

PROBLEMAS DE ESTRUCTURA Y FUNCIONAMIENTO DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO- ADMINISTRATIVA

JUAN ALFONSO SANTAMARÍA PASTOR
Catedrático de Derecho Administrativo

Cómo citar/Citation

Santamaría Pastor, J. A. (2023).
Problemas de estructura y funcionamiento de la jurisdicción
contencioso-administrativa.
Revista de Administración Pública, 220, 35-72.
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.02>

Resumen

Esta ponencia de seminario pretende resumir los principales problemas que la jurisdicción contencioso-administrativa española ofrece en nuestros días, vistos desde la perspectiva de sus usuarios. Estos problemas se refieren a la estructura orgánica del conjunto de órganos jurisdiccionales, a las circunstancias físicas que condicionan y dificultan el trabajo de sus miembros (la carga de trabajo, las sedes, los apoyos, la formación y la retribución) y al diseño del proceso que gestionan, con especial atención a la congestión de asuntos, las dificultades de acceso a la jurisdicción y el régimen del vigente recurso de casación.

Palabras clave

Jurisdicción contenciosa; estructura orgánica; condiciones del trabajo judicial; carga de trabajo; dificultades de acceso al proceso; recurso de casación.

Abstract

This seminar presentation aims to summarise the main problems that the Spanish contentious-administrative jurisdiction currently offers, seen from the perspective of its users. These problems refer to the organisational structure of the jurisdictional bodies as a whole, the physical circumstances that condition and hinder the work of their members (workload, headquarters, support, training and remuneration) and the design of the process they manage, with special attention to the congestion of cases, the difficulties of access to the jurisdiction and the current system of appeals.

Keywords

Contentious jurisdiction; organisational structure; judicial working conditions; workload; difficulties of access to proceedings; appeals.

SUMARIO

I. LA PLANTA DE LA JURISDICCIÓN: 1. Un producto intuitivo e improvisado. 2. Hacia una planta más racional: 2.1. *La primera instancia*. 2.2. *Los órganos de apelación*. 2.3. *La Sala del Tribunal Supremo*. II. EL TRABAJO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES: 1. La carga de trabajo. 2. Los medios: 2.1. *Las sedes y el alojamiento físico*. 2.2. *El apoyo al trabajo judicial*: 2.2.1. El apoyo logístico. 2.2.2. El apoyo técnico-jurídico. 2.2.3. El asesoramiento en materias técnicas. 3. La formación. 4. La retribución. III. EL DISEÑO DEL PROCESO CONTENCIOSO: 1. El problema de la congestión y de los litigios masivos: 1.1. *La fórmula de las comisiones independientes*. 1.2. *Las técnicas de los pleitos testigo y de extensión de efectos de las sentencias*. 2. Las dificultades de acceso a la jurisdicción: 2.1. *El régimen de distribución de competencias*. 2.2. *Los obstáculos formales*. 3. El régimen de las medidas cautelares: 3.1. *La evolución del sistema*. 3.2. *Las deficiencias y su posible corrección*. 4. El recurso de casación: 4.1. *La herencia del pasado*. 4.2. *Algunas propuestas*.

La configuración de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido objeto, desde sus orígenes allá en 1845, de innovaciones legislativas constantes, que han afectado profundamente tanto a su estructura orgánica como a su funcionamiento.

Durante más de un siglo, estas reformas estuvieron condicionadas —casi exclusivamente— por la vieja polémica decimonónica que enfrentó a los partidarios (conservadores) de un sistema administrativo de corte francés con los propugnadores (progresistas o liberales) de una judicialización completa. Esta se consumó, un tanto paradójicamente, con la Ley de 1956, con la simple transformación de los antiguos organismos administrativos en estructuras jurisdiccionales (salas de las audiencias territoriales y del Tribunal Supremo) y se mantuvo intacta durante veinte años, cuando empezó a sufrir sucesivas reformas, precipitadas y punto menos que arbitristas, con las que se pretendía dar respuesta a dificultades singulares. No es de extrañar que sus resultados hayan sido considerados siempre insatisfactorios, tanto por sus usuarios —los profesionales que se sirven de ella— cuanto por sus operadores directos —los jueces y magistrados que la desempeñan—.

Esta insatisfacción se debe, sin duda, a causas muy diversas. La primera, la unilateralidad del diseño de las soluciones, las más de las veces debido a las ocu-

rrencias de un grupo reducido de personas (cuando no de una sola), normalmente perteneciente al colectivo judicial o al estamento político, que se adoptaron sin un previo debate y reflexión en ámbitos más extensos, como hubiera sido aconsejable; y es también de destacar la inexplicable y casi completa marginación, en estos imprescindibles procesos de debate, de los mejores profesionales ajenos a la jurisdicción, así como de la doctrina especializada en estos temas (con la notable excepción que supuso la Ley de 1956, debida a la pluma de dos eminentes profesores y abogados). Y la segunda, la ausencia de una mentalidad que podríamos llamar funcional y global: esto es, en la consideración de la jurisdicción como un servicio público que debe actuar, ante todo, con coherencia, rapidez y calidad en sus respuestas. Esta carencia es incluso apreciable en el meritorio anteproyecto de reforma de la ley¹, de marzo de 2013, que, pese a su ambición aparentemente más general, se ciñó a aspectos muy concretos (técnicas para la evitación de procesos y reformas de algunos aspectos del procedimiento contencioso), dejando a un lado cuestiones estructurales y de personal muy relevantes.

Estas circunstancias hacen sumamente oportuna la celebración de un seminario en el que puedan converger nuevamente la formación y experiencia generadas internamente en el mundo judicial con las propias del mundo académico y profesional, y que pretenda ser el punto de partida de un proceso de reflexión más amplio.

Dos breves puntualizaciones sobre esta ponencia. Primera, que, aunque revista una apariencia crítica, solo pretende describir, de la manera más neutra posible, cómo las cosas son y han sucedido en el seno de la jurisdicción contenciosa; todas las cuales tienen tras de sí actitudes y decisiones tan inteligibles como legítimas, por más que puedan estimarse erróneas y mejorables. Y segunda, que intenta expresar el parecer generalizado de quienes trabajan desde fuera, por así decir, para este orden jurisdiccional: el mundo académico y el de la abogacía. Pretende dar cuenta del tipo de jurisdicción que nos gustaría tener y en la que pudiéramos actuar con eficacia y comodidad para cumplir nuestras respectivas funciones, aunque estas preocupaciones sean muchas veces coincidentes con las que algunos miembros del colectivo judicial manifiestan. Por supuesto, las sugerencias que se formulan como posibles soluciones a los problemas son de la exclusiva responsabilidad del autor.

En cuanto a su contenido, trataré de analizar, de forma obligadamente sucinta, los problemas que a mi juicio afectan a los tres aspectos básicos de la jurisdicción: su planta o estructura orgánica (I), el trabajo interno de los miembros de estos órganos (II) y el proceso que han de gestionar (III).

¹ Me refiero al conocido «Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», elaborado en el seno de la Comisión General de Codificación por un selecto grupo de magistrados y profesores, presididos por Francisco Velasco Caballero (Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, marzo de 2013).

I. LA PLANTA DE LA JURISDICCIÓN

1. UN PRODUCTO INTUITIVO E IMPROVISADO

La estructura organizativa de la jurisdicción contenciosa difiere sensiblemente de la existente en los demás órdenes jurisdiccionales. Aparte de su atipicidad, no resiste un análisis racional. Su configuración básica arranca de las reformas emprendidas en la etapa de la llamada transición política: inicialmente, consistieron en la conversión de las antiguas audiencias territoriales en los nuevos tribunales superiores de justicia (con el rediseño de su ámbito territorial, claro está), pero a los que inmediatamente se sumaron la creación de la Sala de la Audiencia Nacional, la multiplicación de las salas de los tribunales superiores de justicia, y, años después, la implantación de los juzgados centrales como órganos en cierta medida subordinados a aquella y de los juzgados que, para entendernos, llamaré provinciales.

Es una opinión general que la creación de todos estos nuevos órganos respondió al incremento de la litigiosidad y, en consecuencia, a la necesidad de descargar de trabajo a los órganos colegiados superiores (Sala Tercera del Tribunal Supremo y Salas de los Tribunales Superiores de Justicia); pero no debe olvidarse que su aparición se debió también a motivaciones muy distintas.

La creación de la Sala de la Audiencia Nacional por el Real Decreto Ley de 4 de enero de 1977 tuvo su origen, en efecto, en una decisión de puro *marketing* político (de la que puedo dar fe directa), cual fue tratar de disimular el hecho de que su Sala de lo Criminal (única en principio) fuese tildada como la sucesora del Tribunal de Orden Público del régimen franquista, del que heredaba algunas de sus competencias. Igualmente, la escisión de la, en principio, única sala de los tribunales superiores de justicia, que llevó a cabo la Ley de Planta de 1988, no tuvo otra razón de ser que hacer frente a las rivalidades históricas entre ciudades o zonas de concretas comunidades autónomas². La creación de los Juzgados unipersonales se inspiró, sin duda, en la conveniencia de aliviar la carga de trabajo de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, pero también en un mimetismo gratuito respecto de la estructura existente en los órdenes civil, penal y social, que no consideró los problemas inherentes a la ausencia de colegialidad y a la escasez de especialistas. Y lo mismo sucedió con la improvisación de los juzgados centrales, como un reflejo paralelo a la creación de los juzgados provinciales (para descargar, en este caso, a la Sala de la Audiencia Nacional, pero sin llevar a cabo —que yo sepa— un previo estudio cuantitativo del volumen de asuntos a los que habría de hacer frente dicha Sala).

² De donde resultaron tres salas en la comunidad de Andalucía (Sevilla, Granada y Málaga), dos en Castilla y León (Valladolid y Burgos) y otras dos en el archipiélago canario (Las Palmas y Santa Cruz).

2. HACIA UNA PLANTA MÁS RACIONAL

Es una opinión común que los cinco niveles en que hoy se estructura la jurisdicción (además, dos de ellos en paralelo: Audiencia Nacional y Juzgados centrales) carecen de lógica y sentido funcional. En nuestra opinión, sería absolutamente suficiente (y funcional) un diseño basado en órganos de primera instancia, órganos (solo) de apelación y un órgano (único) de casación. La definición de cada uno de ellos ofrece, sin embargo, peculiaridades que deben ser detalladas.

2.1. La primera instancia

Cuando hablo de órganos de primera instancia me estoy refiriendo, globalmente, a los actuales juzgados de lo contencioso y a los centrales, a los cuales debería atribuirse una competencia en principio universal: respecto de *todas* las actuaciones provenientes de *cualquiera* de los órganos de *todas* las Administraciones públicas. La atribución a los órganos colegiados superiores de competencias en primera instancia y en vía de recurso de apelación o casación es disfuncional, porque se trata de metodologías de enjuiciamiento completamente diversas que, sin embargo, se contaminan, de manera que los asuntos de instancia tienden a ser tratados con la mentalidad con que se examinan los recursos.

Es evidente que esta propuesta, que no soy el primero en formular³, presenta dificultades considerables, comenzando por el coste presupuestario: la redistribución de los asuntos que hoy corresponden en primera instancia a los tribunales colegiados superiores exigiría un incremento sustancial del número de órganos de primera instancia, que son ya, de lejos, los que soportan el mayor número de nuevos recursos contenciosos⁴. Pero las restantes objeciones que se le han formulado merecen una valoración muy dispar.

³ La atribución de una competencia universal en primera instancia parece también propuesta por J. M.^a Chamorro González (2022), «La organización y diseño de la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa en España», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* n.º 101-102 (Noviembre-Diciembre 2022), pág. 56 ss. (en particular, págs. 64 y 66).

⁴ Que ascendieron, en 2021, a 117.886 en los juzgados provinciales y a 3.096 a los centrales, un volumen de trabajo que excede sensiblemente del que, en el mismo año, recayó sobre las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo (70.980, 22.314 y 10.346, respectivamente). No he sido capaz de desglosar, en las estadísticas que elabora el CGPJ, el volumen de los asuntos de los que conocen en primera y única instancia los tribunales colegiados, cuya cuantificación exacta sería imprescindible para determinar el número de nuevos Juzgados a crear; en cualquier caso, tengo muy serias dudas de que pudieran ser asumidos por los actuales órganos unipersonales sin aumento de sus efectivos.

- a) No me parece que sea hoy digno de consideración el reparo que, en los primeros años de este siglo, se mantuvo respecto de la presumible falta de preparación que podría concurrir en los titulares de estos órganos, cuya provisión se efectuó entre miembros de otros órdenes jurisdiccionales, supuestamente carentes de unos conocimientos que las oposiciones a la carrera judicial no proporcionan. Es cierto que, en las etapas iniciales de funcionamiento de los Juzgados, muchos profesionales echamos de menos la alta competencia técnica que advertíamos en las Salas de los tribunales colegiados, por la fuerte presencia en ellos de miembros de la escala de especialistas. Pero el temor a un deterioro considerable en la calidad técnica de los fallos (que, efectivamente, tuvo lugar en no pocos casos) ha ido diluyéndose con el paso del tiempo: con todas las excepciones que se quiera, las sentencias que en conjunto ponen hoy los Juzgados resisten bastante bien la comparación con las que dictan las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional; es un indicio de ello el reducido porcentaje de sus resoluciones que son revocadas en apelación (aproximadamente, un 25 % en 2021).

Con todo, siguen apreciándose diferencias entre el nivel técnico y la forma de abordar los procesos que existen en los órganos colegiados y los que se perciben en algunos juzgados provinciales (no en los centrales). Muchos imputan esta diferencia de formación y de talante a los hábitos adquiridos en las jurisdicciones de origen (de lo criminal y lo social) en los que se actúa de modo mucho más expeditivo y con menor preocupación por la técnica jurídica. Pero, en lo colectivo, la razón de que se mantengan estas diferencias parece hallarse en la escasez de magistrados especialistas en el colectivo de jueces de lo contencioso⁵, cuya proporción sería deseable que aumentara. La experiencia adquirida en estos años por la mayoría de miembros de este colectivo no sustituye a la conveniencia de una especialización más intensa mediante unas pruebas selectivas que proporcionen unos conocimientos que, como antes dije, están casi ausentes de las oposiciones a la carrera judicial. La mera experiencia permite acceder sin gran dificultad al dominio de las técnicas y principios básicos del derecho administrativo; pero éste ha experimentado en los últimos años una complicación exponencial, que no es fácil asimilar mediante el ejercicio de poner sucesivas sentencias. El problema es que, según todas las referencias, las pruebas selectivas que implantó con acierto la Ley de 1956 han perdido buena parte de su atractivo, tanto por la desaparición del fuerte incentivo

⁵ Solo 3 entre 233, en 2022: un 1 %, cifra que contrasta con el 46 % de especialistas en los Juzgados Centrales, el 36 % en los Tribunales Superiores de Justicia, el 68 % en la Audiencia Nacional y el 50 % en la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Tomo estos datos, como otros muchos que luego expondré, de la meritoria obra de L. Martín Rebollo, *Manual de Derecho Administrativo y Guía para el estudio de las leyes administrativas*, Madrid, Thomson Reuters/Aranzadi, 6.ª ed., 2022, p. 801.

que suponía la posibilidad de optar rápidamente a plazas de la jurisdicción en órganos de mayor categoría cuanto, sobre todo, porque su preparación resulta muchas veces inabordable por la carga de trabajo que pesa sobre los órganos judiciales que ocupan los jueces. El orden jurisdiccional contencioso sigue teniendo un notorio prestigio técnico en la carrera judicial, y el acceso a él debe seguir siendo estimulado, pero mediante sistemas selectivos y formativos distintos de la oposición.

- b) Mucho más profundo es el problema inherente a la unipersonalidad de estos órganos judiciales, que ha sido reiteradamente criticada en la doctrina⁶; a mi juicio con razones más que estimables. No se trata solo, aunque sea significativo, de que todos los países de nuestro entorno cultural mantengan como regla invariable la colegialidad de los órganos que juzgan a las Administraciones respectivas. El problema se halla en los riesgos de sesgo cognitivo que ofrece el desempeño de la tarea de enjuiciar actuaciones públicas. Toda función que permite emitir decisiones con fuerza de cosa juzgada propicia la introducción de sesgos individuales en el razonamiento jurídico, contaminando las resoluciones con preferencias o aversiones personales de todo tipo. Pero, en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, estos riesgos se multiplican, al ofrecer a los juzgadores la utilización, más o menos consciente, de prejuicios y criterios puramente políticos en sus sentencias, porque los litigios que han de resolver tienen muchas veces esta misma naturaleza; no en vano se decía aquello de que *«juger à l'Administration est aussi administrer»*. Un poder intenso de decisión materialmente política, ejercido por una persona individual que es inamovible y prácticamente exenta de responsabilidad, puede tener efectos altamente inconvenientes, que solo el mecanismo de la codecisión puede corregir.

El que tales efectos nocivos no se hayan producido apenas en estos veinte años no exime de la necesidad de prevenirlos y neutralizarlos con el mecanismo de la colegialidad. Entiendo, por ello, que habría de estudiarse seriamente la implantación de la colegialidad en este ámbito, integrando a los actuales jueces y magistrados unipersonales en tribunales colegiados, como de hecho sucede en Francia con los *Tribunaux Administratifs*. Esta reforma, que no ofrecería dificultad física alguna, dada la habitual proximidad de sus

⁶ A partir del contundente estudio del profesor Bocanegra Sierra, R., *Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (modelo español y modelos comparados)*, en el n.º 161 de esta REVISTA (Mayo-Agosto 2003), p. 15 ss. Ya antes advirtió de sus riesgos la *Moción del Departamento de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, con ocasión de la promulgación de la nueva LJCA*, propuesta por el profesor T. R. Fernández (en REDA n.º 100, Octubre-Diciembre 1998, p. 981-982).

respectivas sedes, no impediría la actuación de forma unipersonal para determinadas materias simples y repetitivas (asuntos de extranjería y sanciones de tráfico, por ejemplo) o, sobre todo, para la resolución de incidentes de medidas cautelares, en los que la agilidad y rapidez es un requisito esencial⁷.

2.2. Los órganos de apelación

En apariencia, el diseño de los órganos judiciales de apelación no exigiría modificaciones sustanciales. Esta función debería quedar atribuida a las actuales Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, que quedarían descargadas de los asuntos de los que conocen en primera o única instancia (esto es, todos los mencionados en artículo 10.1 de la Ley). Ello supondría un alivio considerable para estas Salas⁸, lo que quizá aconsejaría la reducción paulatina de sus actuales efectivos. En el diseño que me atrevo a sugerir, no tendría sentido que el número de jueces y magistrados que sirven actualmente las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia (262) siguiera siendo superior al de los que ocupan los Juzgados provinciales y centrales (239).

Esta redistribución funcional resolvería, como es evidente, el permanente problema de la doble instancia, cuyos vigentes límites (los establecidos en el art. 81.1.a de la Ley) son un tanto cuestionables. La sentencia del TEDH *Saquetti Iglesias c. España* ha puesto de relieve la imperiosa necesidad de abordar este problema respecto de todos los recursos cuya repercusión económica en cada recu-

⁷ No parece, sin embargo, que las instancias del Ministerio de Justicia vayan por este camino. El todavía Proyecto de Ley Orgánica de eficiencia organizativa del servicio público de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial (BOCG, Congreso, de 22 de abril de 2022), crea en los nuevos Tribunales de Instancia una Sección de lo Contencioso-Administrativo, que se supone (el Proyecto no lo dice) que englobaría los actuales Juzgados unipersonales, y a las se atribuye el otorgamiento de las autorizaciones de entrada en domicilios, así como de los recursos contra los «actos que expresamente les atribuya la ley» (nuevo art. 93 de la LOPJ). Esta apariencia de colegialidad se desvanece, no obstante, en la nueva redacción que se da al art. 167.1 de la LOPJ, donde se precisa que «En los Tribunales de Instancia los asuntos se distribuirán entre los jueces, las juezas, los magistrados y las magistradas que los integren conforme a normas de reparto predeterminadas y públicas».

⁸ Ciertamente parcial, porque parte de los nuevos asuntos que en lo sucesivo corresponderían a los Juzgados retornarían a los Tribunales Superiores de Justicia en vía de apelación. Pero la importancia cuantitativa de éstos sería escasa: el número de asuntos resueltos en 2021 por los Juzgados (provinciales y centrales) ascendió a 123.573 (Memoria del CGPJ de 2021, p. 437), y el número de sentencias y autos apelados a 19.851 (id., p. 444). Extrapolando estos datos, el porcentaje apenas excedería del 16 %.

rente los haga equiparables a las sanciones penales⁹. No tendría lógica alguna limitar la segunda instancia a estas sanciones, manteniendo la irrecurribilidad de las sentencias contra actos administrativos cuya cuantía, aun siendo inferior a los 30.000 € que establece el art. 81.1.a) de la Ley, tuviera en algunas economías modestas un impacto negativo equivalente.

2.3. La Sala del Tribunal Supremo

En la misma línea, la Sala Tercera del Tribunal Supremo debería prescindir de la resolución de recursos en única instancia que le atribuye el art. 12.1 de la Ley, limitándose a actuar como órgano de casación¹⁰. No tiene la menor justificación que esa Sala invierta tiempo y esfuerzos en resolver, por ejemplo, recursos contra decisiones sobre el cómputo de un trienio de un funcionario del Senado, o contra las decisiones de archivo de denuncias tramitadas por el CGPJ. Pero, además de esta reforma, restan dos cuestiones que merecen una reflexión detallada.

a) La primera de ellas se refiere a los graves problemas suscitados por el vulgarmente denominado recurso de casación autonómico. Sobre su más que deficiente (por no decir que casi inexistente) disciplina normativa se ha dicho ya prácticamente todo, muestra de lo cual fueron las dudas irresolubles que su tramitación planteó en los primeros momentos a los diversos Tribunales Superiores de Justicia (y de la confusión e incertidumbre mayúsculas que suscitó entre los recurrentes). Y la solución pragmática que se ha asentado (aplicar por analogía las reglas relativas al recurso de casación común) no ha solventado dos dificultades especialmente intensas.

En primer lugar, la dificultad en que se encuentran los Tribunales Superiores de Justicia de menor dimensión para constituir la Sala especial prevista en el apartado 3 del art. 86 de la Ley, dado que sus escasos efectivos son a veces insuficientes para constituir un órgano decisor del que estén ausentes los magistrados que dictaron la sentencia recurrida y que, por tanto, pueda actuar con absoluta ajenidad e imparcialidad. Pero, incluso en los casos en los que la formación de tal Sala es posible, la proximidad y las relaciones de amistad

⁹ Es también general el parecer de que la solución esbozada en las SSTS 4550 y 4551/2021, ambas de 25 de noviembre (R 8156 y 8158/2020), y 4883/2021, de 20 de diciembre (R 8159/2020), dando al recurso de casación el valor de una segunda instancia, es tan ingeniosa como insuficiente. Así puede comprobarse en casi todas las colaboraciones que figuran en el número 99 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, de abril de 2022.

¹⁰ Aunque quizá con algunas excepciones muy contadas. A título de mero ejemplo, se me ocurren los procesos en los que se cuestione la constitucionalidad (o la conformidad con el derecho de la Unión) de una norma con rango de ley, o en los que se ejercite una acción de responsabilidad del Estado legislador.

que inevitablemente han de darse entre todos los miembros de una misma Sala (sobre todo, en las de menores dimensiones) son factores que pueden dificultar intensamente una tarea de revisión profunda de sus sentencias. Esté o no justificado, es un sentir general en el mundo de la abogacía la escasísima utilidad de estos recursos.

La segunda dificultad de los recursos de casación autonómica afecta a los procesos en los que las normas supuestamente infringidas pertenecen tanto al ordenamiento estatal (o de la Unión) como al sistema normativo autonómico. El entrelazamiento que existe en la mayoría de los casos entre unas y otras normas hace imposible resolver la duda del específico recurso de casación a utilizar; a lo que ha de sumarse el riesgo de que, interponiéndose dos recursos distintos, la solución que se dé sea contradictoria, porque es virtualmente imposible interpretar la norma de un ordenamiento sin pronunciarse al tiempo sobre la de la del otro.

En esta situación, la única salida razonable a este fenomenal embrollo consistiría en suprimir la llamada casación autonómica y atribuir su conocimiento, también, a la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Contra lo que se ha dicho en alguna ocasión, esta medida no infringiría norma constitucional o estatutaria alguna, ya que tanto el párrafo final del art. 152.1 CE como las normas equivalentes de los diversos Estatutos de Autonomía exigen solo que finalicen ante el respectivo Tribunal Superior de Justicia las «instancias jurisdiccionales o procesales», naturaleza que, como es opinión común, no tiene el recurso de casación; la propia Constitución (párrafo segundo del mismo art. 152.1) declara que la competencia del Tribunal Superior de Justicia en estas materias lo es «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo». Susceptibilidades políticas aparte, no advierto inconveniente alguno en que todos los recursos de casación sean resueltos por el Tribunal Supremo, siendo así que este también se pronuncia con absoluta normalidad sobre la normativa autonómica en numerosos procesos, sin extrañeza ni queja de nadie¹¹.

b) Y una segunda cuestión que merecería ser abordada en una reforma de la planta jurisdiccional, pero que en raras ocasiones se ha suscitado públicamente, es la de la composición de la Sala Tercera, que a mi juicio posee unas dimensiones desproporcionadas. El elevado número de magistrados que la integran en la actualidad (33 teóricos) trae causa tanto de la fusión mecánica de las tres Salas que antes existían cuanto de la brutal acumulación de recursos que se produjo desde los años ochenta del pasado siglo. Y, aunque pudiera entenderse que ese número es ajustado al volumen total de asuntos que la Sala ha de resolver anualmente¹², es también una opinión general que resulta claramente inadecuado

¹¹ A mero título de ejemplo, véase la STS 3660/2021, de 28 de septiembre (rec. 1768/2020).

¹² No es fácil de calcular dicho volumen. El número de recursos (directos y de casación) ingresados en la Sala en 2021 fue de 10.346 (*Memoria...*, cit., p. 437), pero una gran parte de ellos no llegará a ser resuelto por sentencia, por el elevado número de recursos de

para el desempeño de la función nomofiláctica que hoy tiene atribuida con carácter prioritario. Es muy difícil, si no imposible, crear y mantener una línea doctrinal unitaria en un órgano compuesto de treinta y tres personas, todas ellas de un alto prestigio y experiencia, de formación y talante muy dispares y que actúan, además, divididas en seis Secciones sentenciadoras que operan con total autonomía¹³. Ello solo sería posible en un órgano integrada por un número de miembros sensiblemente inferior, apoyados fuertemente por un conjunto de asesores de alta competencia técnica que contribuyan, además, a la conservación de la memoria colectiva.

II. EL TRABAJO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Aun sin ser despreciables, las disfunciones que genera una planta jurisdiccional mejorable son de intensidad mucho menor a las que ocasionan las condiciones físicas en las que se desarrolla el trabajo de jueces y magistrados. Estas condiciones son tan numerosas como complejas y de difícil tratamiento, por lo que su examen en esta ponencia habrá de ser forzosamente escueto.

1. LA CARGA DE TRABAJO

El factor que ha dado lugar, desde siempre, a un mayor número de comentarios y quejas se refiere al volumen de asuntos que han de despachar, en conjunto, los jueces y magistrados de todos los niveles, que unánimemente se considera excesivo; y los datos estadísticos —que casi nunca se exponen con claridad y simplicidad— confirman dicha apreciación.

Basta, en principio, con reproducir la tabla que tomo de la obra de L. Martín Rebollo (p. 829), y que completo con los datos de 2021:

casación inadmitidos por su Sección Primera (en el mismo año, y según informa L. Martín Rebollo en su obra citada, dicha Sección dictó un total de 10.397 providencias y autos de inadmisión). Más realista es la cifra de sentencias dictadas por la Sala, que en el mismo año ascendió a 1.595 (de las que solo 1.574 figuran en el CENDOJ), cifra que da cuenta del número efectivo de recursos que la Sala es capaz de resolver razonablemente en un ejercicio (teniendo en cuenta que, en ese año, la Sala tuvo una composición disminuida —entre 28 y 25 miembros— debido a la no cobertura de sus vacantes).

¹³ No es un óbice a lo que se expone el que las Secciones sentenciadoras actúen de modo especializado sobre conjuntos de materias concretas. Aparte que la distribución de materias es objeto de modificación periódica, una gran parte de las cuestiones que son o deberían considerarse de interés casacional objetivo son de carácter transversal a los asuntos de que conocen todas las Secciones, empezando por las de carácter procesal o procedimental.

AÑOS	ASUNTOS INGRESADOS	ASUNTOS RESUELTOS	ASUNTOS PENDIENTES	SENTENCIAS DICTADAS
2007	265.968	257.742	330.225	158.017
2008	307.146	275.000	361.767	169.001
2009	317.120	292.510	388.153	182.623
2010	287.444	299.346	376.892	186.370
2011	289.902	282.973	380.398	182.676
2012	226.025	277.515	321.749	175.662
2013	191.088	260.103	255.837	161.549
2014	206.700	234.218	231.672	153.658
2015	198.720	230.040	207.054	145.968
2016	196.157	213.655	191.836	138.435
2017	195.908	205.396	186.250	131.779
2018	208.374	210.213	188.053	126.849
2019	249.367	226.620	211.616	133.570
2020	194.223	191.948	215.973	122.112
2021	224.622	224.516	220.878	136.284

Esta tabla debe completarse con el dato —fundamental— del número de jueces y magistrados que han de afrontar este volumen de procesos, y que en 2022 fue de 570¹⁴. Y de ello se deduce fácilmente:

- que el número de procesos que ingresan anualmente en la jurisdicción contenciosa parece hallarse estabilizado en torno a los doscientos mil, aunque la serie histórica no hace improbable que en algún momento pueda excederse sensiblemente esta cifra (como sucedió en los años 2007 a 2011);
- que el número de asuntos resueltos en cada año (es de suponer, terminados en cualquiera de las formas que la Ley prevé) está muy próximo, con pequeñas variaciones al alza o a la baja, al de asuntos ingresados;
- que, aunque el dato anterior parece indicar que la estructura actual de la jurisdicción es suficiente para hacer frente al volumen de asuntos que ingresan cada año, ha de tenerse en cuenta que, año tras año, resta por

¹⁴ Según los datos que tomo de la obra de L. Martín Rebollo (p. 801), provenientes del CGPJ y del último escalafón, la distribución de esta cifra entre los diferentes niveles jurisdiccionales es la siguiente: Juzgados de lo contencioso-administrativo, 239; Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, 262; Juzgados Centrales, 13; Sala de la Audiencia Nacional, 41; Sala Tercera del Tribunal Supremo, 28.

resolver una masa de asuntos pendientes que equivale, aproximadamente, a un año total de nuevos recursos, una masa que no experimenta una clara tendencia al descenso (lo que imagino que debe producir no poco desaliento); y

- que el número de asuntos resueltos es parcialmente engañoso: el dato de productividad efectiva del sistema figura en la columna de sentencias dictadas (esto es, de los procesos que finalizan normalmente tras su íntegra tramitación), dato que revela, probablemente, la tasa máxima de resolución *completa* de que es capaz el sistema¹⁵, y que supone que, por término medio, cada Juez o Magistrado puso, en 2021, *239 sentencias*¹⁶; y que este ritmo debió reproducirse en 2022 y que deberá reiterarse los años venideros. Teniendo en cuenta que el ejercicio comprende no más de 220 días hábiles, ello supone que cada sentencia habría de elaborarse y completarse en algo menos de *una sola* jornada de trabajo.

Esta cifra final es, a todas luces, un exceso, no solo desde el punto de vista subjetivo de cada Juez o Magistrado, sino desde la perspectiva de las partes, que aspiran a que sus respectivas posiciones reciban una atención equivalente a la que ellas mismas les han prestado; lo que este volumen de trabajo hace prácticamente imposible. Si convencionalmente equiparamos el trabajo que requiere la elaboración de una sentencia al que exige la redacción de la correspondiente demanda, la experiencia propia (y la que he podido apreciar en los letrados cuyo trabajo he tenido que dirigir) me dice que una demanda difícilmente consume menos de tres o cuatro días hábiles, si ha de hacerse con la mínima calidad necesaria para permitir su éxito; de manera que el número de sentencias que sería razonable que tuviera que poner cada Juez o Magistrado no debiera ser superior a setenta y cinco (una cada tres días, o quizá algo más). De otra forma, aun contando con la sabiduría que proporciona la experiencia y la formación, disponer para esta tarea de un tiempo sensiblemente inferior presiona a simplificar los términos del debate, a omitir argumentaciones demasiado complejas y, en suma, a redactar sentencias un tanto expeditivas y de baja calidad, aunque su fallo sea enteramente justo. Las quejas que escuchamos frecuentemente, de los litigantes y de sus abogados, acerca de la mala calidad de las sentencias pueden tener su explicación, en muchos casos, en esta circunstancia.

¹⁵ No olvido que los procesos que finalizan por desistimiento u otras causas pueden generar también una importante carga de trabajo (por los incidentes de medidas cautelares o de la fase de prueba, por ejemplo). No lo tomo en cuenta, sin embargo, teniendo en cuenta el apoyo que en esta tarea prestan los Letrados de la Administración de Justicia. Desde el punto de vista de los miembros de la carrera judicial, entiendo, salvo error por mi parte, que el mayor índice de esfuerzo radica en la confección de la sentencia.

¹⁶ Memoria del CGPJ, *cit.*, p. 447.

Como fácilmente puede deducirse, mantener la tasa actual de resolución de asuntos con la debida calidad y sin presiones que degraden el producto, exigirá un incremento sustancial del número de jueces y magistrados, cuyo volumen no parece necesario intentar calcular ahora¹⁷. Y aún restaría, si se quiere reducir el plazo de duración de los procedimientos, la enorme mochila de asuntos pendientes, que requeriría un esfuerzo más considerable aún, aunque transitorio, con medidas que no parece oportuno sugerir ahora.

2. LOS MEDIOS

Los miembros de la jurisdicción desempeñan su tarea en un entorno que condiciona seriamente su actividad. Se trata de una circunstancia obvia, común a cualquier tipo de trabajo intelectual, pero que, en el caso del mundo judicial, ofrece peculiaridades; y, a su vez, algunas de ellas, presentan matices característicos de este orden jurisdiccional.

2.1. Las sedes y el alojamiento físico

Un aspecto de este entorno al que no se ha prestado la atención que merece es el del alojamiento físico de los órganos jurisdiccionales. Es cierto que su adcentamiento y dignidad han sido objeto de algunas mejoras en los últimos decenios merced al esfuerzo financiero de algunas comunidades autónomas (no tanto de la Administración General del Estado); pero aún continúan existiendo sedes jurisdiccionales que producen lástima, incluso indignación a los terceros que nos vemos en la necesidad de visitarlas. Dicho con todos los respetos, el paso desde la sede de un ministerio o consejería (no digo ya desde las oficinas de una empresa poderosa) a la que alberga algún juzgado o tribunal produce una sensación equiparable a la que se percibiría trasladándose desde un organismo público de la Alemania Federal a otro de un país del tercer mundo: por lo general, los abogados nos resistimos a las peticiones de clientes que desean acceder a estas oficinas, porque nos da vergüenza ajena.

No se trata solo de una cuestión de imagen; que también. Parece milagroso que en tales condiciones físicas de amontonamiento de personas y millares de legajos puedan producirse resoluciones adecuadas y meditadas, y que no tengan lugar errores, extravíos y confusiones. Esta situación es, por supuesto, ajena al

¹⁷ A título meramente comparativo, cabe recordar que, en la República Francesa, el número de magistrados que sirven en los *Tribunaux Administratifs* y en las *Cours Administratifs d'Appellation* asciende a 1.200; y que el *Conseil d'État* se compone de unos 300 miembros (de los que habría que descontar a unos 30, exclusivamente dedicados a la función consultiva). Los datos están extraídos de la página web del Conseil.

colectivo judicial, que la ha soportado con un espíritu estoico de austeridad; pero es insostenible.

2.2. *El apoyo al trabajo judicial*

Esta deficiencia afecta a todos los órdenes jurisdiccionales, por lo que no debe retener más nuestra atención. Mucha más relevancia, a mi entender, reviste otro aspecto del que se habla aún menos, el del necesario apoyo al trabajo judicial, cuya práctica actual produce sorpresa a quienes nos relacionamos con la jurisdicción.

Desde tiempos inmemoriales, la labor procesal de un juez se ha caracterizado por ser exclusiva y rigurosamente *individual*. El juez, por así decir, se ha visto obligado a *hacer todo* en *todos* los procesos e incidentes que estos generan, solo aliviado con un apoyo en tareas secundarias e interlocutorias: tramita todo el proceso, resuelve las incidencias más relevantes, gestiona y practica la prueba, y redacta la sentencia (o la ponencia de la misma) sin apenas colaboración.

Es necesario decir, con entero respeto, que esta forma de trabajar es absolutamente ineficiente, y que fue dejada atrás, desde hace siglos, en todas las organizaciones, tanto públicas como privadas, en las que rigen los principios de división del trabajo y de colaboración con pares. Nuestra legislación improvisó un leve correctivo con la transformación de los antiguos Secretarios judiciales en Letrados de la Administración de Justicia; pero se trata, a mi juicio, de una medida parcial y generadora de conflictos. Se limitó a entregar las tareas interlocutorias del proceso a estos profesionales, reduciendo (supuestamente) la labor del Juez o Magistrado a poco más que la elaboración de la sentencia, lo que en muchos casos supone una interferencia decisiva en la marcha y resolución del proceso. Y, si es cierto que los miembros de la carrera judicial pueden delegar algunas de estas tareas, no lo es menos que toda decisión relevante ha de adoptarse bajo su control directo, como la jurisprudencia constitucional se encargó de recordar (STC 58/2016). Pero, sobre todo, entiendo que esta solución es insuficiente, porque las necesidades de apoyo al trabajo judicial son mucho más amplias, en tres planos.

2.2.1. El apoyo logístico

Los jueces y Tribunales precisan, en primer lugar, de un sólido *apoyo logístico* en el manejo de la documentación procesal. El desmesurado volumen (y frecuente desorden) que posee esta documentación exige la cooperación no de juristas subordinados, sino de gestores expertos en el trabajo administrativo que controlen y tengan noticia global de ella; que la digitalicen e indexen, cuando no lo está, para hacerla manejable sin pérdida de tiempo; que adviertan de los procesos repetitivos y en masa, de los que se hallen paralizados sin motivo justificado o

en cualquier otra situación anormal; y que fiscalicen los actos de comunicación a las partes, por no citar más que algunas de estas tareas.

2.2.2. El apoyo técnico-jurídico

No es menos importante la necesidad de un *apoyo técnico-jurídico*. La figura hipotética de un juez omnisciente, que conoce al completo toda la normativa aplicable y su respectiva jurisprudencia, y —sobre todo— que es capaz de resolver por sí solo todas las dudas que cada litigio plantee y de dictar el fallo, responde a una forma arcaica de trabajar; una realidad exactamente igual de sobrepasada que la del abogado clásico, propietario de un despacho unipersonal. La construcción de un razonamiento acertado —o, al menos, no excesivamente aventurado— exige en muchos casos un previo chequeo, privado, informal y amistoso, de las opiniones preconcebidas con otra u otras personas de competencia similar o superior en la materia de que se trate. Hablo de mi propia experiencia profesional como abogado, que no creo sea muy disímil de la del juez que ha de pronunciarse sobre mis escritos; y, aunque estos hayan de ser, inevitablemente, una pieza discursiva de una sola mano, la seguridad en lo que se razona solo se obtiene tras la exposición de los argumentos principales a un compañero y escuchando su parecer (que podrá asumirse, o no).

Esta forma de trabajar es poco frecuente en el mundo judicial, en el que predomina el trabajo solitario. Los profesionales del Derecho tenemos la impresión de que ello puede deberse a que el inicio de la profesión en la soledad de los juzgados unipersonales habitúa a adquirir un modo acentuadamente individual de trabajar. La posterior integración en órganos colegiados (o en grupos judiciales próximos, como sucede con los juzgados provinciales o centrales) no invita a proceder de otra manera, ya sea por el temor a ser considerado indocto, ya por el prejuicio de que ningún juez debe interferir en la resolución de casos ajenos, salvo en el campo de la deliberación colegiada formal. Y súmese a ello la presión del trabajo, que hace de la consulta un lujo inasequible en muchas ocasiones, y la realidad de que las sentencias se elaboran y redactan con mucha frecuencia en la soledad de un domicilio privado, porque en la sede del órgano la concentración es imposible, o porque la sentencia ha de confeccionarse muchas veces en horas o días inhábiles.

Creo, en resumen, que el desempeño individualizado del trabajo judicial no podrá mantenerse mucho tiempo. Todos los jueces y magistrados, ya de órganos unipersonales como colegiados, precisan de una asistencia próxima, inmediata y de calidad que permita la discusión previa de los argumentos y de las soluciones, y que libere al titular del órgano de tareas secundarias, como la búsqueda de jurisprudencia, de precedentes, o la simple localización de documentos en expedientes

complejos¹⁸. Aunque su configuración admita importantes mejoras, la figura del Gabinete Técnico existente en la Sala Tercera (o de los grupos de Letrados en el Tribunal Constitucional) debiera ser objeto de extensión a todos los órganos colegiados, e incluso a las agrupaciones de juzgados unipersonales. Y más digna de consideración, por más que hoy parezca irreal, por tradición y por motivos presupuestarios, sería la idea de una carrera judicial en la que su inicio se desempeñase como juez o jueza adjunto al titular de un órgano, que prestaría estas funciones de asistencia y asesoramiento al tiempo de adquirir experiencia y acreditar valía suficiente para acceder a su titularidad.

2.2.3. El asesoramiento en materias técnicas

Y no puedo dejar de llamar la atención sobre una última necesidad de asistencia, esta vez referida al *asesoramiento en materias técnicas*, propias de la ciencia económica o de las disciplinas de ingeniería, cada vez más presentes en múltiples litigios de la llamada Administración económica. Estos asuntos han de resolverse en base a informes de parte emitidos en fase de prueba, todos ellos naturalmente sesgados (también los de la Administración), y sobre cuya solidez los jueces y magistrados carecen lógicamente de capacidad de valoración; exactamente lo mismo que ocurre a los letrados defensores de las partes.

Este problema, hoy realmente acuciante, tiene difícil solución, y no puede seguir siendo abordado en base a apreciaciones intuitivas formadas en el trámite de ratificación de los informes (que solo dan cuenta de la capacidad y gracia comunicativa de los expertos, no de la solidez de sus opiniones, que sigue siendo inasequible para un jurista). Tampoco es satisfactoria la utilización del sistema del tercer perito designado por insaculación, cuya competencia técnica es muchas veces inferior a la de los técnicos informantes como asesores de las partes. Y es impensable un intento de formación de parte de los jueces en estas materias, la cual ha de seguir siendo ante todo jurídica: la mente humana tiene la capacidad justa para hacer de una persona un buen jurista, y está fuera de toda posibilidad, salvo en seres anormales, conseguir ser, al tiempo, un economista o ingeniero de alto nivel.

¹⁸ Aunque se encuentre a años luz de nuestra organización, y responda a unas pautas de conducta muy distintas, sería ilustrativo tomar nota de la forma de trabajo en la que opera el *Conseil d'État* en su sección de lo contencioso. Se trata de un procedimiento aparentemente lento y laborioso, pero que no impide al *Conseil* dictar un número anual de *arrêts* superior al de sentencias pronunciadas por la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo. Debo el detalle de este procedimiento (que no figura en norma alguna y que, por su complejidad, sería imposible resumir aquí) a la gentileza de M. Francis Donnat, *conseiller d'État*. Una información (parcial) de dicho procedimiento puede encontrarse en Bruno Genevois, *Comment tranche-t-on au Conseil d'État?*, Colloque au Sénat, Paris, Palais de Luxembourg les 29 et 30 septembre 2006, (en [https://www.senat.fr/colloques/office du juge21.html/](https://www.senat.fr/colloques/office%20du%20juge21.html/)), y en Daniel Labetoulle, *Une histoire de troika*, en Mélanges Dubois, Paris, Dalloz, 2002, p. 83.

Un asesoramiento confiable de los jueces y tribunales, en algunos casos relevantes y técnicamente complejos, solo puede ser obtenido de instancias cuya solvencia e imparcialidad esté asegurada por códigos deontológicos internos. A título meramente ejemplificativo, me atrevería a sugerir la posibilidad de acudir a las corporaciones colegiales, a algunas Administraciones (realmente) independientes, que poseen *staffs* técnicos de alta competencia, o a alguna de las Reales Academias, hoy manifiestamente infrautilizadas, cuyo prestigio institucional y su pluralidad interna serían el mejor seguro de imparcialidad de sus opiniones.

3. LA FORMACIÓN

Desde la óptica en la que se ha elaborado esta ponencia, tratar de la formación jurídica de los miembros de la jurisdicción parece superfluo, porque no existe percepción alguna de un problema en este ámbito. Los abogados y los litigantes formulan frecuentes quejas acerca de la insuficiencia argumental de muchas sentencias, de su oscuridad o de su supuesto sesgo a favor de las Administraciones demandadas, pero son pocas las que cuestionan su consistencia técnica.

Es una opinión generalizada, desde hace ya bastantes años, que la calidad técnico-jurídica de las sentencias de la Jurisdicción ha alcanzado un nivel más que estimable¹⁹. Esto tiene su origen en el acierto que supuso la creación, en 1956, de la escala de especialistas, que tuvo la fortuna de atraer a un conjunto de jueces muy cualificados, dicho sea sin la menor finalidad laudatoria, y, tras ellos, a otros jueces y magistrados a los que resultaba sugestivo integrarse en un orden jurisdiccional revestido de un fuerte prestigio técnico. En contraste, ha sido mucho menos eficaz la política de jornadas de especialización organizadas por el CGPJ; sin mengua de su interés científico, estas jornadas han servido más bien como foros de encuentro y eventos de socialización de miembros de la jurisdicción; lo que tampoco es despreciable en una profesión que empuja al aislamiento personal. Desde el punto de vista de la abogacía, y de las propias Administraciones, se echa en falta la organización de cursos en materias muy técnicas a que antes me referí, como la regulación de sectores energéticos, defensa de la competencia, telecomunicaciones y protección de datos; cursos que debieran ser impartidos por profesionales de las empresas privadas respectivas, y que no deberían limitarse a jornadas testimoniales. Entiendo las dificultades inherentes al abandono parcial del trabajo durante

¹⁹ Y es justo reconocer que a ello ha contribuido, también, el incremento de la formación de los abogados que trabajan habitualmente ante este orden jurisdiccional, cuyas alegaciones, resumidas en las sentencias, ya no suelen, salvo excepciones, suscitar sonrojo. Me consta que esta opinión no es compartida en el seno de los órganos superiores de la jurisdicción, que se lamentan de la baja calidad de muchos escritos y que valoran muy positivamente la experiencia francesa de los *avocats devant le Conseil d'État*; pero me temo que, en el ambiente social presente de aversión a la meritocracia, esta posibilidad es inalcanzable.

un tiempo relativamente prolongado, pero una formación sólida en cualquiera de estas materias no puede conseguirse en períodos muy cortos.

Dificultades mayores ofrecería una técnica de formación cuya ausencia resulta poco explicable en otros países: me refiero al trasvase natural, durante períodos prolongados, de miembros de las profesiones jurídicas entre los sectores público y privado, comprendiendo en el primero a la judicatura; sectores que presentan en España una fuerte impermeabilidad recíproca. Entre nosotros, el trasvase temporal a puestos de trabajo en las Administraciones de profesionales privados y de jueces y magistrados es absolutamente excepcional, salvo para el desempeño de cargos de confianza política; es también poco frecuente la incorporación de funcionarios y profesionales privados a puestos en el poder judicial (salvo por el cuarto turno), como sucede en los países anglosajones; y el salto a actividades privadas de funcionarios de la Administración y de miembros de la judicatura es frecuente en el primer caso e inusual en el segundo, teniendo normalmente un carácter definitivo, al estar motivado por razones económicas.

Sería deseable, aunque no se me ocultan sus innumerables dificultades, que esta impermeabilidad desapareciera. Limitándome a lo que aquí interesa, entiendo que sería muy positivo que miembros de la jurisdicción pudieran realizar *stages* prolongadas en los departamentos jurídicos de grandes empresas y de firmas de abogados; no a título de visitantes distinguidos, sino para realizar en esas organizaciones el mismo trabajo que desempeñan sus letrados internos. Y, a la inversa, que dichos letrados pudieran realizar paralelas incorporaciones a órganos judiciales, con funciones y status idéntico al de los integrantes de la carrera judicial.

No parece necesario ponderar la eficacia formativa que, para unos y otros, poseerían estas estancias temporales: tanto en la adquisición de habilidades técnicas como de conocimientos personales y sociales. En la actualidad, es un hecho lamentable que los abogados privados tengan una completa ignorancia de los problemas, del lenguaje y de la forma de trabajo, de pensar y de ver el mundo, en suma, que rige en el interior del poder judicial; como que, de la misma manera, los jueces y magistrados desconozcan mayoritariamente los mismos aspectos de las empresas y clientes a las que los abogados sirven y de las peculiaridades de esta actividad privada que, salvo excepciones, no es tan agobiante ni tan lucrativa como se supone. Creo que el retorno de estas personas a sus puestos de trabajo de origen sería sumamente fructífero, para sus organizaciones respectivas y para ellos mismos.

4. LA RETRIBUCIÓN

El aspecto retributivo de la función judicial es una cuestión de inexcusable tratamiento en un análisis global del estado actual de la jurisdicción contenciosa. Es obvio que esta cuestión preocupa prioritariamente —y legítimamente— a los miembros de los órganos jurisdiccionales; pero sería erróneo e injusto considerarla como la típica reivindicación de un colectivo laboral más. Esa preocupación es

compartida por algunos de los sectores más responsables de la abogacía, que ven en ella un factor de riesgo y de incomodidad.

Desde el mundo de la abogacía siempre se ha contemplado, con lástima e inquietud, el maltrato económico que las sucesivas Administraciones han otorgado históricamente a los jueces, junto a otros colectivos funcionariales de alta incidencia social, como los educadores y los sanitarios, entre otros, con los que comparten la desdicha de hallarse alejados de los centros administrativos donde se adoptan las decisiones de reparto del capítulo I de los Presupuestos; un estado de cosas que han soportado, como sus alojamientos, con estoicismo. Aunque no suele expresarse públicamente, el mundo privado tiene también plena conciencia del desincentivo laboral que supone esta situación: la función judicial carece de un componente vocacional tan intenso como el que poseen la educación o la sanidad; lo cual, unido a la dureza de la tarea, y a la presión de un trabajo que resulta año tras año inabarcable (el número de asuntos pendientes nunca parece descender), hace plausible suponer que la infrarretribución opere como un factor de fuerte desaliento y, en definitiva, de malestar. Lo cual no es bueno para nadie.

III. EL DISEÑO DEL PROCESO CONTENCIOSO

El análisis de los problemas que afectan a la jurisdicción contencioso-administrativa ha de contemplar, además de las cuestiones de estructura, las de carácter funcional: esto es, los defectos e insuficiencias de que adolece el proceso contencioso y las dificultades que su regulación actual crea a quienes litigan ante ella.

Estas deficiencias no son excesivas ni, salvo en algún aspecto concreto, de importancia capital. El proceso que diseñó la Ley de 1956 es, en líneas generales, simple, ágil y satisfactorio: proporciona a las partes la posibilidad de exponer sus alegaciones sin límites artificiales, y permite al órgano juzgador extraer del debate todos los elementos necesarios para su resolución. Esta es, creo, la sensación general en el sector de la abogacía, que encuentra confortable y adecuada la regulación del proceso, y en el que no se percibe la necesidad de proceder a una completa reestructuración del mismo. Todos nos felicitamos de la lucidez que mostraron en 1956 los profesores González Pérez y Ballbé Prunes.

Por supuesto, la Ley de 1998 no está exenta de defectos: sin duda, no hay en ella artículo alguno cuya lectura no descubra ambigüedades innecesarias o errores que debieran ser rectificadas. Muchos son de pequeña intensidad, por así decir, y son los que han sido objeto de atención en los sucesivos y fallidos anteproyectos de ley²⁰, los cuales, además de fijar la atención, preferentemente, en problemas de

²⁰ Como el antes citado Anteproyecto de 2013, y el llamado Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal al Servicio Público de Justicia, sobre el que recayó un extenso e importante informe del CGPJ.

muy escaso alcance²¹, como antes advertí, estaban concebidos desde la perspectiva dominante del funcionamiento interno de la jurisdicción y del trabajo de sus miembros, sin apenas preocupación por las facilidades de acceso a la misma y por la comodidad de quienes litigan ante ella.

Enumerar todos estos defectos exigiría dotar a esta ponencia de unas dimensiones inasumibles. En consecuencia, habré de limitarme a glosar algunos de los más importantes, bien que desde perspectivas que no son habituales en los análisis que se han hecho del texto legal.

1. EL PROBLEMA DE LA CONGESTIÓN Y DE LOS LITIGIOS MASIVOS

1.1. *La fórmula de las comisiones independientes*

El problema del desproporcionado número de recursos que se interponen ante la jurisdicción ha sido denunciado en numerosas ocasiones. Pero el único estudio que lo ha abordado en profundidad, el Informe y la Memoria explicativa del Anteproyecto de 2013, se limitó, en el orden de las soluciones, a desarrollar la fórmula de las comisiones independientes que figuraba ya en el art. 107.2 de la Ley 30/1992 como instrumento que dotara de alguna utilidad al ineficaz sistema de recursos administrativos. A este efecto, propuso una regulación de naturaleza puramente básica que requería, para su efectividad, de iniciativas legales para la implantación de estas comisiones en los diversos sectores de la actividad administrativa.

Ocioso es señalar que esta propuesta no dio lugar a ninguna iniciativa parlamentaria y que, dos años después, la Ley 39/2015 volvió a reiterar, literalmente, la previsión abstracta que la Ley 30/1992 había hecho; lo que acredita, hasta el cansancio, que ninguno de los sucesivos gobiernos, ni sus respectivas Administraciones, de todos los niveles, tiene ni ha tenido el menor interés en aplicar una sola de las técnicas sugeridas treinta años atrás. Ello no es solo un síntoma de desidia, sino de una actitud mucho menos presentable: que las Administraciones se encuentran absolutamente cómodas con el vigente sistema de recursos (la creación de los tribunales de recursos contractuales se realizó por imposición de las directivas de la Unión Europea); que la congestión que produce en el funcionamiento de la jurisdicción diluye la efectividad del control judicial, al posponer a un futuro lejano la resolución definitiva de los conflictos; y que, en definitiva,

²¹ Por ejemplo, en el Anteproyecto de Ley de Medidas, la forma de personación ante el órgano judicial competente cuando el que ha recibido el recurso declara su falta de jurisdicción o competencia (arts. 5.3 y 7.3 de la ley), la obligación de remisión del expediente en soporte electrónico (art. 48 de la ley), o la devolución del expediente a la Administración de origen en los supuestos de desistimiento (art. 54.3). Y, en el Anteproyecto de 2013, la facilitación del allanamiento (art. 75) o el plazo para formular las alegaciones previas (art. 58).

las disfunciones que genera en el funcionamiento de la jurisdicción y la carga que supone para los ciudadanos les trae absolutamente sin cuidado, dicho con toda la claridad que el lenguaje castellano permite.

La objetividad, sin embargo, obliga a ponderar la utilidad de estas fórmulas para lograr una descongestión apreciable del sistema de control contencioso; un aspecto en el que me parece que rige un cierto optimismo. El Informe y Memoria de 2013 mencionaba las experiencias de los tribunales económico-administrativos, del Tribunal Central de Recursos Contractuales y del Consell Tributari del Ayuntamiento de Barcelona, cuyas estadísticas arrojaban un porcentaje de reclamaciones y recursos estimados del 36,2% y del 22,4%, respectivamente. Pero suponer que estas tasas de eliminación de posibles recursos contenciosos podrían extrapolarse a todos los restantes supuestos de comisiones independientes es, a mi juicio, un tanto aventurado, porque la intensidad del control de legalidad que ejerzan dependerá, ante todo, del grado real de independencia de los órganos respectivos respecto de los controlados (que es, por ejemplo, bastante sólido en el citado Tribunal Central de Recursos Contractuales; algo menos, en los equivalentes autonómicos, y poco menos que simbólico en algunos tribunales de ámbito local).

Entiendo, en definitiva, que la implantación del sistema de comisiones independientes, y la obtención de un porcentaje aceptable de resoluciones estimatorias, contribuiría a mejorar la imagen de la Administración frente a los ciudadanos, pero dudo que permitan reducir de modo sustancial el número anual de recursos que ingresan en la jurisdicción.

1.2. Las técnicas de los pleitos testigo y de extensión de efectos de las sentencias

El Informe y Memoria explicativa del Anteproyecto de 2013 realizó también un completo chequeo de los dos procedimientos regulados en los arts. 110 y 111 de la ley como técnicas para resolver el problema de los recursos en masa. Y sus conclusiones, que comparto plenamente, fueron ciertamente desalentadoras: de la técnica de extensión de efectos, después de analizar impecablemente sus deficiencias, dijo que «el resultado final es que, lejos de disminuir, el número de recursos se ha incrementado en todas las instancias y también se ha multiplicado el número de recursos de casación que se pronuncian sobre temas referidos a extensión de efectos, llegando a generar cientos de sentencias que han congeccionado algunas Secciones».

El Informe y Memoria, de modo un tanto extraño, no se pronunció tan negativamente sobre el sistema del proceso testigo, cuyas deficiencias se me antojan notorias. La primera, su puesta en práctica por el órgano jurisdiccional: seleccionar y separar «una pluralidad de recursos con idéntico objeto» es algo que se dice pronto, pero que no puede hacerse en el momento inmediato a su interposición, sino una vez formalizada la demanda, porque solo entonces puede comprobarse que los sucesivos recursos se refieren a la misma actuación administrativa, y que los motivos de impugnación y las pretensiones que se ejercitan son también

sustancialmente idénticos; lo cual exige un examen previo de todos estos escritos (y de los que pueden parecersele), lo que excede de la capacidad de tramitación de cualquier juez e incluso de la oficina judicial (todo ello, supuesto que el conjunto de estos procesos obre en el mismo juzgado o tribunal, y no disperso entre una pluralidad de ellos).

Pero si el proceso testigo plantea dificultades operativas para el juzgador, tampoco puede decirse que sea satisfactorio para los recurrentes: al contrario. Como ya advertí hace años, la selección del proceso es contemplado con desconfianza, cuando no con irritación, por los recurrentes cuyo procedimiento no es el elegido, que no aceptan que sus intereses queden al albur de lo que el recurrente del proceso seleccionado haga, ni están dispuestos a admitir que su dirección procesal sea más competente ni que tenga mayor capacidad para montar argumentaciones más convenientes que la propia.

Desconozco el número de recursos a los que han podido aplicarse estas medidas de agilización desde 1998; pero la evolución creciente del número de recursos interpuestos y resueltos en este cuarto de siglo (II, A) no parece revelar que hayan tenido una incidencia digna de consideración.

2. LAS DIFICULTADES DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN

Con todo, el problema de la superabundancia de recursos es algo que los usuarios del servicio de la justicia, los recurrentes, solo perciben indirectamente a través de la demora en resolver los procesos. Prestan mucha mayor atención a las dificultades y tropiezos que sufren durante la iniciación y desarrollo de estos, lo que también debería requerir una mayor atención del legislador.

Se ha dicho muchas veces que el derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito contencioso se asemeja a una carrera de obstáculos diseñada para imponer una penosidad especial en el acceso a la jurisdicción, cuando no para propiciar la muerte súbita y anticipada de los procesos. Las vías administrativas previas (de instancia y de recurso) ya constituyen una fase repleta de peligros, por la preclusividad de los plazos; pero la regulación del proceso tampoco está exenta de ellos.

2.1. *El régimen de distribución de competencias*

La escasa reflexión que precedió a la proliferación de los órganos jurisdiccionales creados a partir de 1977 tuvo una inmediata y nefasta consecuencia en el diseño de la distribución de competencias entre todos ellos, que superó en muchos puntos la irracionalidad del esquema organizativo.

Son diversas las razones que explican el impresentable mosaico que luce en los arts. 8 a 14 de la ley, indescritiblemente enrevesado y de un casuismo que haría palidecer de envidia a los autores de los manuales tridentinos de confesión, si pudieran leerlos. El *push down* o descarga hacia órganos «inferiores» de los asuntos aparentemente menos relevantes o cuantiosos, o simplemente más aburridos

(por ejemplo, en materia de personal o extranjería), es una de ellas, sin que sirva de justificación que desplazamientos similares se producen en las jurisdicciones de otros países. Pero la menos explicable y justificable de las razones se encuentra en lo que en alguna ocasión se ha llamado principio protocolario o criterio dignitario: esto es, el prejuicio de que los actos de cualquier autoridad administrativa solo deben ser enjuiciados por un órgano de «categoría» más o menos equivalente (los del gobierno y órganos constitucionales, por la Sala del Tribunal Supremo; los de los ministros y secretarios de Estado, por la de la Audiencia Nacional, etc.). Este prejuicio es perfectamente gratuito, y desconoce además el hecho patente de que los órganos políticos y administrativos hacen gala de un desinterés prácticamente absoluto por el juez o tribunal ante el que se impugnan sus actos (y por el resultado final de los respectivos pleitos).

Un régimen de distribución de competencias en el que, para no perderse, es necesario consultar un libro de 476 páginas²² tendrá todas las explicaciones históricas que se quieran; pero defensa, ninguna, por su completa disfuncionalidad. Imagino que debe suscitar dudas insolubles a los miembros de los juzgados y las salas cuando han de decidir sobre la procedencia de entrar a conocer de un asunto (o, en su lugar, plantear un conflicto). Pero estas dudas son mucho más graves cuando afectan a los letrados a los que se encomienda el inicio de un proceso, haciéndoles incurrir en numerosos errores. Por fortuna, la redacción del art. 7.3 de la Ley impide que estos lapsus acarreen la muerte definitiva de la acción (como sucedió bajo la vigencia de la Ley de 1956, hasta el giro impuesto por las SSTC 22/1985 y 90/1991); pero el error en la elección del juez o tribunal competente conlleva no solo un retraso de varios meses en el comienzo definitivo del procedimiento, sino el injusto bochorno que sufre el profesional ante el cliente que desconoce la complejidad de estas reglas («este abogado no sabe ni a qué juzgado dirigirse»). Debiera, por tanto, ser objeto de una completa remodelación, sustituyéndolo por unas cuantas reglas claras y simples, si es que no se optara por la simplificación del esquema orgánico a que antes me referí²³.

2.2. Los obstáculos formales

El acceso al proceso contencioso se encuentra sembrado, además, de requerimientos formales, tan estrictos como en ocasiones, ambiguos y de difícil cumpli-

²² Me refiero al imprescindible libro de A. Ardura Pérez, F. J. Nogales Romeo y C. Romero Rey (2008), *La competencia objetiva en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

²³ Estas valoraciones son compartidas por J. M.^a Chamorro González, *La organización...*, cit., p. 57, que se expresa con no menos contundencia: el orden de competencias establecido en la Ley es «asimétrico y heterogéneo, con ausencia de orden lógico y racional, generando en el ciudadano y en las propias administraciones públicas, auténticos protagonistas de la justicia administrativa, aficción a su derecho a la tutela judicial efectiva y también a la igualdad».

miento. Las Administraciones, los miembros del poder judicial y los letrados con larga experiencia estamos ya habituados a ellos y los consideramos como una parte natural del paisaje; pero causan seria extrañeza a los recurrentes que no frecuentan la jurisdicción contenciosa, así como a sus abogados defensores, a los que hace incurrir en frecuentes errores, de resultados fatales.

Esta reacción no debe suscitar extrañeza, porque estos obstáculos no solo son inexistentes (o mucho menos rigurosos) en otro tipo de procesos, sino que carecen de justificación objetiva; las explicaciones que se han improvisado para propugnar su mantenimiento son más pretextos que otra cosa. En realidad, fueron concebidos para limitar artificialmente las posibilidades de que las actuaciones administrativas fueran impugnadas y eventualmente anuladas; y dan la imagen de una visión de los recurrentes como un conjunto de querulantes egoístas y pelmazos a los que ha de tratarse con particular severidad formal, poniendo obstáculos innecesarios en su camino. Es cierto que algunos de ellos han sido eliminados o aliviados por la jurisprudencia contenciosa y constitucional, pero restan no pocos que no está de más recordar.

a) El más importante y gravoso de estos obstáculos se encuentra en el régimen de plazos preclusivos de iniciación del procedimiento. El art. 46 de la vigente ley es un auténtico semillero de problemas para los litigantes no avezados. Para empezar, el legislador mantuvo el plazo general de dos meses que se arrastra desde antiguo, sin plantearse siquiera la posibilidad de ampliarlo ligeramente para asimilarlo al que rige en otros países de la Unión; un plazo que, aunque a los expertos nos parece natural y suficiente, no lo es para muchos litigantes de condición modesta, que carecen de un asesoramiento jurídico competente, accesible y de acción rápida. Alguna doctrina y jurisprudencia han justificado la brevedad de este plazo alegando la necesidad de dar estabilidad a las situaciones jurídicas creadas por los actos administrativos; un argumento insostenible, por desigual, si se tiene en cuenta que las Administraciones disponen de un plazo de cuatro años para instar la anulación judicial de un acto favorable (art. 107.2 de la Ley 39/2015), pudiendo también hacerlo por sí mismas y sin límite de tiempo alguno si consideran que el acto o disposición es nulo de pleno derecho.

Mucho más serios son los contenidos literalmente engañosos que figuran en el mismo art. 46, que determinan la inadmisión de múltiples recursos (aunque luego pueda ser rectificada en apelación o casación). En primer lugar, la Ley de 1998 tomó la injustificable decisión de reducir a la mitad el plazo que establecía la Ley de 1956 (de un año a seis meses) para recurrir resoluciones presuntas, que son precisamente aquellas cuya impugnación ofrece más dudas a los recurrentes por las dudas que ofrece el cómputo de muchos plazos de silencio. Pero, malicia sobre malicia, y a pesar de que el Tribunal Constitucional declaró implícitamente la inconstitucionalidad de dicho límite a partir de la STC 14/2006, el legislador no ha tenido la mínima delicadeza de modificar el segundo inciso del art. 46.1, aclarando a los no buenos conocedores de la legislación administrativa que el recurso podrá interponerse en cualquier momento. Y además, para culminar la ceremonia

de la confusión, sí lo hizo posteriormente respecto del régimen de interposición de recursos administrativos (arts. 112.1 y 124.1 de la Ley 39/2015), creando así la falsa impresión de que, *a contrario sensu*, el plazo de seis meses seguía vigente, pese a la doctrina constitucional, respecto de los recursos contenciosos contra resoluciones presuntas.

Hay más, no obstante. En el orden de creación de apariencias engañosas, ninguna es tan llamativa como la reiteración imperturbable, en la Ley de 1998, de la regla según la cual el cómputo del plazo de dos meses se hará «desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa» (art. 46.1, lo que se reitera en los apdos. 2, 4 y 6). La insistencia en mantener esta regla es inexplicable, teniendo en cuenta que la jurisprudencia había ya sentado, desde casi veinte años atrás, la firme doctrina de que el cómputo se inicia, realmente, el mismo día de la notificación o publicación, y que finaliza «el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento», como más tarde precisó correctamente el art. 30.4 de la Ley 39/2015 (precisión oportuna, pero que propiciaba nuevamente el error, al inducir a pensar que dicha regla era aplicable a los procedimientos administrativos, pero no a la interposición de los recursos contenciosos).

Hago mención de todas estas deficiencias porque las he escuchado en múltiples ocasiones a diversos letrados, que no son capaces de comprender cómo una ley técnicamente tan avanzada y elogiada por la doctrina puede contener tal cantidad de recovecos falaces²⁴.

b) Una cuestión algo menor, pero que se ha revelado harto problemática, es el requisito de presentación, junto con el escrito de interposición, del «documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación» (art. 45.2.d de la ley). No me cabe duda de que el giro que en su día dio la doctrina jurisprudencial, entendiendo exigible este requisito a todas las personas jurídicas (y no solo a las corporaciones públicas y de derecho público, como antes sucedía) es plenamente correcto. Otra cosa, sin embargo, es si la exigencia legal de este requisito está justificada en relación con algunas personas jurídicas privadas: muy especialmente (pero no solo) con las sociedades mercantiles en régimen de administrador único (que, normalmente, poseen una estructura

²⁴ En los cuales pueden perderse incluso algunos órganos de la jurisdicción de reconocida competencia. Resulta asombroso que, a estas alturas de los tiempos, la Sala Tercera se haya visto aún obligada a recordar, y sentar doctrina jurisprudencial, recordando que cuando el acto expreso que ponga fin a la vía administrativa que se recurre fuere notificado en el mes de agosto, el cómputo del plazo de dos meses para interponer el recurso contencioso-administrativo se inicia el 1 de septiembre, debiendo considerarse que dicho plazo vence el 1 de noviembre: STS 1931/2022, de 10 de mayo (rec. 1874/2021).

organizativa mínima o puramente virtual²⁵), así como, en el otro extremo, con las grandes compañías multinacionales, cuyo órgano competente para el ejercicio de acciones no se encuentra fácilmente accesible para decidir la interposición de recursos de reducida cuantía o importancia.

Tal justificación no existe apenas, porque la posibilidad de que un recurso sea interpuesto por un individuo que, formando parte de una persona jurídica, carece de poder de decisión sobre el objeto del proceso, y que lo haga en contra de la voluntad presunta del órgano de administración (que es lo que este requisito trata de evitar) es estadísticamente despreciable. Y buena muestra de ello es que la jurisprudencia haya dejado de exigirlo en diversos casos²⁶ así como que haya dado todo tipo de facilidades para la subsanación de su falta²⁷ apartándose incluso de su doctrina sobre el art. 138.1. Aunque se trate de una exigencia técnicamente irreprochable, su utilidad es prácticamente nula, además de obligar, algunas veces, a conductas irregulares de los secretarios de los órganos de administración, certificando acuerdos que formalmente solo se adoptaron implícitamente, por así decir. Carece de sentido que la Sala Tercera del Tribunal Supremo haya tenido que pronunciarse en docenas de ocasiones sobre la obligatoriedad de este requisito y con unas argumentaciones desproporcionadamente extensas. Creo, en resumen, que la exigencia de este requisito debiera limitarse a los supuestos en los que existieran sospechas razonables de un empleo abusivo del derecho de acción por personas que, *prima facie*, no parezcan ostentar una posición decisoria suficiente dentro de la organización por la que recurran.

3. EL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

3.1. *La evolución del sistema*

No creo equivocarme al decir que las medidas cautelares han sido, desde la aprobación de la Ley de 1998, el tema que mayor y más intenso interés ha suscitado en la doctrina académica, impulsado por las sucesivas publicaciones del maestro Eduardo García de Enterría.

Esta insistente preocupación responde a motivos que no siempre han sido explicitados con la suficiente franqueza. El más frecuentemente aludido ha sido el

²⁵ Cuestión resuelta acertadamente por la jurisprudencia: véase entre las últimas decisiones, la STS 3718/2021, de 28 de septiembre (rec. 1379/2020).

²⁶ Como, por ejemplo, a las comunidades de propietarios (STS 3985/2015, de 21 de septiembre, rec. 4466/2012), pero también a la Abogacía del Estado (entre otras muchas, STS 5035/2016, de 16 de noviembre, rec. 3269/2015); aunque no a los municipios.

²⁷ Por ejemplo, dando validez a la subsanación realizada en fase de prueba o de conclusiones, y en cualquier momento del proceso (STS 5129/2014, de 3 de diciembre, rec. 3774/2013); o permitiendo la ratificación posterior al ejercicio de la acción (STS 4262/2016, de 30 de septiembre, rec. 1758/2015).

evidente *periculum in mora* que se deriva del carácter no automáticamente suspensivo de los recursos, unido a la duración del proceso y, sobre todo, a la inevitable demora en resolverlo por causa de la acumulación de asuntos; si la Administración, como es habitual, decide entre tanto poner en aplicación el acto o norma que han sido objeto del recurso, creando situaciones irreversibles o de difícil restauración, la utilidad del proceso puede quedar reducida a cero. Este riesgo es tan notorio que no necesita ser explicado a ningún recurrente.

El empeño doctrinal en el reforzamiento de las medidas cautelares iba, sin embargo, más allá de la denuncia del omnipresente *periculum in mora*, que existía desde el nacimiento mismo del sistema contencioso y desde la consolidación del privilegio de decisión ejecutoria de la Administración. Junto al *periculum in mora* y la obligada ponderación de intereses hizo aparición inmediata el factor de la apariencia de buen derecho, no previsto en la Ley de 1998, pero sí incorporado dos años después a la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se pretendió conferir un papel protagonista, cuando no exclusivo.

Desde la perspectiva del funcionamiento interno de los órganos jurisdiccionales, esta insistencia en la valoración del *fumus* debió causar una cierta perplejidad, por lo aparentemente obvio que tal reclamación resultaba: ningún juez ni tribunal, me atrevo a suponer, adopta una medida cautelar si, con toda evidencia, las pretensiones del recurrente (que siempre se valoran en este trámite, aunque sea superficialmente) carecen de un cierto fundamento. La insistencia, a veces fervorosa, en el *fumus* como criterio decisivo solo es comprensible en el marco de la relación entre el abogado defensor de la parte y su cliente: la consecución de una medida cautelar en base al *fumus boni juris* del recurso proporciona una victoria inicial, por más provisional que sea, que satisface el ansia de éxito inmediato e incrementa la esperanza (aunque solo la esperanza) en un final feliz del proceso. En el fondo, y por más que no se diga, lo que se pretendía es hacer prevalecer la apariencia de buen derecho sobre un *periculum in mora* siempre opinable, y también sobre la ponderación de intereses, de los cuales los públicos siempre se presuponen más sólidos y dignos de protección que los privados.

La reacción judicial a estas presiones doctrinales es también conocida. De una parte, produjo un cierto incremento del número de procesos en los que se adoptó una medida cautelar de suspensión, hasta entonces muy reducido. De otra, una aceptación cautelosa de la técnica de la apariencia de buen derecho, formalmente reducida a un cortísimo y excepcional número de supuestos (aunque materialmente aplicada, sin mencionarlo, en otros muchos casos); un talante claramente restrictivo que se basaba en el elemental razonamiento del riesgo que entraña sentar un prejuicio sobre el fondo del proceso, en un momento en el que no se conocen con detalle los argumentos de las partes ni el resultado de la prueba.

La situación a que han conducido todos estos factores puede resumirse sencillamente: el desarrollo que desde 1998 ha experimentado la tutela cautelar de los derechos e intereses es muy reducido; desde la óptica de quienes litigan contra

la Administración, la utilidad que ofrece es muy limitada; y, en la perspectiva opuesta, este estado de cosas parece sumamente tranquilizador y satisfactorio para las Administraciones, como acredita, en última instancia, que no hayan tomado iniciativa alguna para restringir sus posibles avances. Una situación desigual, en suma, que parece exigir correcciones.

3.2. Las deficiencias y su posible corrección

a) En primer lugar, sería imprescindible establecer unas reglas simples y claras que permitan cohonestar el ejercicio de las potestades de decisión ejecutoria con el régimen de protección cautelar: esta fijación debería realizarse por vía legislativa; pero si ello resulta hoy inalcanzable, como parece, habría de ser abordada resueltamente por la doctrina jurisprudencial.

Me refiero a la incertidumbre que hoy existe, por causa del silencio de la ley, acerca del uso legítimo del poder de la Administración de ejecutar sus decisiones durante los períodos en los que se encuentra pendiente la posibilidad de la adopción de una medida cautelar por parte de un órgano judicial. Hace más de un cuarto de siglo, el Tribunal Constitucional sentó con toda claridad la doctrina de que lesionaba el derecho a la tutela judicial el que la Administración hubiera ejecutado la sanción impuesta a un ciudadano a pesar de que la misma estaba recurrida (en reposición) y no se había resuelto todavía ni el recurso ni la solicitud de suspensión formulada en dicho recurso (STC 78/1996); y el Tribunal Supremo acogió y reiteró esta doctrina para los supuestos en que se hubiera ya interpuesto recurso contencioso, con solicitud de medida cautelar de suspensión, en tanto no se hubiera pronunciado sobre dicha solicitud²⁸.

Estas decisiones jurisprudenciales versaron sobre actos administrativos sancionadores, pero la Sala Tercera extendió la regla de la imposibilidad de ejecución a la totalidad de los actos impugnados, sancionadores o no (sobre todo, en el importante ATS de 2 de marzo de 2006, rec. 4100/2015). Y la reacción del legislador ha sido, una vez más, sibilina: acogió esta doctrina en el art. 90.3 de la Ley 39/2015, pero solo con referencia a los actos sancionadores, y guardó silencio sobre los restantes, desconociendo la doctrina jurisprudencial y creando la apariencia (una vez más) de que, *a contrario sensu*, su ejecutoriedad no se ve afectada por la interposición de recursos ni por la solicitud en ellos de una medida cautelar de suspensión. Si, como en el caso que antes comenté, se trata de negligencia o malicia, no sabría decirlo.

²⁸ SSTs de 17 de julio de 2001, rec. 503/1997, 24 de noviembre de 2004, rec. 307/2001 y 9 de febrero de 2010, rec. 2431/2007. Sobre el tema, el concluyente trabajo de la profesora C. Chinchilla Marín (2018), «Ejecutividad y prescripción de las sanciones administrativas en las Leyes 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Vasca de Administración Pública*, 110-1.

b) La segunda deficiencia se encuentra en el número de ocasiones en que los jueces y tribunales adoptan alguna de las medidas que los recurrentes solicitan de ellos. La situación real siempre será opinable, por la completa ausencia, que yo sepa, de datos estadísticos sobre la materia. De manera puramente aproximativa e intuitiva, los abogados en ejercicio solíamos decir, hasta fines del pasado siglo, que las medidas cautelares de suspensión se otorgaban «en escasísimas ocasiones» (más aún cuanto más atrás en el tiempo); hoy solemos decir que se conceden «en algunos casos más», pero que el resultado de su solicitud es siempre incierto, y los más aventurados se arriesgan a apuntar porcentajes de éxito en torno a un 25%, cifra que es seguramente exagerada. Pero no temo equivocarme al decir que, en cualquier caso, los procesos en los que se acuerdan son contados, y que ello es una de las causas de la imagen de menguada utilidad del sistema.

Las razones de esta escasez son fáciles de suponer. Los jueces y tribunales contenciosos mantienen históricamente una actitud de respeto hacia las actuaciones administrativas (porque así lo imponen los principios de presunción de validez y de ejecutoriedad), unida a un legítimo temor a paralizar acciones cuya no puesta en práctica puede causar serios perjuicios a la propia Administración y, sobre todo, a terceros; aunque, con alguna frecuencia, parece olvidarse, al efectuar la ponderación de intereses que prescribe el art. 130.2 de la ley, que ésta no pone en pie de igualdad a los perjuicios que pueden sufrir los de las partes, ya que las perturbaciones que la medida puede causar a los generales o de terceros, y que autorizan a denegarla, han de ser graves (como dicen con claridad los arts. 130.2 y 136.1), lo que no se exige respecto de los daños que puede causarse a los recurrentes. Pero, intuitivamente, unos y otros suelen ponderarse como de naturaleza equivalente, momento en el que hace aparición la apriorística superioridad de los intereses públicos.

Esta actitud es tan comprensible como irreproachable, pero sus resultados en términos de imagen pública son muy negativos. Lo son para la percepción que las Administraciones y las instancias políticas tienen de los jueces que los controlan: es frecuente que la escasez de procesos en los que se acuerdan medidas cautelares, por el obligado respeto que la ley impone a los jueces frente a las actuaciones administrativas, se interprete por algunos servicios administrativos como un signo de debilidad, lo que genera una tendencia al envalentonamiento y a la adopción de decisiones que lindan con lo desafiante; es lamentable decirlo, pero es un hecho que las Administraciones tienen, en España, un muy escaso temor y deferencia hacia los tribunales. Y lo son también desde la perspectiva de los ciudadanos recurrentes, que tienden a considerar la parquedad de medidas cautelares como un indicio de indiferencia hacia sus reclamaciones, cuando no como la sospecha de un fuerte sesgo de los tribunales a favor de una actuación administrativa que, con razón o sin ella, juzgan contraria a derecho.

c) Por fin, la tercera deficiencia a corregir se manifiesta en la lentitud que caracteriza la tramitación y resolución de los incidentes de medidas cautelares, que, en su modalidad común, escrita y contradictoria, suelen consumir con fre-

cuencia varios meses; lo que supone la prolongación del tiempo de espera, durante el cual se corre el riesgo de que la Administración demandada, desconociendo la doctrina jurisprudencial que antes mencioné, puede llevar a efecto el acto administrativo recurrido o a adoptar medidas de efecto equivalente.

La sustanciación escrita del incidente es, a mi entender, una formalidad perfectamente innecesaria. Obliga a las partes a realizar un esfuerzo dialéctico exagerado y artificial: al recurrente (*rectius*: a su abogado), forzándole a urdir un relato hiperbólico y lastimero de los daños presuntamente irreparables que le causaría (y a su familia, allegados e incluso trabajadores) la ejecución de la actuación impugnada; y a la defensa de la Administración, relatando las catástrofes apocalípticas que se cernerían sobre el funcionamiento de los servicios y la salud o bienestar de los restantes ciudadanos. El papel escrito incita a la sobreactuación teatral. Y no solo eso: desde que entró en juego la apariencia de buen derecho, los otosíes de suspensión se convierten en un avance prácticamente exhaustivo de los escritos de demanda y contestación, que pueden exigir, incluso, un adelanto de la actividad probatoria, despojando a la pieza principal de los autos de la mayor parte de su contenido, o a una mera reiteración de sus alegaciones.

La innecesariedad de esta tramitación se desprende, también, del hecho evidente de que la decisión judicial de otorgar o denegar la medida —como me han confiado diversos miembros de la jurisdicción— es fruto de un proceso mental prácticamente instintivo: una conclusión que, salvo casos excepcionales, se adopta en un muy breve plazo una vez terminada la lectura de los escritos respectivos (una lectura superficial, porque casi todo lo que consta en ellos es estrictamente previsible); aunque después haya que plasmarlo en el papel, tarea que puede resultar hartamente penosa al tener que razonar conclusiones apriorísticas sobre factores impalpables, como la gravedad de los daños respectivos o la aparente solidez de las alegaciones de fondo acerca de la legalidad de lo que se recurre sin prejuzgar el resultado del proceso.

Creo, sencillamente, que el incidente de medidas cautelares ganaría muchos puntos en eficacia si se tramitase, en todos los casos, en una forma similar al *reféré* francés, o a la prevista en el art. 135.1 para las que se ha dado en llamar medidas cautelarísimas: esto es, mediante una comparecencia de las partes (no mediante alegaciones escritas), en los días inmediatos a la petición de la medida, en la que sus representantes expusieran sucintamente las razones de su solicitud y de su oposición a la medida; una comparecencia que bien podría finalizar con una decisión *in voce*, inmediata, del juez o magistrado ante el que se realizara (en singular, porque son raros los autos de esta naturaleza que son objeto de deliberación en los órganos colegiados) y apelable en un solo efecto. Tampoco me cabe duda de que una reforma de esta naturaleza proporcionaría a los recurrentes una imagen de la jurisdicción mucho más fuerte de rapidez e inmediatez, con independencia de cuál fuera en cada caso el resultado del incidente.

4. EL RECURSO DE CASACIÓN

Un seminario en el que nos hacen el honor de participar los miembros de la Sala Tercera del Tribunal Supremo no puede omitir algunas consideraciones sobre el modo en que viene desarrollándose la práctica de los recursos de casación y, sobre todo, de la formación de doctrina jurisprudencial, la principal y más relevante de las tareas que tiene hoy encomendadas este órgano.

4.1. *La herencia del pasado*

Es un hecho notorio que el mecanismo procesal establecido en 1992 para el establecimiento de jurisprudencia (el recurso de casación) no funcionó adecuadamente. Así lo advirtió, en 2013, el Informe y Memoria al que he aludido en varias ocasiones, al decir que «se puede afirmar, en este sentido, que la función jurisprudencial o de dirección judicial en la aplicación administrativa del Derecho [...] se encuentra actualmente muy debilitada»; y justificaba este aserto diciendo que «el recurso de casación no está hoy primariamente dirigido a la creación de jurisprudencia, sino a la tutela judicial de intereses, derechos y competencias» (pág. 63).

El acierto de esta valoración era innegable, y lo único que puede reprochársele es su educada moderación verbal. Lo que este documento quería decir, lisa y llanamente, es que en aquel momento no existía una doctrina jurisprudencial digna de tal nombre. No existía como un producto claramente diferenciado dentro de los diferentes pronunciamientos de la Sala Tercera, porque las sentencias dictadas en recursos de casación eran de estructura virtualmente idéntica a las que se emitían en los recursos directos contra los actos mencionados hoy en el art. 12.1 de la ley. Pero además, aunque en todas las sentencias se sentaba una determinada «doctrina», bajo la forma de la interpretación que había de darse a un precepto legal para resolver el litigio, esta doctrina se pronunciaba con estricta adherencia al recurso concreto a resolver, de manera que su validez quedaba subordinada a las singularidades de cada caso. De ahí que las contradicciones que podían detectarse en las sucesivas sentencias fueran más aparentes que reales, ya que —con muchas excepciones, desde luego— cada doctrina valía para ese caso y quizá solo para los que pudieran ser idénticos en sus peculiaridades. Una doctrina, para ser auténtica jurisprudencia, *debe estar enunciada formalmente en términos lingüísticos normativos con pretensión de alcance general*, semejantes a los de un texto legal, no como un mero razonamiento que antecede y justifica la solución que se da a un caso concreto.

Un segundo problema que aquejaba a esta doctrina era su difícil, cuando no nula accesibilidad. De una parte, la forma de resolver que antes se describió hacía que, en muchos casos, la doctrina jurisprudencial quedara diluida y disimulada en el contexto general de la sentencia, muchas veces de una innecesaria longitud, del que había de extraerse mediante una laboriosa deducción. Y, de otra, la sentencia que la establecía pasaba a formar parte, inmediatamente, de una inmensa

montaña de resoluciones, de donde solo podía ser rescatada por la memoria privilegiada de algunos magistrados o por la atención que excepcionalmente le prestara en una publicación algún académico prestigioso. En el resto de los casos, su triste destino era el olvido.

Debo decir que esta forma de actuar era tan comprensible como, si se quiere, legítima, porque la creación en términos ortodoxos de doctrina jurisprudencial se acomoda difícilmente con la función judicial genuina. Dicho con todo respeto, la mayoría de los magistrados que han formado esta Sala fueron, ante todo, jueces, conscientes de que su tarea fundamental es impartir justicia y decidir conforme a derecho los litigios que se les someten. Entiendo sin dificultad, por ello, que algunos no se sientan cómodos cuando se les pide que actúen a modo de legisladores, lo que parece constituir una cierta violación del principio de división de poderes; aunque, en la realidad, sean materialmente legisladores en todos los casos. En la actividad de esta Sala siempre ha existido una fuerte tensión entre lo que se ha dado en llamar el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris*²⁹; una tensión que en el pasado se resolvió invariablemente a favor de la segunda de estas metodologías, pero que la redacción actual de la Ley Jurisdiccional invierte inequívocamente, anteponiendo en todo caso la formulación de doctrina y subordinando a ella la decisión del litigio: «La sentencia —dice el art. 93.1— *fixará la interpretación* de aquellas normas estatales o la que tenga por establecida o clara de las de la Unión Europea sobre las que, en el auto de admisión a trámite, se consideró necesario el pronunciamiento del Tribunal Supremo»; y, añade, «*con arreglo a ella* y a las restantes normas que fueran aplicables, resolverá las cuestiones y pretensiones deducidas en el proceso».

Dicho con toda claridad, es función primordial de Excma. Sala, aunque no sea fácil en algunos casos, decidir en términos normativos, a modo de legislador, sobre la interpretación de las leyes. Así lo ordena la ley, pero es también lo que espera y exige la comunidad jurídica y las propias Administraciones, que necesitan para su quehacer diario de criterios interpretativos claros, identificables y accesibles, de un ordenamiento de calidad crecientemente deplorable.

Lo que acaba de decirse bien pudiera entenderse como innecesario, porque las sentencias que actualmente se dictan (o, al menos, la inmensa mayoría) se ajustan fielmente a esta previsión legal. Si se insiste en ello es porque la antes citada tensión entre el *ius constitutionis* y el *ius litigatoris* no ha desaparecido: ha generado importantes discrepancias internas a las que no parece necesario referirse, por lo que no puede descartarse el riesgo de que, en algún momento, se vuelva a la situación anterior y, dicho simplemente, volvamos a quedarnos sin una jurisprudencia reconocible y útil.

²⁹ Como ya advirtieran tempranamente el profesor López Menudo y el magistrado señor Tolodano Cantero en sus ponencias al primero de estos seminarios: hoy, ambas en el número 207 de la *Revista de Administración Pública* (2018), págs. 13 ss. y 95 ss.

4.2. Algunas propuestas

Creo, en resumen, que los presupuestos legales del actual recurso de casación son correctos y adecuados para el cumplimiento de su función nomofiláctica, y que esta función, al menos en términos generales, está siendo adecuadamente cumplida por la Sala. Ciertamente, la regulación contenida en los arts. 86 a 93 de la ley contiene defectos que debieran corregirse, pero su examen sobrepasa el objeto de esta ponencia³⁰, que debe referirse a cuestiones estructurales y de funcionamiento práctico. A mi juicio, son tres las más importantes.

a) En la actualidad, el número de recursos de casación que son admitidos a trámite por la Sección Primera es porcentualmente escaso, aunque en términos objetivos sea considerable, ya que el número de recursos ingresados fue superior en 2021 a diez mil; también es importante el número de sentencias dictadas por la Sala (1.595 en 2021), todas las cuales se supone deben versar sobre asuntos de innegable interés casacional objetivo. Sin embargo, la lectura de la parte dispositiva de los autos de admisión, que suelen insertarse en su texto, suscita a no pocos juristas dudas razonables acerca de la efectiva existencia de tal interés casacional en muchos casos, al referirse a cuestiones o preceptos legales y reglamentarios de dudosa relevancia objetiva general. Antes bien, dan la apariencia de que la admisión de ciertos recursos persigue exclusivamente sentar criterios jurisprudenciales sobre materias que anteriormente se hallaban excluidas del recurso de casación (por ejemplo, función pública y tributos, salvo IVA e Impuesto de Sociedades); y, más en general, que sería función propia del recurso de casación sentar criterios sobre normas o cuestiones que pueden dar lugar, en lo sucesivo, a múltiples procesos (una forma más de resolver el problema de los recursos en masa)³¹.

Por supuesto, nadie pone en cuestión la soberanía de la Sala para decidir sobre la forma más conveniente para organizar su trabajo inmediato y a corto plazo; tampoco se discute la importancia que el objeto de estos litigios tenga para sus promotores. Pero, en general, y con razón o sin ella, se sigue echando de menos en la actual jurisprudencia una mayor atención en resolver lo que el citado

³⁰ A título ejemplificativo, no obstante, mencionaré, además de la imprescindible regulación del recurso de casación autonómico, ya antes mencionado, la necesaria extensión del recurso de casación a las resoluciones dictadas en única instancia por los juzgados de lo contencioso-administrativo, que hoy limita seriamente el art. 86.1 de la ley (una restricción que trae causa del temor a una avalancha de recursos, pero en la práctica constituye un injustificable privilegio a favor de los órganos judiciales que más precisan de una dirección en su actividad), así como la reducción de los requisitos materiales del escrito de preparación del recurso, que hace prácticamente inútil muchas veces el de interposición.

³¹ A ello contribuyen algunos preceptos, como la antes citada exigencia de que los recursos de casación contra sentencias de los juzgados unipersonales solo sean admisibles cuando sean susceptibles de extensión de efectos; y como la consideración de interés casacional el que la sentencia afecte a un gran número de situaciones (art. 88.2.c).

Informe y Memoria de 2013 llamaba con acierto «asuntos objetivamente relevantes para la comunidad jurídica»; cuestiones de principio derivadas de las normas vertebrales del ordenamiento administrativo³². Es discutible que la función jurisprudencial se dedique a resolver dudas producidas por normas percederas, que la Administración se apresurará a modificar, por más que ello sea útil para facilitar el trabajo de los jueces y tribunales. Y es muy negativo para la imagen pública de la institución que dedique ímprobos esfuerzos a la emisión de docenas de sentencias repetitivas³³, que retrasan el pronunciamiento de otras sobre cuestiones nuevas y más relevantes.

Es muy probable que se discrepe de esta apreciación, que podría estar equivocada. Con ella no pretende sentarse una afirmación concluyente, sino solo dar cuenta de una opinión generalizada en la abogacía y en el mundo académico; e invitar a una reflexión.

b) Una segunda preocupación, mucho menos susceptible de debate, deriva de la acumulación de sentencias de casación que viene produciéndose de manera imperceptible, pero imparable. De acuerdo con la información que proporcionan las sucesivas ediciones del libro antes citado del profesor Martín Rebollo, entre los años 2018 y 2021 el número de sentencias dictadas por la Sala Tercera fue de 7.147³⁴. Aunque descontemos de esta cifra las dictadas en recursos distintos del de casación, su volumen es ya extraordinario y comienza a desafiar la capacidad de retentiva de cualquier operador jurídico, de manera que podría volver a reproducirse el mecanismo de olvido que ya afectó a la doctrina de la Sala en tiempos pasados.

No es probable que este riesgo desaparezca o se atenúe en el futuro, una vez que la jurisprudencia vaya sentando más y más criterios interpretativos: el volumen de dudas que puede suscitar un ordenamiento de las proporciones mastodónticas que hoy posee (incluso aunque se limite a sus textos normativos fundamentales) es prácticamente infinito, y las incertidumbres aumentarán a medida que los textos legales sean objeto de derogación y sustitución por otros no menos

³² Como las que se resuelven en algunas sentencias inequívocamente importantes. A título meramente ilustrativo, tomo, entre otras muchas, la STS 597/2022, de 17 de febrero (rec. 5631(2019), sobre la naturaleza y valor probatorio de los informes de la Administración obrantes en el expediente administrativo, de la que fue ponente el Excmo. Señor Don Luis María Díez-Picazo; o la antes citada STS 1931/2022, de 10 de mayo (rec. 1874/2021, ponente, Excmo. Señor Don José Manuel Bandrés y Sánchez Cruzat).

³³ Por ejemplo, y por hablar solo de las pronunciadas en 2022, a las más que abundantes relativas al llamado céntimo sanitario, o al pago de las vacaciones del personal interino. Es cierto que todas estas reclamaciones exigen una satisfacción judicial; pero la ley debería establecer algún procedimiento que obligara a las Administraciones, una vez sentada jurisprudencia, a revisar sus actos impugnados sin necesidad de culminar los procesos ya iniciados.

³⁴ 1.843 en 2018; 1.900 en 2019; 1.809 en 2020 y 1.595 en 2021.

complejos. Parece urgente e indispensable, por ello, que la propia Sala, o los servicios del CGPJ fomenten la elaboración de instrumentos y documentos, debidamente organizados por materias o preceptos, que aseguren un acceso fácil a la doctrina sentada por ellas en cumplimiento de lo prescrito por los respectivos autos de admisión; ello, en la línea de los muy meritorios, aunque parciales, que elabora el Gabinete Técnico de la Sala, a los que debiera darse un nivel de publicidad mucho más intenso (en la actualidad, solo son accesibles buceando en la maraña de links de la página web del Tribunal). El trabajo que lleva a cabo el Centro de Documentación Judicial, por importante y meritorio que sea, no es suficiente, porque sus buscadores, igual que los utilizados por las bases de datos privadas, son absolutamente insuficientes para arrojar esta información. Seguir confiando en la memoria de los magistrados y de los abogados, cuando no en el azar de los hallazgos, solo hará que el tiempo vaya borrando la doctrina ya establecida.

c) La cuestión más importante que requiere una solución clara, hoy inexistente, es el aseguramiento de la efectiva aplicación y respeto de la doctrina jurisprudencial por todos los restantes jueces y tribunales. Nadie ha puesto jamás en duda que los órganos judiciales han de observar tal doctrina en el momento de dictar sus sentencias; pero esto no ha pasado de constituir una obligación poco menos que moral, por así decir.

El tema es de una gran profundidad, y excede de los límites de esta ponencia; pero es necesario apuntarlo, porque tiene como base el alcance del principio de independencia judicial. Este principio, a juicio de muchos, habilitaba a los jueces y tribunales inferiores a resolver de manera discrepante con las sentencias del Tribunal Supremo, de manera que la resolución de la divergencia se confiaba implícitamente al sistema de recursos, cuando los hubiera. Así lo hacía pensar el antiguo art. 100.7 de la Ley Jurisdiccional, que, al establecer que la doctrina sentada en las sentencias dictadas en el recurso de casación en interés de la ley «vinculará a todos los jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional», podía dar a entender que esta vinculación no existía respecto de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en cualquier otro tipo de recursos³⁵. Y no otra cosa parece sugerir el art. 88.3.b) de la ley, que solo juzga de interés casacional (cualificado) el que la resolución recurrida «se aparte *deliberadamente* de la jurisprudencia existente al considerarla errónea»; la mera inobservancia de la doctrina jurisprudencial no habilita, por sí sola, a revisar la sentencia ni crea ninguna presunción de interés casacional. Esta creencia venía, además, justificada tácitamente por la incertidumbre existente en las etapas anteriores acerca de si existiera jurisprudencia, enterrada, como decíamos, en el foso milenario de las sentencias dictadas³⁶.

³⁵ Ni respecto de las propias sentencias dictadas al resolver estos peculiares recursos, que fueron rechazados masivamente por la Sala.

³⁶ Un problema semejante al que se tropiezan todos los abogados a la hora de invocar, como motivo de interés casacional, el que la resolución impugnada haya aplicado «normas sobre

Esta indeterminación no es sostenible, y menos cuando, aun con las dificultades que antes se señalaron, se dispone ya de una doctrina jurisprudencial dotada de nitidez. La comunidad jurídica y empresarial del país no solo exigen una jurisprudencia clara, sino también que la misma sea rigurosamente observada por todos los jueces y tribunales interiores al Supremo; esperan y desean, en definitiva, una declaración tajante de la fuerza vinculante de la jurisprudencia, en los términos en que se expresaba el art. 100.7 de la ley, hoy derogado. No es suficiente ni admisible confiar al simple sistema de recursos la corrección de las desviaciones de los jueces y tribunales, porque ello impone a los ciudadanos costes, demoras y posibilidad de sanciones; si hay una jurisprudencia clara, reconocible y accesible, lo que se quiere es que todos los órganos judiciales la apliquen; y no solo para evitar que sus decisiones sean revocadas en vía de recurso, sino como una obligación jurídica cuyo incumplimiento genere algún tipo de reproche efectivo.

El principio de independencia judicial debe amparar, desde luego, la posibilidad de que un juez o tribunal entienda errónea la doctrina sentada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo; pero ello solo debiera poder hacerse, lícitamente, de manera franca y abierta, en la forma que hoy establece el art. 88.3.b de la ley («deliberadamente»), no mediante la omisión ni menos aún por desconocimiento.

las que no exista jurisprudencia»; un motivo imposible, porque desde nuestros ancestros helénicos sabemos que las proposiciones negativas son indemostrables. Nadie puede asegurar sin temeridad que, en el cúmulo inabarcable de sentencias dictadas (desde la Constitución, al menos), no haya una sola sentencia aplicable al caso.