender, la naturaleza de un acuerdo sin sanción jurídica (*gentleman's agreement*). Por este acuerdo el estudiante asegura que acudirá a los locales de la empresa en unas horas determinadas, durante un período de tantos días o meses, para realizar una concreta actividad. La empresa, por su parte, mantiene que le permitirá realizar este trabajo en sus locales con sus materiales, durante el tiempo fijado.

Si una de las partes incumpliera no podría ser jurídicamente compelida a cumplir, por la misma naturaleza del pacto que originó la relación. Ahora bien si, en algún momento, el empresario entregara al estudiante una cantidad de dinero en cualquier concepto, no podría repetir su pago, pues se hizo en cumplimiento de una obligación natural (Derecho Civil..., Castán, III, pág. 94). En efecto, nos parece que el estudiante podría probar que la entrega se le hizo por una justa causa -los servicios más o menos útiles que prestó- eximiéndose de la devolución. (Art. 1901 CC).

Por estos razonamientos, aunque el estudiante, estimulado por su propio interés, se sometiera a la jornada de trabajo y ejerciera su actividad dentro de la organización de la empresa, no podríamos mantener que exista una relación laboral ni que el estudiante sea un trabajador en sentido jurídico. En efecto, al ser la relación laboral un entramado de obligaciones no puede decirse que aparece cuando faltan en la realidad aquellas obligaciones.

Sin embargo, es de notar que quizá en una situación como la que describimos pueda prosperar, en supuestos de conflicto, la presunción del artículo 3.º LCT.

3.2 Contrato de arrendamiento de servicios

Por contrato de arrendamiento de servicios se entiende aquel por el que una parte se obliga a prestar un servicio a otra por precio cierto (Art. 1544 CC).

La aplicabilidad de esta categoría depende de dos condiciones: que la empresa retribuya al estudiante; que el estudiante preste servicios de alguna utilidad.

En efecto, esta categoría jurídica presenta elementos concurrentes con otros de la relación de prácticas: así por ejemplo, la ajenidad (Ver: Bayón-Chacón, Pérez-Botija, Manual..., Vol. I, págs. 15 y sigs.).

Es de notar, no obstante, que el estudiante en prácticas suele someterse, por lo general, a un horario de trabajo y a dirección del supervisor de sus actividades. Estas características excluyen la naturaleza civil del contrato como se deriva, por ejemplo, de las STS de 19-5-1954, 29-10-1954, 2-12-1954 (todas las cuales mantienen un concepto rígido de dependencia) y también de otras que mantienen un concepto más elástico de la dependencia como las Ss.T.S. 382 (JS-1965) y 20/66 (JS).

En conclusión, parece que nos encontramos con las notas típicas de la relación laboral.

3.3 Contrato de trabajo

Atendiendo a los artículos 1, 2 y 6 de la LCT y marginando las menciones incorrectas e inútiles, podría definirse el contrato de trabajo como aquel por el cual, cualquiera sea su denominación, una persona se obliga a prestar un servicio de carácter manual o intelectual por cuenta y bajo la dependencia de otra persona a cambio de una retribución.

Esta definición debería completarse necesariamente con una referencia a la regulación del contrato según las condiciones legales (Art. 9 LCT).

¿Puede encuadrarse la relación de prácticas de verano en esta categoría jurídica? Según que tipo de relación de prácticas de verano y según que requisitos. Veámoslo.

Aunque esta relación de prácticas surge siempre de modo convencional, la presencia o ausencia de determinados requisitos modifica su naturaleza jurídica.

Aparte del supuesto estudiado en 3.1, podemos distinguir dos formas contractuales distintas por su diversa causa: un contrato que tiene su causa en la liberalidad de la empresa y un contrato con causa onerosa.

Para que pueda afirmarse que la relación de prácticas de verano es un contrato con causa onerosa, hemos de contar con dos datos básicos: (1) la existencia de retribución por parte de la empresa; (2) que los servicios prestados por el estudiante sean efectiva y principalmente útiles para la empresa, independientemente de que puedan aprovechar al estudiante.

En tal caso ese contrato con causa onerosa sería un auténtico contrato de trabajo eventual. Originaría una auténtica relación laboral con las características esenciales que a la misma le atribuye, la fundamental STS 20/66 (JS): dependencia entendida como inserción del trabajador en la esfera organicista, rectora y disciplinaria del empresario.

Este contrato originaría no sólo los derechos y obligaciones en él contenidos, sino también todas las derivadas de las leyes laborales, ordenanzas y, en su caso, de los convenios colectivos y reglamentos de régimen interior.

En pocas palabras: la relación de prácticas de verano puede establecerse mediante un contrato de trabajo eventual. Otra cosa bien distinta es que se establezca así general mente en la práctica y, más aun, que sea esta la forma correcta y adecuada de establecerla.

Se puede afirmar que la relación de prácticas no se establece generalmente como contrato de trabajo porque una relación propiamente laboral no es la buscada por la empresa que toma la iniciativa en esta relación. La empresa no pretende la utilidad de los servicios del estudiante y, en consecuencia, no acepta asumir la importante situación derivada de un contrato de trabajo. Igualmente el estudiante no está capacitado, la mayoría de las veces para soportar las responsabilidades y cumplir las funciones de un determinado puesto de trabajo.

Apuntemos finalmente, dos importantes problemas prácticos que pueden surgir:

— La relación de prácticas de verano puede «aparecer» como un contrato de trabajo eventual. Esta apariencia, en caso de conflicto empresa-estudiante, podría poner en juego la presunción del artículo 3 LCT y el inciso del artículo 1 de la misma Ley («cualquiera sea su denominación»), de constante apreciación por la jurisprudencia en el sentido de que independientemente de la opinión de las partes, si una relación jurídica presenta las notas esenciales de la relación laboral, está sometida a tal legislación.

— Por el contrario, un contrato de trabajo eventual puede «aparecer» como una relación de prácticas de verano, con el consiguiente fraude de la legislación laboral y de Seguridad Social.

3.4 Contrato de aprendizaje

Esta referencia tiene solo objeto de agotar las posibilidades metodológicas.

La lectura del Título III, Libro II de la LCT nos deja una idea bastante exacta de los supuestos contemplados por el legislador: en el aprendizaje se persigue la formación práctica de trabajadores dedicados a tareas preferentemente manuales, para que consigan una cierta cualificación (puede constatarse este objetivo leyendo los artículos 122 y 123 LCT). Sólo pensando que la regulación de LCT va dirigida a unas estructuras empresariales poco desarrolladas y de carácter casi familiar, se comprenden artículos como el 131, 137, 139, 140. A causa igualmente de esta

regulación cuasi-familiar de la relación de aprendizaje, se exigen una serie de formalidades para su contratación (artículos 144 y siguientes LCT).

Las prácticas de verano poca relación tienen con el aprendizaje como no sea el hecho material de que se perfeccionan los conocimientos en ambos casos.

Por lo demás, ni el ámbito en que se realizan las prácticas de verano – normalmente empresas de gran envergadura_ es el ámbito para el que se pensó la relación de aprendizaje, ni la empresa piensa asumir funciones tutelares del estudiante, ni el estudiante cree necesario un período de aprendizaje para ser clasificado como obrero calificado en su industria. Evidentemente tampoco se siguen las formalidades legales para la contratación del aprendizaje.

3.5 Donación con cláusula modal

Las prácticas de verano retribuidas y sin relación, ni real ni formal, con el contrato de trabajo eventual admiten correctamente la calificación de situaciones derivadas de una donación con cláusula modal.

La empresa, siguiendo sus fines de relaciones públicas, establece un programa de prácticas de verano y determina unas cantidades a recibir por los estudiantes, en concepto de beca. En lo que al Derecho respecta, esta conducta ha de considerarse como liberal (ni la Ley la impone, ni la empresa se la auto-impone para conseguir una concreta ventaja económica).

Sin embargo, no es una donación pura: la empresa está interesada en que el estudiante haga las prácticas. Con este fin impone en «modus donandi», la asistencia al centro de trabajo, el respeto de las normas de régimen interior y un cierto trabajo propio de la especialidad del estudiante.

El cumplimiento del «modus donandi» hace «aparecer» al estudiante como trabajador cuando realmente es el beneficiario de una acción doblemente liberal de una empresa privada: la facilitación de instrumentos de trabajo y la entrega de una cantidad de dinero como beca.

Esta forma de articular la relación de prácticas de verano, distintamente a lo que sucedía con los servicios amistosos, sí que está contemplada por el ordenamiento jurídico y, en caso de conflicto, podría ser objeto de adecuada sanción en base de los artículos 619 y 622 del CC.

Finalmente, hay que indicar que las cuestiones prácticas aludidas en 3.3 pueden suscitarse igualmente en esta figura jurídica.

4. PROBLEMAS PRÁCTICOS

Independientemente de los problemas de calificación jurídica de la relación de prácticas de verano, se plantean, como consecuencia de la no regulación de la misma, algunas cuestiones prácticas de gran interés. Estudiaremos concretamente dos: la protección del estudiante frente a diversos riesgos y la posibilidad de disimular un contrato de trabajo eventual bajo una relación de prácticas de verano.

4.1 La cobertura de riesgos del estudiante

La protección del estudiante puede, en principio, hacerse efectiva por tres sistemas: Seguridad Social, Seguro Escolar y Seguro Privado.

La aplicabilidad de las normas de la Seguridad Social depende básicamente de que los elementos que concurren en la relación de prácticas de verano la sitúen en el campo de aplicación de aquella. Posteriormente habrían de ser resueltas algunas cuestiones normativas más concretas.

¿Está la relación de prácticas de verano en el campo de aplicación de la Seguridad Social?

Están sometidas al Régimen General de la Seguridad Social, según el artículo 7-1 a) del T.A.I de la LBSS (D. 907/1966). Los trabajadores por cuenta ajena o asimilados, mayores de catorce años, incluso los eventuales, cualquiera fuese su categoría profesional y la forma y cuantía de la retribución que perciban, entre otros requisitos que no influyen en nuestro tema.

En consecuencia la aplicación de las normas del Régimen General depende de que la relación de prácticas se estructure realmente como una relación laboral lo que no es ni lo más frecuente ni lo más correcto, como dejamos dicho en el apartado 3.3.

No obstante, esta posible solución promueve algunas cuestiones prácticas:

—Supongamos que una empresa ha afiliado a sus estudiantes en prácticas al Régimen General de la Seguridad Social creyendo que era el sistema adecuado. Se produce una de las contingencias protegidas y se reclama la debida prestación. La Entidad Gestora la deniega alegando que no existe relación laboral.

En el contenciosa al que podría llegarse triunfa esta tesis. Resultado: el estudiante queda totalmente desprotegido.

—Igualmente es imaginable la situación inversa: la empresa no afilia a los estudiantes al Régimen General creyendo que están protegidos por el Seguro Escolar. Ocurrida la contingencia, la Mutualidad de Seguro Escolar se exime de responsabilidad entendiendo que, al existir relación laboral, es de aplicación el Régimen General. Resultado: la empresa vendría obligada al pago de las correspondientes prestaciones (artículo 13-3 D. 907/66 de 21 de abril).

—Existiendo efectivamente un contrato de trabajo eventual se encubre bajo una relación de prácticas de verano rehuendo así las obligaciones impuestas por la legislación de Seguridad Social. En este caso podría llegarse a la misma situación final que en el primer supuesto considerado.

Resuelta la cuestión general de aplicabilidad del Régimen General, se presentarían otros problemas; por ejemplo: ¿a qué grupo de tarifa se asimila el estudiante? (que profesión ha de tenerse como habitual a efectos de ciertas incapacidades?...

En el T.A.I hay, por otra parte, una norma de interés para nuestro tema: en su artículo 10 excluye del campo del Régimen General: aquellas actividades profesionales que, por su naturaleza y peculiares circunstancias de tiempo y lugar, han de ser protegidas por un régimen especial, entre ellas, la actividad estudiantil (artículo 10-2-i, T.A.I). Estudiemos, pues, la protección que ofrece el Seguro Escolar.

Dentro del Régimen del Seguro Escolar, consideraremos el supuesto del accidente, porque es el que suscita mayores preocupaciones en las empresas que tienen estudiantes en prácticas.

Nos basaremos en dos normas: artículo 9 O.M. 11-8-1953 (Estatutos de la Mutualidad del Seguro Escolar), que dice: «Las prestaciones que concede el Seguro Escolar serán incompatibles con cualesquiera otras prestaciones derivadas de análogo riesgo de que pudieran ser beneficiarios los afiliados que, teniendo además la condición de trabajadores, se hallen, par tanto, sujetos al Régimen General de la Seguridad Social. En caso de que se produjese la misma prestación, tanto en el Seguro Escolar como en el Régimen General de Seguridad Social, aquel solo abonará la diferencia en más si la hubiere.» Artículo 11 de la misma norma: «A los efectos del Seguro Escolar, se considerara como accidente toda lesión corporal de que sea víctima el estudiante con ocasión de actividades directa o indirectamente relacionadas con su condición de tal, incluso las deportivas, asambleas, viajes de estudios, de prácticas de fin de carrera y otras similares, siempre que estas actividades hayan sido organizadas o autorizadas por los Centros de Enseñanza o por el Sindicato Español Universitario... ».

El concepto de accidente protegido por el Seguro Escolar presenta -como puede deducirse del último artículo transcrito- dos variedades, una de ellas compleja: -la primera variedad sería la lesión producida con ocasión de actividad directamente relacionada con la condición de estudiante (por ejemplo: el que sufre un estudiante de Químicas en una clase de prácticas). La segunda variedad está integrada por dos elementos: actividades indirectamente relacionadas con la condición de estudiante -en el artículo 11 O.M. 11-8-53 se hace una enumeración «ad exemplum»- y organización oficial de las mismas.

Dentro de este último tipo pueden encuadrarse, en principio, las prácticas de verano que son expresamente aludidas en el tan citado artículo 11. Ahora bien, si indudablemente la relación de prácticas cumple el primer requisito, en tanto en cuanto es una actividad indirectamente relacionada con la condición de estudiante, difícilmente cumple la segunda condición impuesta por la norma. Veámoslo.

El artículo 11 nos habla de organización o autorización por los Centros de Enseñanza u otras entidades oficiales. Aún limitándonos a la exigencia normativa más suave (la autorización) y a las relaciones de prácticas más oficializadas (aquellas que se inician con una cierta relación empresa-Centro Docente) no es posible afirmar que en la práctica se verifique tal hipótesis normativa, salvo en casos tan excepcionales como dignos de admirar.

Es claro que la autorización por el Centro de Enseñanza no ha de confundirse con la aprobación de un catedrático o profesor (la forma más oficializada, por ahora utilizada en la práctica, para entablar esta relación). No es posible tal interpretación, no solo porque literal y claramente el artículo 11 dice que la autorización ha de ser «por los Centros de Enseñanza», sino también porque no puede imaginarse que el legislador al fijar los requisitos de una prestación, convierta en requisito básico la manifestación de voluntad de una persona, no dotada específicamente de competencia en la materia en cuestión.

Evidentemente, al referirse el artículo 11 a la organización o autorización, las exige como manifestaciones oficiales de voluntad del órgano competente dentro de cada entidad enumerada.

En consecuencia, de faltar este último requisito con las matices que hemos estudiado, no podrá ser calificado un accidente de escolar, en uno de los sentidos del tan citado artículo 11.

En torno a la aplicación del Seguro Escolar, se plantean algunas cuestiones prácticas:

—El hecho de que exista relación laboral en las prácticas de verano, no sustrae a estas del ámbito protector del Seguro Escolar.

Según el citado artículo 9 O.M. 11-8-53, cuando por una única contingencia se tenga derecho a prestaciones de los dos regímenes (General y Escolar) el Seguro Escolar entregara al beneficiario la diferencia en más, si existiera.

—Igualmente podrían proponerse como cuestiones prácticas, con algunas modificaciones en la formulación, las que consideramos tras el estudio de la situación del estudiante en prácticas ante el RG SS.

Una tercera posibilidad de protección del estudiante es el aseguramiento privado. Si se da por supuesto que la relación de prácticas no tiene naturaleza laboral (pues si la tuviera la afiliación al RG SS o al especial correspondiente en su caso, sería obligatoria) no hay ningún obstáculo para concertar una póliza con una Aseguradora privada. Incluso de producirse alguna contingencia protegida por el Seguro privado y el Seguro Escolar (aplicable por haberse cumplido las formalidades legales), las prestaciones derivadas de cada uno de los sistemas de cobertura serían compatibles (artículo 9, párrafo último, O.M. 11-agosto- 1953).

Ello no obstante, la aplicación práctica de este sistema igualmente suscita, como la de los anteriores, algunos problemas interesantes: Pudiera suceder que, producida una contingencia, los beneficiarios no se dieran por satisfechos con la indemnización que les correspondiera en virtud de la póliza privada y pretendieran, en base a una estimación de existencia de relación laboral, las prestaciones de Seguridad Social. Podría producirse un fraude de ley cuando, existiendo un contrato de trabajo eventual no se afiliara al estudiante-trabajador a la Seguridad Social.

4.2 La simulación de una relación de prácticas

Ya hemos estudiado la posibilidad de que las prácticas de verano se estructuren como un contrato de trabajo eventual. Pero igualmente puede producirse el hecho de simular una relación de prácticas cuando en realidad existe un contrato de trabajo eventual, rehuendo así las consecuencias derivadas de atribuir al estudiante el status jurídico de trabajador.

La constatación de una serie de indicios puede llevar a descubrir esta simulación. Sin ánimo exhaustivo podemos referirnos a una serie de indicios:

—Es más probable una simulación en la relación de prácticas concertada directamente con el estudiante que en aquella que se ha establecido con la intervención más o menos oficial del Centro Docente.

—Es indicio de simulación la existencia de una retribución elevada en relación con la utilidad que los servicios de un estudiante en prácticas efectivamente produce. Podría investigarse hasta qué punto la gratificación percibida se asimila en su cuantía a la correspondiente a un trabajador eventual en el puesto ocupado por el estudiante.

—La simulación es más probable cuando se conciertan las prácticas con un estudiante ya titulado que cuando se establecen con un estudiante que aún está realizando sus estudios.

—Igualmente es más probable cuando las prácticas se realizan en los meses de curso docente que cuando se efectúan durante las vacaciones de verano. Si una relación de prácticas, siendo en principio de verano, se prolongara en los meses de curso docente, podría ser un contrato de trabajo eventual.

—Cuando el estudiante en prácticas realice trabajos extraños a sus estudios o, aun relacionados con ellos, de carácter meramente mecánico ajeno a los aspectos formativos y con cierto nivel teórico que unas prácticas deben tener, es casi seguro que exista un contrato de trabajo eventual.

—Igualmente es indicio de contrato de trabajo eventual la imposición al estudiante del grado de dependencia exigido a todo trabajador en la empresa de que se trate. La relación de prácticas de verano no es incompatible con la obligación del estudiante de respetar las normas de seguridad en su puesto de trabajo, el horario de trabajo vigente en la empresa y de seguir las órdenes de su supervisor en la realización de trabajos.

Una simulación de prácticas puede producir, aparte del fraude de ley, situaciones de injusticia notoria como sería el caso del estudiante que, sin ninguna retribución y sin ser afiliado a la Seguridad Social, estuviera realizando un trabajo que, por enojoso y excesivamente mecánico, un empleado de la empresa no hubiera querido o le hubiera sido incomodo realizar.

5. CONCLUSIONES

En la exposición del tema hemos ido dejando algunos interrogantes abiertos, huyendo de las afirmaciones rotundas. Si bien ello es admisible en un plano meramente teórico, no es muy fructífero en la dimensión práctica.

En estas conclusiones nos referimos a los extremos que considerarnos correctamente establecidos, tanto en su descripción fáctica como en su calificación jurídica.

1. Las empresas, atendiendo a finalidades de ayuda a la enseñanza, establecen programas de prácticas de verano.
2. La relación de prácticas de verano nace de un acuerdo entre la empresa y el estudiante.
3. De tal acuerdo deriva una inserción material del estudiante en la empresa, que se manifiesta en que; el estudiante realiza su actividad en los locales de la empresa, con los medios de la empresa y con un determinado horario.
4. La naturaleza jurídica y la norma aplicable a estas relaciones, depende de dos elementos esenciales; existencia o inexistencia de retribución y entidad de los servicios prestados.
5. Si los servicios prestados pueden asimilarse en la utilidad que producen a los de un empleado de la empresa en un puesto parecido, existe un contrato de trabajo, aunque no se hubiera pactado retribución.
6. Si de los servicios prestados deriva una eventual utilidad, preponderando la finalidad de la conclusión 1, y la dimensión formativa en las actividades desarrolladas en la empresa, nos encontramos ante unas propias prácticas de verano.
7. Si los servicios descritos en 6 no son retribuidos, la relación es calificable jurídicamente como de servicios amistosos.
8. Si los servicios descritos en 6 son retribuidos, la relación es calificable jurídicamente como donación con cláusula modal.
9. Los hechos fijados en la conclusión 5 no constituyen objeto directo de estudio. Aludimos a ellos para indicar su desviación, en ocasiones con intención fraudulenta, de los elementos que integran unas prácticas de verano en sentido propio.
10. Se plantea el problema de la protección del estudiante en relación de prácticas (descrita en 6, 7 y 8), frente a diversos riesgos.
11. La protección del Régimen General de la Seguridad Social no es aplicable al estudiante en relación de prácticas, porque su aplicabilidad depende de la existencia de contrato de trabajo (conclusión 5) situación que, ni en sí ni en sus consecuencias, es propio objeto de nuestro estudio (conclusión 9).
12. La protección del Seguro Escolar tampoco es aplicable en la práctica, porque dada la ausencia de formalismo en el concierto de prácticas de verano, no se cumplen requisitos esenciales de la hipótesis normativa de la contingencia.
13. La inseguridad normativa en que se encuentra este aspecto de la realidad social, determina una situación objetiva preocupante y, en consecuencia, una retracción de la iniciativa de las empresas.

6. CRITERIOS PARA UNA REGULACION DE ALGUNOS ASPECTOS DE LAS PRÁCTICAS DE ESTUDIANTES EN EMPRESAS

La regulación de determinados extremos de las prácticas de verano es necesaria como puede deducirse de la lectura de nuestro estudio. Pero si un estado de inseguridad normativa como el presente puede retraer la iniciativa de las empresas, una regulación que impusiera formalismos o diera lugar a gastos excesivos en las empresas, tendría similares efectos.

Esta regulación debería contener:

1. Un concepto normativo de las prácticas estudiantiles de verano en las empresas para que, en supuestos de conflicto, pudieran excluirse de esta categoría determinadas relaciones jurídicas con cierto parecido respecto de las mismas, sobre todo el contrato de trabajo eventual.

Este concepto debería reunir los siguientes elementos en:

- Estudiante en niveles de COU, titulación media y titulación superior que aun no hayan terminado sus estudios o los hayan terminado en el curso anterior a las vacaciones en que se realicen las prácticas.
- Realización de las prácticas durante los meses de vacaciones de verano o períodos asimilables sin obligaciones académicas.
- Ocupación adecuada a los estudios realizados.
- Aspecto preponderantemente formativo y didáctico de la actividad desarrollada en la empresa.

2. La forma de entablar la relación empresa-estudiante: las ofertas de puestos de prácticas de verano deberían dirigirlas las empresas a través de los Departamentos, Cátedras, Decanatos o direcciones de los Centros Docentes. La intervención de cualquiera de aquellos órganos sería suficiente para cumplir con este mínimo requisito de forma.

La falta de intervención previa podría suplirse por una intervención posterior al establecimiento de la relación.

3. Aquellos estudiantes en prácticas de verano, concertadas a través de los Centros Docentes, les sería de aplicación, en cualquier caso, la protección del Seguro Escolar. Sería condición indispensable para beneficiarse de las prestaciones, el pago de una prima adicional correspondiente a la ampliación del campo de cobertura.

El importe de dicha prima debería ser satisfecho, en parte, por la empresa, y, en parte, por el estudiante.

NOTAS SOBRE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO LABORAL^(*)

MANUEL ORTELLS RAMOS
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Valencia

1. INTRODUCCIÓN
2. EL RÉGIMEN DEL EMBARGO PREVENTIVO:
 - A) La configuración de sus presupuestos
 - B) La legitimación para solicitar el embargo, algunas cuestiones sobre el procedimiento y los efectos del embargo preventivo.
3. INSUFICIENCIA DEL EMBARGO PREVENTIVO PARA LA TUTELA CAUTELAR NECESARIA EN EL PROCESO LABORAL
4. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y NECESIDAD DE TUTELA CAUTELAR DEL TRABAJADOR
5. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 177 Y 180 DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL Y LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 1.428 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

^(*) Publicado en *Tribuna Social*, número 37, enero, 1994, páginas 7-11.

1. INTRODUCCIÓN

El régimen de la tutela cautelar en la antigua Ley de Procedimiento Laboral de 13 de junio de 1980 (último texto anterior a la Ley de Bases de 1989) se agotaba, principal y casi exclusivamente, en una regulación especial del embargo preventivo, contenida en los artículos 65, 66 y 123. Por lo demás, y salvo normas de aplicación muy específica como la de suspensión provisional de procedimientos electorales (art. 117 de la citada LPL de 1980), sólo restaba averiguar lo que podía dar de sí la remisión que hacía la disposición adicional a la Ley de Enjuiciamiento Civil como normativa supletoria.

La ley 7/1989, de 12 de abril, de Bases de Procedimiento Laboral, no arrojaba mucha luz sobre los cambios que podían producirse en la materia. La Base decimosexta, apartado cuatro, se limitaba a disponer que "Se arbitrarán medidas tendentes a garantizar los derechos que pudieran corresponder a las partes y asegurar la efectividad de la resolución judicial". Ni se refería al embargo preventivo -estableciendo directrices para perfeccionarlo-, ni tampoco mencionaba otra clase de medidas cautelares.

El texto articulado de la LPL, aprobado por Real Decreto-Legislativo 521/1990, de 27 de abril, sigue estableciendo, como regulación común, sólo el embargo preventivo, con un régimen especial algo novedoso (art. 79). Se refiere al embargo preventivo en el supuesto especial de la rebeldía del demandado (art. 183.2ª) y conserva la referencia específica al mismo supuestos de accidente de trabajo (art. 140.1).

En la regulación de las denominadas "Modalidades procesales" conserva la medida de suspensión de los procedimientos electorales (art. 133.c) e introduce unas específicas medidas cautelares en los procesos sobre tutela de la libertad sindical y de otros derechos y libertades fundamentales en el ámbito laboral (arts. 177 y 180).

2. EL RÉGIMEN DEL EMBARGO PREVENTIVO

A) La configuración de sus presupuestos

De lo que llevamos dicho y de la experiencia práctica se deduce sin dificultad que el embargo preventivo es la más importante medida cautelar en el proceso laboral. Consideraremos su regulación comparativamente con la del embargo preventivo en el proceso civil (sobre la que puede verse, ampliamente, El embargo preventivo, Barcelona, 1984).

El régimen de los presupuestos resulta ser, en esa comparación, considerablemente más laxo.

La pretensión procesal a interponer en el proceso principal no se concibe estrictamente como de objeto pecuniario, sino que puede serlo cualquier pretensión cuya estimación pueda conducir a una ejecución dineraria, por no proceder una ejecución en forma específica. Aunque con palabras distintas, esta característica que ya se deducía del artículo 65.I, de la antigua LPL de 1980, se mantiene en el artículo 79.1 de la actual.

Pero donde se demuestra en mayor medida la laxitud en la configuración de este presupuesto es en la no exigencia de acreditamiento documental, ni de otra índole, del derecho que se alega y cuya tutela se pretende.

Hubiera sido en exceso restrictivo -aunque no diría que en absoluto inadecuado, dado que existe una suficiente formalización del establecimiento de la relación laboral y que hubiera bastado exigir la presentación de un principio de prueba por escrito -limitar el acreditamiento al medio documental, como ocurre en el proceso civil.

Se ha querido facilitar al máximo el embargo y el acreditamiento parece limitarse a la afirmación de su derecho que realice el actor, sin ni siquiera el requisito complementario de la prestación de fianza -que es la técnica utilizada en Derecho comparado cuando se persigue la máxima facilitación del acreditamiento del derecho: declaración formal garantizada con la prestación de fianza.

Estimo que, prácticamente, esa facilitación no es muy positiva, ni el acreditamiento al que me he referido será tenido por suficiente.

No es muy positiva porque deja al juez en un estado de inseguridad sobre la valoración de este presupuesto, de modo que la resolución sobre él dependerá más de actitudes subjetivas del juez que de un cierto conocimiento de los hechos.

No creo que, de hecho, se tenga por suficiente, por lo que estimo conveniente aportar con la demanda los documentos relativos al fondo de los que se disponga, para asegurarse de ese modo la obtención del embargo solicitado.

Una interpretación adecuada del artículo 79.2 LPL podría contribuir a paliar las insuficiencias del régimen del acreditamiento de la situación cautelable a las que nos acabamos de referir.

El presupuesto del peligro en la demora presenta dos importantes diferencias respecto al régimen del embargo preventivo en el proceso civil.

La primera, que el juez ha de verificar, en cada caso concreto, si se está en presencia de actos realizados por el demandado "de los que pueda presumir que pretende situarse en estado de insolvencia o impedir la efectividad de la sentencia". No se establecen tipificaciones legales de las situaciones de peligro, ni siquiera la prevista por la antigua LPL de 1980 de condición de extranjero del demandado y carencia de arraigo del mismo.

Segunda: que el solicitante del embargo no ha de probar los hechos constitutivos del peligro en la demora, sino que puede limitarse a afirmarlos. Y aún cabría darse por satisfechos con tan poco, si en la práctica no predominara la tendencia a tener por suficientes descripciones de hechos tan sumarias que incluso resulta difícil para el juez determinar si corresponden al supuesto de hecho legal.

No hay carga de probar estos hechos en la oposición -porque, a diferencia del proceso civil, ésta no está prevista- y dudo mucho que se admita un tratamiento como el previsto en el artículo 1418 LEC (examen en contradicción de los presupuestos de manera acumulada con el tratamiento del objeto del proceso principal). Y lo dudo, primero, porque no hay remisión expresa al artículo 1418, y, segundo, porque, dada la exigencia de consignación para recurrir no dependiente de una situación de *periculum in mora*, es difícil pensar que, de hecho, en la sentencia llegara a acordarse el alzamiento del embargo sólo por haberse comprobado la falta de su presupuesto de *periculum*.

Si a lo dicho se añade que, de solicitarse el embargo por el trabajador, no cabe confiar en la efectividad de la responsabilidad que le incumbe en caso de falsa afirmación del peligro en la demora, la conclusión es que el régimen del embargo preventivo laboral, en cuanto al presupuesto del peligro en la demora, aplicado en sus estrictos términos, hace del mismo un fácil instrumento de presión ilegítima sobre el demandado.

Cabe pensar, sin embargo, que en la práctica, el régimen se suaviza en el siguiente sentido: al menos las empresas notoriamente solventes -y la notoriedad tiene ámbitos diversos: local, nacional- quedan exentas del embargo por graves que sean las afirmaciones del solicitante, salvo que ofrezca alguna justificación del peligro en la demora alegado.

Pero esa técnica es muy burda: puede perjudicar gravemente y sin fundamento, no a empresas insolventes, sino a las que sean simplemente desconocidas en el juzgado.

El artículo 79.2 LPL parece puesto para introducir un cierto correctivo en este aspecto, en cuanto permite al juez "requerir al solicitante del embargo, en el término de

una audiencia, para que presente documentos, información testifical o cualquier otra prueba que justifique la situación alegada".

Correctamente interpretado el precepto, confiere al juez la potestad discrecional de requerir un acreditamiento del riesgo concreto de insolvencia alegado, potestad que deberá ejercer salvo que le conste ese riesgo por notoriedad.

Cerrando el capítulo de la comparación de los presupuestos de los embargos civil y laboral, cabe resaltar ahora lo ya dicho antes acerca de la no exigencia de fianza. No hay cambio en cuanto a esto entre la antigua y la nueva LPL. Esta solución general y nada matizada resulta chocante con la doctrina sentada por la STC 202/1987, de 17 de diciembre, según la cual la exención de fianza no es beneficio comprendido en el derecho a la justicia gratuita reconocido tras examen concreto del estado económico del solicitante.

B) La legitimación para solicitar el embargo; algunas cuestiones sobre el procedimiento y los efectos del embargo preventivo

La legitimación activa corresponde a la parte interesada, aunque es característica del embargo preventivo laboral la no necesidad de instancia de parte y el poder ser decretado de oficio. Respecto de esta última posibilidad merece destacarse que la responsabilidad por embargo preventivo infundado, que jurídicamente no deja de existir, puede ser exigida en este caso con efectividad, porque se trata de un supuesto de responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 292 y siguientes LOPJ).

Este régimen de legitimación se conserva en el artículo 79 de la actual LPL, que, como ya hacía la LPL de 1990, añade una nueva norma de legitimación: la del Fondo de Garantía Salarial para pedir el embargo y para señalar bienes en los casos en que pueda ser responsable del pago de las cantidades reclamadas. Jurídicamente es una manifestación de la subrogación del FOGASA en los derechos y acciones del trabajador. De hecho extiende la legitimación a quien tiene un interés real en obtener la medida cautelar. Como es obvio los trabajadores no tienen ese interés al menos hasta donde alcancen las cantidades cuyo pago queda asegurado por el Fondo.

Incidentalmente ya han sido tratadas algunas cuestiones sobre el procedimiento del embargo, tales como la ausencia de una fase de examen contradictorio de los presupuestos de la medida y la posibilidad de una eventual audiencia del actor para que justifique el peligro en la demora alegado y tal vez también el *fumus boni iuris*. Por otra parte subsiste la inadmisibilidad de la solicitud de embargo antes de la iniciación del proceso principal (art. 79.3 LPL). Es una muestra de rigidez sorprendente si se observa luego la laxitud, el déficit de garantías, que, como hemos apuntado, rodea los presupuestos de la medida.

El régimen de los efectos del embargo preventivo experimenta una notable modificación con la admisibilidad de la acumulación de ejecuciones (arts. 36 y siguientes

LPL). En el proceso civil, y en el proceso laboral antes de la LPL de 1990, el embargo preventivo confiere una preferencia meramente procesal al cobro de la cantidad fijada en el título ejecutivo con el producto de los bienes embargados, sin otra excepción que la que resulte de una preferencia de crédito declarada en tercería de mejor derecho. Tratándose de créditos sin prelación entre sí, sino estrictamente concurrentes, la tercería no es admisible y aquella preferencia procesal es definitiva. Esto conducía a que obtenido embargo preventivo por algún demandante, otros demandantes que fundaran su pretensión en derecho de crédito de igual naturaleza no pudieran beneficiarse, en la ejecución, de los efectos del embargo preventivo, y debieran recurrir al reembolso o al embargo de sobrante.

Con la acumulación de ejecuciones el embargo preventivo eventualmente existente generalizará su efecto de afección de bienes a todos los ejecutantes concurrentes, que cobrarán proporcionalmente a la cuantía de sus créditos, sin tener en cuenta ningún tipo de prioridad temporal (art. 268.1 LPL).

3. INSUFICIENCIA DEL EMBARGO PREVENTIVO PARA LA TUTELA CAUTELAR NECESARIA EN EL PROCESO LABORAL

El embargo preventivo no agota la tutela cautelar en el proceso laboral, aunque sólo sea porque las pretensiones de condena dineraria tampoco agotan los posibles objetos de este proceso.

Aunque eso parece evidente, la indudable preponderancia estadística de las reclamaciones de cantidad ha obstaculizado, en ocasiones, entenderlo así. Hasta el punto de que la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/1983, de 22 de junio, le tuvo que recordar a la Magistratura n.º 7 de Sevilla que no era correcta la tesis de que "todo procedimiento laboral es un procedimiento de cuantificación y de delimitación y liquidación de cantidades" y, por consiguiente, no era admisible pronunciarse sobre un trato discriminatorio, por motivos sindicales, frente al que se había pedido tutela judicial.

Obviamente ese reduccionismo no se sostiene. De una parte, el contrato de trabajo comprende otras obligaciones de prestación además de la del salario. De otra, la rama social del Derecho, a la que extienden su competencia genérica los tribunales del orden social, no se limita al contrato de trabajo. Está toda la litigiosidad relativa a los conflictos y convenios colectivos, a la materia de seguridad social, etc.

Hay tutela jurisdiccional declarativa para todos los derechos e intereses legítimos que surjan en todas esas materias y debe haber una tutela cautelar adecuada si se quiere evitar un riesgo de ineffectividad de las sentencias siempre presente.

No cabe entrar en una visión completa de las posibles necesidades de tutela cautelar en este campo. Pero sí que conviene destacar una importante peculiaridad sobre la diferente posición de los sujetos de las relaciones laborales ante la necesidad de la tutela jurisdiccional cautelar.

4. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO Y NECESIDAD DE TUTELA CAUTELAR DEL TRABAJADOR

En las relaciones laborales individuales el empresario no tiene, por regla general, necesidad de tutela cautelar. El poder de dirección que le corresponde y el correlativo deber del trabajador, la posibilidad de hacer efectivo aquel poder por propia autoridad, mediante autotutela, imponiendo sanciones hasta la máxima del despido disciplinario, le permiten proteger sus intereses de modo inmediato y con gran efectividad.

Es cierto que el ejercicio del poder de dirección ha de ser legítimo. Pero en cuanto quien, de entrada, determina la legitimidad es el propio empresario y, sólo a posteriori y eventualmente, se resuelve jurisdiccionalmente sobre su conformidad a Derecho, las posibilidades de actuación del empresario que estén cubiertas por su poder de dirección, hacen innecesaria para él una tutela jurisdiccional cautelar. Esa necesidad existe para el empresario allá donde existan limitaciones a su poder de dirección.

La posición del trabajador es completamente distinta. Por un lado tiene frente al empresario derecho a prestaciones de hacer, de no hacer y de dar cosa distinta a dinero, cuya satisfacción no puede obtener, salvo voluntario cumplimiento, sino acudiendo a los tribunales. Por otro lado, además, los actos del empresario que afectan a los derechos laborales del trabajador son inmediatamente efectivos.

El trabajador tiene un derecho a la tutela jurisdiccional declarativa respecto a todo ello. Pero el proceso lleva su tiempo y, por la posición en que se halla el trabajador, existe el riesgo de que cuando jurídicamente pueda obtener satisfacción, la sentencia no pueda ser ejecutada o no pueda serlo con plena efectividad.

Desde la perspectiva del trabajador sí que es necesaria la tutela jurisdiccional cautelar y, al menos de entrada, parece que no siempre es adecuada una tutela cautelar mediante embargo preventivo.

Las medidas cautelares adecuadas en estos casos deberían tener el efecto de conservar la situación de hecho anterior al ejercicio del poder de dirección del empresario o de su poder disciplinario, cuando, de no hacerse así, pudiera producirse un daño irreversible al probable derecho del trabajador, para el que no fuera adecuada una reparación dineraria en el momento ejecución de la sentencia.

Esta tesis puede suscitar cierta perplejidad. En efecto. Frente a la más grave manifestación del poder disciplinario del empresario -el despido-, y cuando ya se ha declarado su disconformidad a Derecho y se está procediendo a la ejecución, no se ha conseguido, salvo para algunos supuestos, alcanzar una ejecución específica o *in natura*, de modo que es necesario acabar en la indemnización dineraria. ¿Cómo sostener entonces que durante la pendencia del proceso deba preservarse el respeto al (probable) derecho del demandante en su contenido específico, si, al final, la satisfacción del

derecho acabará por monetizarse? Parece que esto nos devuelva, pues, a pensar en la posible suficiencia del embargo preventivo.

5. LAS MEDIDAS DE LOS ARTÍCULOS 178 Y 181 LPL Y LA APLICACIÓN SUPLETORIA DEL ARTÍCULO 1428 DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

La LPL ha incorporado disposiciones que satisfacen en parte la necesidad de una tutela cautelar de las características consideradas en el anterior apartado. Me refiero a las medidas de suspensión de los efectos de los actos presuntamente lesivos de los derechos de libertad sindical (art. 177 LPL) y, en virtud de la remisión que hace el artículo 180, de los actos contrarios a otros derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral.

En comparación con la redacción prevista en el anteproyecto del texto articulado de 1989 estas medidas han sufrido en el texto que llegó a ser ley (y en el texto vigente) considerables recortes.

El anteproyecto no sólo autorizaba medidas de suspensión (de carácter negativo, prohibitivas), sino también medidas positivas. La LPL únicamente se refiere ahora a medidas de suspensión.

El anteproyecto autorizaba la adopción de las medidas salvo demostración por el demandado de que la inmediata efectividad del acto no originaba perjuicios de imposible o difícil reparación a los intereses del demandante. El artículo 177.1 mantiene la incidencia de este requisito, aunque expresado de forma algo distinta, pero de modo adicional a otro requisito más restrictivo, como es el de que se hayan alegado "presuntas lesiones que impidan la participación de candidatos en el proceso electoral o el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva, reestructuración de plantillas u otras cuestiones de importancia trascendental que afecten al interés general de los trabajadores". Esta configuración del presupuesto de la suspensión hace difícil cumplimentar la remisión prevista por el artículo 180 para el supuesto de actos lesivos de derechos fundamentales y libertades públicas en el ámbito laboral.

Una nueva restricción de la posibilidad de aplicar las medidas autorizadas por el artículo 177.1 LPL deriva de lo dispuesto en el artículo 181, que en caso de concurso de la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y de otros derechos fundamentales con otras modalidades procesales, lo resuelve en favor de la aplicación de las normas de las últimas, que no prevén específicas medidas cautelares.

Las normas especiales que hasta ahora hemos considerado permitirá satisfacer algunas necesidades de tutela cautelar respecto a pretensiones no dinerarias. Sin embargo plantearán también un problema importante, cuyos términos podrían enunciarse así: visto que se establecen medidas cautelares para garantizar el respeto específico precisamente de aquellos derechos cuya lesión no puede ser adecuadamente reparada con dinero (libertad sindical, otros derechos fundamentales y libertades públicas), cabría pensar que

con relación a otros derechos e intereses no caben medidas cautelares de garantía del cumplimiento específico de la sentencia y solamente está disponible el embargo preventivo.

No me parece razonable esa conclusión, aunque sólo sea porque supondría una injustificada diferencia en la tutela de los derechos en el proceso laboral respecto de otros procesos. La tutela cautelar cuando estén afectados derechos fundamentales ha de tener un régimen especial privilegiado, pero ello no puede significar exclusión de una tutela cautelar adecuada para derechos no fundamentales cuyo objeto no sea una prestación dineraria. En el proceso administrativo existen como es sabido dos regímenes de suspensión de los actos. Y en el proceso civil, con mayor o menor perfección, existe también esa tutela cautelar.

La falta de su específica previsión en el proceso laboral habrá que paliarla acudiendo a las normas supletorias de LEC, especialmente al artículo 1428, según el cual "cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el juez podrá adoptar; instancia del demandado, las medidas que según las circunstancias fueren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere".

Este precepto presenta, sin embargo, ciertos problemas de adaptación al proceso laboral.

No creo que sea problema el requisito del principio de prueba por escrito, pues bastaría cualquier justificación documental de la relación laboral para acreditar la mayor parte de obligaciones que existen en esa relación y que vienen determinadas no por el contrato individual de trabajo, sino por convenios colectivos y por normas.

La exigencia de fianza, que establece el artículo 1428 LEC, puede ser inadecuada, pero en una aplicación estricta de las normas supletorias sería difícil prescindir de ella, tanto más cuanto el Tribunal Constitucional ha entendido que exigir el cumplimiento de ese requisito incluso a quien tiene reconocido el derecho a justicia gratuita no infringe el artículo 24.1 CE.

Los inconvenientes que derivan del régimen procedimental son difícilmente superables. Si se entiende que una comparecencia contradictoria debe preceder a la adopción de la medida, la falta de una norma ya no sobre preferencia, sino sobre anteposición de señalamientos, podría conducir a que el juicio sobre la medida cautelar se demore tanto como el juicio sobre el asunto principal. Si se admite una contradicción posterior a la adopción de la medida, la solución lógica -pero no prevista- hubiera sido establecer su acumulación con el tratamiento del objeto del proceso principal en el mismo juicio que éste.