

LOS PODERES DEL JUEZ, LA LEY Y LA REFORMA DEL CONTENCIOSO (A propósito de las competencias de las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia)

Por
JOSÉ EUGENIO SORIANO
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. El origen jurisprudencial del contencioso.—II. El escaso papel innovador de nuestra judicatura.—III. Hacia un esperanzador cambio.—IV. El enjuiciamiento de la ley por los Jueces ordinarios.—V. La reforma que viene.—VI. Conclusiones.

I. EL ORIGEN JURISPRUDENCIAL DEL CONTENCIOSO

Si tuviera que fijar una fecha concreta de nacimiento del moderno derecho administrativo, del derecho que conocemos y practicamos en nuestros días, creo que podría arriesgar a fijar un día concreto sin miedo a equivocarme: el 8 de febrero de 1873, en el que el Tribunal de Conflictos de Francia decidió el «*arrêt Blanco*» (1).

Habían pasado dos años desde la caída de Napoleón III, finalizando el Segundo Imperio, y el *Conseil d'Etat* inauguraba un sistema de justicia que marcará la futura evolución de esta importante rama del Derecho.

Una niña de cinco años, francesa, de apellido español, Agnes Blanco, fue golpeada y gravemente herida por una vagoneta cargada de tabaco conducida por cuatro obreros de la empresa estatal de tabacos. El padre de la pequeña formuló ante el Tribunal Civil de Burdeos una demanda de responsabilidad contra los cuatro empleados. Pero añadía en su petición que se declarara, con carácter solidario, responsable civil al Estado por la imprudencia de sus empleados, condenándole a una indemnización de 40.000 francos.

El prefecto de la Gironda declinó su competencia y elevó el tema al *Tribunal des conflicts*, el cual, en la fecha calendada, tuvo

(1) Vid. el texto en M. LONG, P. WEIL y G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Sirey, págs. 5 y ss.

que responder a la cuestión planteada por el «Comisario del Gobierno», Mr. David: *«quelle est, des deux autorités administrative et judiciaire, celle qui a compétence générale pour connaître des actions en dommages-intérêts contre l'Etat».*

Y la respuesta fue el origen, la piedra angular, del moderno derecho administrativo.

Dijo así el *Tribunal des conflicts*:

«Cons. que la responsabilité, qui peut incomber à l'État, pour les dommages causés aux particuliers para le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie para les principes qui sont établis dans le code civil, par les rapports de particulier à particulier;

Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue; qu'elle a ses règles spéciales que varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés;

Que, dès lors, aux termes des lois ci-dessus visées, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître...» (2).

Existirá, pues, un derecho propio de las relaciones entre la Administración Pública y los particulares. Y será distinto del que regula las relaciones entre particulares.

Y esto queda dicho en una Sentencia, esto es, resulta una creación exquisitamente jurisprudencial.

El *Conseil d'Etat* supera al propio legislador, que, como resulta bien conocido, en la época de la Revolución había dictado la famosa Ley de 16-24 de agosto de 1790, que prohibía a los Tribunales *«troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs»*, y la Ley 16 fructidor del año tercero, que prohibía *«connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient» (3).*

(2) Considerando: «Que la responsabilidad en que puede incurrir el Estado por los daños causados a los particulares por las personas que el mismo emplea en los diversos servicios públicos no se rige por los principios establecidos por los artículos 1382 y siguientes del código civil para las relaciones entre particulares. Tal responsabilidad, que no es general ni absoluta, tiene sus reglas especiales, que varían de acuerdo con las necesidades del servicio y la exigencia de conciliar los derechos del Estado con los de los sujetos privados. Corresponde, en consecuencia, al juez administrativo, y no a los Tribunales ordinarios, valorar dicha responsabilidad.»

(3) Sobre el significado de la legislación revolucionaria, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus, 1981, *in toto*.

He querido detenerme en este asunto, con la brevedad que requiere el caso, porque demuestra algo que resulta especialmente importante en estos momentos en nuestro país, en el que se está viviendo una época de reforma de la planta jurisdiccional, a saber: la indisoluble unidad entre la jurisdicción contenciosa y el derecho administrativo material. Esto es, que el derecho administrativo se genera y se desenvuelve como un producto natural de una jurisdicción, y que, en consecuencia, el papel del juez contencioso y de sus poderes es, posiblemente, el tema central de todo el derecho administrativo, en el que, en último extremo, lo que está en juego son las relaciones entre el poder y los ciudadanos, que se define a través y por las potestades que otorguemos a esta Jurisdicción.

Resulta preocupante que no se haya entendido así y que el legislador esté empeñado en tratar el proceso administrativo como una especialidad más, dentro de un Código procesal común, sin atender debidamente a lo que significa una verdadera jurisdicción contencioso-administrativa.

En cualquier caso, y volviendo al tema que enmarca este trabajo, y como veremos detenidamente en el epígrafe correspondiente, en alguna medida, también las competencias concretas y su distribución entre las distintas instancias jurisdiccionales tienen notoria influencia en la configuración del contencioso y, en consecuencia, en el papel completo que ha de jugar esta jurisdicción como garante de la libertad.

Lo que vale decir que el futuro *rol* que desempeñen los Tribunales Superiores de Justicia va a resultar crucial en la evolución del contencioso.

Y dígase lo mismo respecto del diseño de la próxima planta del contencioso, especialmente por lo que hace referencia al juez unipersonal, tema éste que volverá a recabar nuestra atención.

El derecho administrativo, en sus temas capitales, como se desprende del *arrêt* invocado, puede muy bien ser el resultado de la propia jurisprudencia. Ha de recoger para ello el signo de su tiempo y conectar con las necesidades evolutivas de la sociedad a la que tiene que servir, aprovechando los resquicios que siempre ofrece la legalidad —a la que ha de estar sometido, desde luego, en nuestro sistema— y, sobre todo, la capacidad de creación, vía interpretación, de un derecho que sea verdaderamente útil, siempre,

insistimos, dentro de las exigencias del principio de legalidad, auténtico motor del sistema de justicia continental (4).

El Juez de lo Contencioso, en el ejercicio de su función aplicativa, ha de extraer todas las calidades y virtudes posibles de la técnica interpretadora, alumbrando vigorosamente los principios constitucionales y llevándolos a su debida aplicación práctica.

El artículo 106 de la Constitución permite, y aun auspicia, una judicatura segura de sí misma y garante del ciudadano. Se potencia así la posibilidad de creación de una sólida jurisprudencia que dé cuenta de las nuevas necesidades a que someten las postrimerías del siglo xx a las Administraciones Públicas y a los ciudadanos.

II. EL ESCASO PAPEL INNOVADOR DE NUESTRA JUDICATURA

En España, la tradicional postura de los jueces de lo contencioso-administrativo, desde la Ley Santamaría de Paredes hasta la Constitución de 1978, ha quedado lejos de intentar cualquier renovación (5). La actitud del juez administrativo se ha enmarcado en un *low profile* sin el protagonismo que en puridad podía corresponderle, consecuencia de una legislación poco imaginativa y de un clima político que no confiaba precisamente en la judicatura (6).

En efecto, la configuración de todo el proceso contencioso como proceso revisor, junto con el lamentable sistema de ejecución de sentencias (7) y la falta de medidas cautelares (8), impe-

(4) Sobre la aplicación al juez contencioso de este principio, sigue siendo útil la lectura de L. DUGUIT, *Leçons de droit public general*, 1926, págs. 184 y ss.

(5) Quizá con la excepción de los llamados vicios de orden público, por demás no exentos de críticas.

Vid. T. R. FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL, 1970.

(6) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Madrid, 1974. Trabajo magistral en el que se demuestra incontestablemente cómo esa lucha acaba pasando por la interpretación judicial, verdadero *deus ex machina* de la libertad.

J. E. SORIANO, *Hacia el control de la desviación de poder por omisión*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núms. 40-41, págs. 173 y ss.

(7) Si bien el problema existe en otros Ordenamientos, inclusive con soluciones mucho más complicadas que en el nuestro.

Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, *La ejecución de sentencias en el Derecho italiano: «Il Giudizio di Ottemperanza»*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 59, págs. 427 y ss.

(8) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La reacción del contencioso francés a la crisis del*

dían en nuestro orden procesal que el juez contencioso español pudiera llegar a manejar los poderes que, allende nuestras fronteras, se habían ido consolidando en torno al juez administrativo de una manera natural (9).

Tal situación ha cambiado a partir de la Constitución. Con la ayuda indiscutible de la doctrina del Tribunal Constitucional, el juez contencioso ha comenzado a romper las cadenas de la petrificada doctrina anterior y, audazmente, ha comenzado a ejercitar con más soltura sus poderes. (Y, en ocasiones, con toda naturalidad, anunciando en la propia Sentencia que se cambia el rumbo y que se instaura una nueva interpretación sobre el mismo texto. En el estilo del más puro *overruled* practicado por la jurisprudencia norteamericana, paradigma de flexibilidad interpretativa.)

Poderes escasos, hay que decirlo, pero poderes al fin y al cabo.

Y, dicho sea de paso, con la misma legislación procesal, nuestra Ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sin embargo, y pese al formidable esfuerzo que se ha comenzado a realizar en esta línea de apoyo a los principios *favor libertatis, in dubio pro reo, pro cives* (10) y, en general, a todos aquellos principios que configuran el proceso contencioso como un proceso de carácter antiformalista, queda mucho camino por recorrer en este sentido.

Al mismo tiempo, consecuencia del mantenimiento de la misma legislación, el avance es, por así decir, espasmódico. Esto es, a golpes y contragolpes, puesto que, a falta de otras medidas, el juez contencioso se ve obligado a seguir una determinada línea, que

modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 60, págs. 501 y ss.; C. CHINCHILLA, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa, in toto*.

(9) Sobre estos temas, vid., en general, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, *in totum*.

Hay que decir que, en muchas ocasiones, el juez se ha visto obligado a *crear* derecho, incluso en el ámbito procesal, como consecuencia de esas nuevas necesidades a las que atiende con audacia cuando fuera imprescindible garantizar el derecho de los administrados.

Vid. la admirable postura del juez de la Comunidad en el asunto *Factortame*, narrado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA en una serie de trabajos que han culminado en el artículo publicado en el núm. 67 de la «Revista Española de Derecho Administrativo», bajo el título *La Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, págs. 401 y ss.

(10) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia un nuevo sistema de Justicia Administrativa*, cit., págs. 169 y ss.

tiene que rectificar en muchas ocasiones en cuanto ve las consecuencias que implica.

Un ejemplo entre otros muchos: la técnica de la suspensión (11).

Sucede que, a falta de otras medidas cautelares, el juez contencioso ha de apurar esta técnica para conseguir frenar las consecuencias de la ejecutividad del acto administrativo. Especialmente cuando anda por medio un derecho fundamental.

Sin embargo, la utilización excesiva de la medida suspensiva puede traducirse, sin remedio, en la pura paralización de la Administración, en la inoperancia de todo el sistema administrativo.

Cuando se cae en la cuenta de que esto es así, de nuevo se vuelve a inutilizar la técnica suspensoria, con lo cual el ciudadano —o, si se prefiere, el administrado— vuelve a quedar indefenso frente a las consecuencias de la ejecutividad de los actos administrativos. Y vuelta a empezar en un eterno *ritornello*.

El tema de las medidas cautelares se convierte así en un aspecto capital del contencioso y de los poderes del juez, que, naturalmente, habrá de tener en cuenta siempre, en su aplicación, tanto los intereses generales definidos en las normas como, en su caso, el interés de las demás partes intervinientes en el proceso contencioso, a fin de ponderar debidamente todos los intereses en juego (12).

III. HACIA UN ESPERANZADOR CAMBIO

Tenemos que plantearnos, frente a la previsible reforma de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, qué

(11) Recientemente, J. TORNOS MAS, *Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 61, págs. 119 y ss.

Vid. un excelente resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el libro de J. A. SANTAMARÍA y L. PAREJO ALFONSO, *Derecho Administrativo. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, págs. 335 y ss.

(12) Vid. L. PAREJO ALFONSO, *La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 49, págs. 19 y ss., J. SUAY RINCÓN, *Una resolución novedosa en materia de medidas cautelares: el Auto del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1984*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 50, págs. 265 y ss.

Remitimos de nuevo al trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA sobre el asunto *Factortame*, *op. cit., loc. cit.*

configuración general tenemos que predicar sobre el juez contencioso y sus poderes (13).

Antes de nada, quiero decir que, a mi juicio, el juez contencioso se va a encontrar en el punto de mira de la próxima reforma procesal. Y ello es así porque no hay duda de que juega un papel político de primera magnitud.

En Francia hace tiempo que está aceptado que el *Conseil d'Etat* es uno de los elementos claves para la interpretación del sistema político francés, e incluso existen espléndidas monografías dedicadas a resaltar este capital papel. Me atrevo a destacar —y recomendar— el grueso volumen de la profesora Daniele LOSCHAK (14), en el que se pone de manifiesto el papel central que el *Conseil d'Etat* desempeña.

Por cierto que, incidentalmente, me permito señalar que este tipo de análisis, como el realizado por la profesora LOSCHAK, tiene muy poco que ver con lo que tradicionalmente entendemos aquí por «interpretación política». No se trata de analizar desde parámetros extrajurídicos la realidad del derecho y enmarcarla dentro de las coordenadas del sistema para proceder directamente a una crítica ideológica del objeto de estudio. Antes bien, los análisis se hacen desde las más puras y exquisitas técnicas jurídicas, esto es, desde dentro del sistema, confrontando líneas jurisprudenciales completas con el catálogo de derechos y libertades, para extraer a continuación una valoración, también jurídica, del rol jugado por el juez contencioso dentro de la totalidad del sistema. Es, digámoslo de nuevo, una valoración con técnicas del derecho, no cayendo en fáciles y poco autorizados sociologismos o politicismos.

(13) Como ya hemos anunciado, el problema principal está en saber si la reforma que viene va a referirse al *proceso* contencioso o a toda la *ley de la jurisdicción*.

Dudo mucho de la virtud de un Código Procesal común y de un simple proceso contencioso como elemento resumidor de toda la especialidad.

Es cierto, no obstante, que el mito del carácter revisor del contencioso-administrativo puede atacarse mejor desde un Código común que, necesariamente, habrá de ser subjetivo a fin de trabar correctamente la relación jurídica procesal.

En fin, ya veremos si son capaces en la Comisión de Codificación de abordar así el tema, aunque mucho nos tememos que las piezas tradicionales de refugio del poder frente a la jurisdicción van a continuar incólumes sin tratar de frente los verdaderos retos que el contencioso supone en nuestros días.

Remitimos el desarrollo de estas ideas a un futuro trabajo que esperamos entregar pronto a la imprenta.

(14) *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, 1972. Este libro, pese a tener casi veinte años, sigue siendo, en mi opinión, notablemente útil.

El papel político, así definido, del juez contencioso es, por tanto, capital.

En este sentido, me permito aventurar que, lejos de predicar una absoluta libertad del juez, fuera de la ley, entiendo que nuestro sistema jurídico pasa, una vez más, por reconocer que el juez contencioso ha de moverse siempre sujeto estrictamente a la misma y al bloque de la legalidad. Lo que no tiene nada que ver con una actitud poco sensible a las transformaciones operadas en la sociedad, y de las que el juez ha de acabar dando cuenta.

La técnica para combinar debidamente ambas ideas —sujeción a la legalidad y evolución del contencioso— está ha mucho inventada y no se puede pretender ninguna originalidad.

Naturalmente, me refiero a la depuración por el juez contencioso de los *principios generales del Derecho*. Ahí es donde hay que buscar el equilibrio necesario entre ambas necesidades a las que está sometido el juez contencioso (15).

En nuestra Constitución se ha apostado claramente por esta fórmula. Sin duda, es una Constitución principialista. Y, en concreto, por lo que hace al juez administrativo, tiene acreditado un camino particularmente atractivo y liberador del sometimiento *contra ratione iuris* al principio de legalidad. En efecto, el artículo 103 de la Constitución señala con toda claridad que la Administración actúa con sometimiento pleno *a la ley y al Derecho*. Fórmula ésta que, como resulta conocido, proviene directamente de la Ley Fundamental de Bonn, en la que se concibió como elemento superador del sometimiento del juez a la bárbara legalidad positiva cuando ésta vulnera cabalmente los principios constitucionales y de lesa humanidad generalmente reconocidos (que era cabalmente la legalidad del nazismo, que muchos jueces se veían obligados a aplicar sin medios concretos para superarla) (16).

Esta técnica es predicable, obviamente, de todo juez contencioso, cualquiera que sea su posición dentro del orden jurisdiccional.

En el ámbito de los Tribunales Superiores puede rendir inesti-

(15) El Derecho administrativo es, sin duda, el que con mayor énfasis exige la aplicación y puesta al día de dichos principios al tenérselas que ver con un magma normativo monumental sólo racionalizable mediante esta técnica.

Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo*, en esta REVISTA, núm. 40, págs. 189 y ss.

(16) Vid. G. RADBRUCH, E. SCHMIDT y H. WELZEL, *Derecho injusto y Derecho nulo*, Madrid, 1971, *in toto*.

mables servicios para configurar una nueva serie de jurisprudencia autonómica verdaderamente progresiva.

IV. EL ENJUICIAMIENTO DE LA LEY POR LOS JUECES ORDINARIOS

Ni que decir tiene que el juez contencioso no es el juez de la ley. Al menos, no es el juez ordinario. Es el Tribunal Constitucional, con toda claridad, como lo dispone la propia Constitución y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (17).

No obstante, quiero señalar que el juez contencioso, sorprendentemente, sí es el juez excepcional de la legalidad (18).

Hay, al menos, cuatro supuestos en los que el juez de lo contencioso puede enjuiciar leyes. Y, en su caso, inaplicarlas o, más aún, en algunos supuestos, declarar la nulidad (19).

Veamos estos cuatro supuestos.

a) *En primer término, el caso de las leyes anteriores a la Constitución* (20)

Desde la primera Sentencia del Tribunal Constitucional, Sentencia de 2 de febrero de 1981 (Ponente: Gómez-Ferrer Morant), utilizando el concepto de «inconstitucionalidad sobrevenida», quedó claro que, respecto de las leyes anteriores a la Constitución, los Jueces y Tribunales pueden desconocerlas en cuanto estimen que son contrarias a la Constitución.

Decía así el Tribunal Constitucional:

(17) Vid. P. PÉREZ TREMPs, *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Madrid, 1985, págs. 193 y ss.

(18) Sobre el principio de división de poderes, que está en el fondo de todo este juego de relaciones, vid., recientemente, el trabajo del profesor L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *De la separación y control de los poderes en el sistema constitucional español*, «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», núm. 4, septiembre-diciembre 1989, págs. 47 y ss.

(19) Vid. P. PÉREZ TREMPs, *op. cit.*, págs. 144 y ss.; J. TORNOS MAS, *Inaplicación de la Ley por los Tribunales Contencioso-Administrativos*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 22, págs. 453 y ss.

(20) Vid., en general, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, págs. 83 y ss.; S. VARELA y M. SATRÚSTEGUI, *Constitución nueva y leyes viejas*, «Revista del Departamento de Derecho Político», núm. 7, págs. 161 y ss.; M. ARAGÓN, «Dos cuestiones interesantes en nuestra jurisdicción constitucional: control de las leyes anteriores y de la jurisprudencia», en *El Tribunal Constitucional*, vol. I, págs. 561 y ss.

«Así como frente a las Leyes postconstitucionales el Tribunal ostenta un monopolio para enjuiciar su conformidad con la Constitución, en relación a las leyes preconstitucionales, los Jueces y Tribunales deben inaplicarlas si entienden que han quedado derogadas por la Constitución, al oponerse a la misma; o pueden, en caso de duda, someter este tema al Tribunal Constitucional por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad.»

Es claro, pues, que, por lo que hace a los Jueces y Tribunales, pueden inaplicar leyes anteriores a la Constitución. Sea como consecuencia del efecto derogatorio o como consecuencia de la llamada «inconstitucionalidad sobrevenida», tema polémico que ahora no interesa despegar.

Nos basta, por tanto, con identificar un primer supuesto en el que el Juez o Tribunal, en este caso de lo contencioso, puede inaplicar auténticas leyes, si bien anteriores a la Constitución.

Conviene recordar que nuestro constituyente, a diferencia de lo que hizo el constituyente de la II República, no estableció un registro de leyes que quedaban en vigor, otras que pasaban a condición meramente reglamentaria y otras que estimaba nulas.

La reforma política, prudente y ejemplarmente conducida por las fuerzas políticas, no cayó en el error republicano, que, lleno de idealismo pero poco realista, provocó no pocos quebraderos a la doctrina y jurisprudencia, que en muchas ocasiones no sabía, literalmente, cuál era la legislación aplicable. El ejemplo de la Ley de Puertos fue bien patente, y hubo sentencias contradictorias a lo largo de décadas sobre cuál era la ley en vigor. Y así con otros ejemplos.

En nuestro actual sistema político se ha confiado en parte en la naturaleza técnica de no pocas leyes que, despojadas de su contenido más hiriente con los derechos y libertades de los ciudadanos, pueden seguir prestando utilidad y, sobre todo, que, mantenidas, permiten una continuidad en el tráfico ordinario que se vería peligrosamente alterada de haberse seguido el modelo de la República.

Se ha confiado en el cambio paulatino y progresivo de nuestro nuevo Ordenamiento. Y, desde este punto de vista, se ha permitido que hayan continuado en vigor.

Se trata, por tanto, de auténticas leyes. Respecto de las cuales vemos que los Jueces pueden con toda naturalidad inaplicarlas. (Naturalmente, tras haber apurado al máximo las posibilidades interpretativas de tales normas para adecuarlas a la Constitución, es decir, intentando hasta el límite de lo posible una interpretación conforme a la Constitución.)

Por cierto que la expresión del Tribunal Constitucional se mueve en el terreno práctico de los efectos más que en el teórico de la naturaleza jurídica de la operación de enjuiciamiento por el Juez. Esto es, no se le pide al Juez que expresamente, de manera formal, declare derogada la norma anterior a la Constitución y lo lleve de manera explícita al fallo.

Más prácticamente, lo que se le dice al Juez es que cuando considere incompatible con la Constitución una ley anterior (por supuesto, el ejemplo sería también predicable de los Reglamentos, pero aquí no se plantean los problemas que estamos analizando, ya que con toda naturalidad y normalidad el juez contencioso anula reglamentos de toda clase, pre y postconstitucionales), y entienda que está derogada, la «inaplique». Esto es, no la tenga en cuenta en sus razonamientos jurídicos, de manera que el fallo de la Sentencia sea producido por un razonamiento en el que el Juez no tenga en cuenta la ley contraria a la Constitución que sea anterior a ésta.

De todas maneras, las fronteras entre la inaplicación y la derogación se mueven más en el terreno de la pura práctica, ya que si se «inaplica» es porque hay que estimarla derogada o, al menos, insusceptible de producir los efectos jurídicos normales de toda norma, que son, como es sabido, los producidos por la vigencia y eficacia, que es precisamente lo que el Juez, en su caso, puede negar cuando entienda que la ley es cuestión queda inaplicada por resultar contraria a la Constitución (21).

Es una recomendación práctica, pero que no excluye, en hipótesis límite, que el Juez pueda hacer la declaración que estime más oportuna, inclusive en el propio fallo.

Lo que se pretende es que el Juez no haga declaraciones extensivas que puedan producir fallos contradictorios con otros Jueces y Tribunales.

(21) Vid. la técnica de la *preemption* en J. E. SORIANO, *Reglamentos y Directivas en la Jurisprudencia comunitaria*, 2.ª ed., Madrid, 1988, págs. 19 y ss.

Pero, en último extremo, aunque lo normal será que no tenga que hacer una declaración expresa de inconstitucionalidad en el fallo, si se viera obligado a hacerlo, podría llegar a incorporar tal declaración en su resolución.

b) *El supuesto de los decretos legislativos*

Pese a alguna opinión en contra (22), la tesis mayoritaria, siguiendo a E. GARCÍA DE ENTERRÍA (23), sostiene, sin género de dudas, el control judicial, por los jueces ordinarios, de los *ultra vires* producidos en el ejercicio de la delegación legislativa.

El artículo 82.6 de la Constitución, con toda claridad, establece la competencia de los Tribunales ordinarios para enjuiciar los excesos de la delegación.

Pues bien, en estos supuestos resulta difícil no admitir que en el análisis que hace el Tribunal, normalmente contencioso, de tales excesos de la delegación realizada por el Gobierno, lo que está haciendo en realidad es enjuiciar leyes.

Cuando el Juez contencioso se enfrenta con el material normativo sobre el que ha de pronunciarse, en realidad se está enfrentando con las leyes.

Y la operación que consiste en delimitar hasta dónde llega la habilitación legislativa y hasta dónde no llega es, en puridad, una operación realizada sobre la ley.

Decir lo que es ley y lo que no es, en último extremo, es pronunciar un juicio sobre la propia ley. Aquello que resulte no ser ley, a juicio del juez ordinario, justamente dejará de tener esa consideración. Y eso, en pura lógica, es un juicio sobre la propia ley.

Juicio que, además, se incorpora al fallo.

Aquello que el Juez ordinario, *ad exemplum* cualquier Tribunal de lo Contencioso, diga que no es ley, y además lo anule, deja de

(22) J. JIMÉNEZ CAMPO, *El control jurisdiccional de los decretos legislativos*, «Revista de Derecho Político», núm. 10, 1981, págs. 77 y ss.; I. DE OTTO PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, págs. 189 y ss.

Vid. sobre este tema, con carácter general, P. PÉREZ TREMP, *op. cit., loc. últ. cit.*

(23) Ahora explicitada de nuevo en el conocido *Curso de Derecho Administrativo*, en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ, 5.ª ed., págs. 284 y ss. Antes, en su conocida obra *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, en especial el primero de los estudios que componen este volumen.

En mi opinión, el Constituyente siguió muy de cerca, incluso en la terminología, las tesis del maestro de la Complutense.

tener dicha cualidad, que antes del pronunciamiento del Juez o Tribunal sí que tenía tal consideración.

No insistiremos más sobre este punto, puesto que nuestro modesto objetivo ahora no es estudiar en profundidad los decretos legislativos, sino, más sencillamente, detectar los nuevos poderes del juez contencioso y animar este movimiento que permitirá concluir en una judicatura vigorosa y bien consolidada que permita que en poco tiempo podamos hacer también en nuestro país una colección de *Grands Arrêts* de la jurisprudencia administrativa.

c) *El supuesto de las leyes marco*

El artículo 150.1 de la Constitución da lugar a una figura legislativa que tiene notable vitalidad en otros sistemas jurídicos, pero que en el nuestro ha quedado prácticamente inédita (24).

Las leyes marco, como viene sucediendo en general con las leyes establecidas en el artículo 150, no gozan del predicamento que pudiera derivarse de una lectura neutra de la Constitución.

Por este motivo, y porque las relaciones de articulación entre el Estado y las Comunidades Autónomas han transitado por el camino abierto en el artículo 149 de la Constitución, en la técnica legislación básica-legislación de desarrollo, la legislación marco ha carecido del suelo normativo en el que germinar.

No obstante, como posibilidad legislativa existe con toda claridad, y quizá en una relación más fluida en el futuro entre el Estado y las Comunidades Autónomas pueda dar el juego que el constituyente pensó para este tipo legislativo. Me atrevo a sugerir que es una fórmula que, a propósito de la aplicación de las Directivas de la Comunidad Económica Europea, puede llegar a resultar el instrumento más adecuado para asegurar el papel que corresponde al Estado y a las Comunidades Autónomas en el desarrollo, previa recepción, de esta peculiar fuente legislativa establecida en el artículo 189 del Tratado CEE.

En cualquier caso, volviendo al tema que ahora nos ocupa, recordemos que en este precepto se establece, en su inciso segundo, que:

(24) Vid. CUOCOLO, *Le leggi cornice nei rapporti fra Stato e Regioni*, Milán, 1967, págs. 17 y ss.

«Sin perjuicio de la competencia de los Tribunales, en cada ley marco se establecerá la modalidad de control de las Cortes Generales sobre estas normas legislativas de las Comunidades Autónomas.»

La referencia, en plural, a los Tribunales no deja lugar a dudas sobre el significado de la expresión.

Aquí, una vez más, y como hemos visto que sucedía a propósito de los Decretos Legislativos —en una construcción técnica que permitiría encontrar notables puntos de coincidencias sobre ambas figuras de control—, el constituyente, con toda claridad, ha querido que la fiscalización de la adecuación de la legislación autonómica, tan legislación como la del Estado, sea compartida por los Tribunales ordinarios de Justicia, en general, y por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo en particular.

Y en la medida en que el resultado normativo de la operación entre la ley de principios del Estado y la operación de desarrollo normativo por las Comunidades Autónomas no se ajuste a lo establecido, podrán los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo entrar recto y por derecho en la operación, anulando los *ultra vires* autonómicos.

Quede así identificado este tercer supuesto de ampliación de los poderes de control del juez contencioso sobre normas con rango de ley.

d) *Los supuestos de aplicación preferente del derecho comunitario*

Por lo novedoso del mismo y porque, sin duda, va a ser uno de los supuestos más frecuentes de ampliación del poder del juez contencioso frente a las normas españolas, cualquiera que sea su rango, clase y función (25), este tema constituye uno de los aspectos emblemáticos de los nuevos poderes que el juez, y singularmente el juez de lo contencioso, va a tener frente a las Administraciones Públicas.

Conocemos con claridad el significado de la aplicabilidad inmediata, el efecto directo y la primacía de la normativa comuni-

(25) La novedosa teoría sobre la función de la norma en el cuadro del sistema constitucional ha sido puesta de manifiesto por el profesor R. GÓMEZ-FERRER en un espléndido trabajo, *Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional*, núm. 113 de esta REVISTA, págs. 7 y ss.

taria, distinguiendo debidamente entre los Reglamentos y las Directivas (26).

Pues bien, la primacía de la norma comunitaria implica, por de pronto, el reconocimiento de la preferencia aplicativa de la misma sobre cualquier otra fuente interna que se le oponga. Es, en lo fundamental, un efecto que ha de tener su reconocimiento natural en sede judicial, en caso de plantearse conflicto respecto de la aplicación de la norma interna.

Ahora bien, dicho lo anterior, conviene precisar que el Ordenamiento comunitario, a través de los jueces nacionales de los distintos países miembros, no se preocupa, porque no es su cometido, de plantear qué sucede con la norma interna que se oponga a la comunitaria y que, por lo pronto, ha de quedar inaplicada.

En términos generales, nos parece adecuado sostener que la tesis más prudente y flexible es la de la *preemption*, esto es, la de provocar un «efecto desplazamiento» de la norma interna contraria a la comunitaria, sin que los jueces nacionales tengan que preocuparse por dar cuenta de las consecuencias prácticas de la aplicación preferente del derecho comunitario.

Esta indubitada preferencia no es matizable, siquiera, por la vía de plantear una cuestión de constitucionalidad.

Primero, porque el derecho comunitario no es parámetro de la constitucionalidad. Así lo ha recordado recientemente el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 132/1989 (sobre Cámaras Agrarias), cuando señala:

«En primer lugar ha de indicarse que el artículo 7 del Tratado de Roma no puede ser utilizado como parámetro directo de constitucionalidad. Pero aun de admitirse, por la naturaleza de su contenido, dada la conexión que la jurisprudencia comunitaria le ha dado con la protección de los derechos humanos sobre todo en materia de libre circulación de personas —que el precepto comunitario de acuerdo con el artículo 10.2 CE pudiera servir de pauta para la interpretación del artículo 14 de la misma...»

(26) Vid. J. E. SORIANO, *Reglamentos y Directivas en la Jurisprudencia comunitaria*, 2.ª ed., Madrid, 1988, págs. 57 y ss.

Y, en segundo lugar, porque tal procedimiento, que sería retardatorio de la debida aplicación del orden comunitario, y que fue uno de los caballos de batalla del dualismo italiano, se zanjó definitivamente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades en el conocido *arrêt* Simmenthal.

El juez español, en caso de conflicto entre una norma comunitaria que tenga aplicabilidad inmediata y efecto directo y una norma española, ha de proceder a dar preferencia aplicativa a la norma comunitaria. Se trate de un Reglamento o de una Directiva de la Comunidad (cuando éstas tengan efecto directo y sólo en estos casos) (27). Incluso, como en los casos en que una norma comunitaria haya sido desarrollada por una *ley* dictada por las Cortes, cuando ésta haya sido dictada vulnerando lo dispuesto en la norma comunitaria (28).

Ahí, por tanto, se vuelve a descubrir un supuesto, de importancia creciente, de aplicación por el juez contencioso de los poderes de control y fiscalización de normas, inclusive aunque tengan rango de leyes (29).

No insistiremos sobre este punto, al que nos hemos dedicado monográficamente, remitiendo el lector interesado a la bibliografía ya citada (30).

En resolución, tenemos que destacar que, al menos en estos cuatro supuestos, no cabe duda de que el juez contencioso ve notoriamente incrementados sus poderes. Y tiene que descubrir, con naturalidad, que está llamado a jugar un papel crucial en defensa de los derechos de los administrados, inclusive frente a normas de rango legal.

Sin retórica alguna, los Tribunales y Jueces de lo contencioso están abocados, pues, a convertirse en piezas centrales del enjuiciamiento del poder. Inclusive, eventualmente, del poder legislativo.

(27) Vid. J. E. SORIANO, *op. cit.*, págs. 115 y ss.

(28) Asunto Fratelli Costanzo. Vid. el comentario a esta importante Sentencia, que provoca el efecto directo frente a la Administración, inclusive respecto de Leyes del Parlamento, en J. E. SORIANO, *El efecto directo de las Directivas frente a la Administración*, «CIS», núm. 64, págs. 112 y ss.

(29) Naturalmente, no se pretende ningún carácter monopolizador por el Juez contencioso de esta preferencia aplicativa y consecuente desplazamiento de la norma comunitaria, puesto que es una exigencia general aplicable por todo Juez.

(30) Vid. nuestro trabajo *Comunidades Autónomas y Comunidad Europea*, Madrid, 1990, págs. 211 y ss.

V. LA REFORMA QUE VIENE

La Ley Orgánica del Poder Judicial dedica el Título IV del Libro I a la composición y atribuciones de los órganos jurisdiccionales.

Se atiende, como bien señala la Exposición de Motivos de la Ley, a la nueva organización del poder territorial del poder, aplicando el principio autonómico que tiene en esta sede, como elemento principal, a los Tribunales Superiores de Justicia, en los que culmina la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma.

A efectos judiciales, la organización territorial se distribuye entre Municipios, Partidos, Provincias y Comunidades Autónomas, de una parte, y el territorio nacional, por otra (31).

Esta distribución se refleja en que sobre las primeras circunscripciones, a efectos del contencioso, existirá en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y con sede en su capital, uno, o más, juzgados de lo contencioso-administrativo (32).

Confieso públicamente mis dudas sobre la bondad de esta figura del juez unipersonal de lo contencioso-administrativo (33).

No solamente es contrario a la tradición, sino que resulta difícil que el control y la fiscalización del poder recaiga sobre un solo juez no suficientemente arropado en una Sala completa.

La tarea que van a tener va a ser muy ardua. Y no me refiero sólo a los aspectos técnicos, que ya de por sí son considerables, sino a la presión enorme que un Juez de estas características va a tener que soportar. Y sería muy fácil poner ejemplos en los que se demuestre, con toda claridad, la conveniencia y oportunidad de que el Juez de lo Contencioso actúe en el seno de un órgano colegiado y no aislado frente el Poder político.

(31) Vid. sobre este punto las recientes consideraciones de la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 56/1990, de 29 de marzo, recaída en los recursos de inconstitucionalidad promovidos por diferentes Comunidades Autónomas contra determinados preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Fundamento Jurídico. C. 17.

(32) Además de preverse que, cuando el volumen de asuntos lo requiera, se podrán establecer uno o más Juzgados de lo Contencioso-Administrativo en las poblaciones que por ley se determine, que tomarán la denominación del municipio de su sede y extenderán su jurisdicción al partido correspondiente. También podrán crearse excepcionalmente Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que extiendan su jurisdicción a más de una provincia dentro de la misma Comunidad Autónoma.

(33) Vid. J. TORNOS MAS, *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*, en esta REVISTA, núm. 122, pág. 109.

En definitiva, y con todos los respetos, me parece un grave error de la Ley haber configurado al Juez de lo Contencioso, aunque sea limitadamente, como Juez unipersonal. Y entiendo que todavía se está a tiempo de corregir dicha equivocación.

En las distintas Comunidades Autónomas existirá el Tribunal Superior de Justicia, que culmina la organización judicial de las mismas.

Sobre todo el territorio nacional ejercerá su potestad jurisdiccional la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo.

En el Tribunal Supremo, de acuerdo con las prescripciones del artículo 55 de la LOPJ, desarrollada por la Ley de Planta (Ley 38/1988, de Demarcación y Planta Judicial), existe la Sala Tercera, que asume las competencias de las antiguas Salas Tercera, Cuarta y Quinta.

Por su lado, según lo dispuesto en el artículo 64 de la misma Ley, en la Audiencia Nacional se mantiene la Sala de lo Contencioso-Administrativo, coincidiendo con lo que ya establecía la normativa de creación de la Audiencia de 4 de enero de 1977.

En los artículos 70 y siguientes se establecen las competencias y atribuciones de los Tribunales Superiores de Justicia, en cuyo estudio tenemos que centrarnos por su carácter novedoso.

Antes de nada, tenemos que hacer una reflexión general: mientras no esté aprobada la ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, no cabe perfilar definitivamente el conjunto de atribuciones de esta jurisdicción (34). O, mejor dicho, sin duda alguna esta nueva ley —prevista y de la que conocemos ya algún anteproyecto— tendrá una incidencia fundamental en toda la operatividad del proceso contencioso (35). Especialmente por lo que hace al novedoso recurso de casación, todavía no inaugurado formalmente, precisamente a consecuencia de la falta de la ley reguladora del proceso contencioso (36).

Merece la pena recordar en estos momentos la posición de dicho anteproyecto, porque resulta indicativa de por dónde irá

(34) Véase, de nuevo, la necesidad de una auténtica ley de la jurisdicción contencioso y no una mera ley del proceso administrativo.

(35) El Ministerio de Justicia, a través de la Secretaría General Técnica, publicó en 1986 un proyecto regulador del proceso contencioso-administrativo.

(36) Sobre el recurso de casación y las modalidades de la «casación regional», vid. la STC 56/1990, FJ 33.

Vid. el reciente Auto del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1990, comentado en la «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 66, por J. GONZÁLEZ PÉREZ y M. PULIDO QUECEDO.

con toda seguridad el futuro competencial de dicho proceso, que, naturalmente, coincide, como no podía ser menos, con los dictados de la LOPJ, bien que precisando y añadiendo algunos puntos de interés, ya que la LOPJ resulta un tanto ambigua por lo que se refiere a los Tribunales Superiores de Justicia.

Decían así estos preceptos:

«Art. 9. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocerán en única o primera instancia, según lo dispuesto en esta Ley, de los recursos que se deduzcan en relación a:

1. Los actos y disposiciones emanados de los entes integrados en la Administración Local.

2. Los actos y disposiciones emanados de la Administración de las Comunidades Autónomas, de nivel orgánico inferior a Consejero, cuando sean confirmados en alzada o en vía de fiscalización por Organos superiores de la Administración autonómica.

3. La impugnación de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por las Juntas Electorales en el procedimiento electoral.

Art. 10. Las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán:

1. En única instancia:

a) De los recursos contra actos y disposiciones emanados de Organos de la Administración del Estado de nivel inferior a Secretarios de Estado.

b) De los recursos contra actos y disposiciones emanados de Ministros y Secretarios de Estado, cuando confirmen íntegramente en alzada o en vía de fiscalización los precedentes de Organos inferiores.

c) De los recursos frente a actos y disposiciones de la Administración Institucional del Estado, salvo cuando por vía de recurso o fiscalización sean modificados o revocados por los Ministros o Secretarios de Estado.

d) De los recursos que se formulen contra actos

y disposiciones de la Administración universitaria y de la corporativa de ámbito *no* estatal.

e) De los recursos que se formulen contra actos y disposiciones emanados del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, de su Presidente y de los Consejeros, salvo los confirmatorios en vía de recurso o de fiscalización de resoluciones de órganos jerárquicamente inferiores o entes institucionales de la Comunidad Autónoma.

f) De los recursos que se formulen contra actos y disposiciones de los Organos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, de sus Comisionados y de quienes actúen por su delegación, en lo relativo a materias de personal, contratos y gestión patrimonial.

g) Del recurso contencioso-electoral contra los acuerdos de las Juntas Electorales en materia de proclamación de electos, así como sobre la elección y proclamación de Presidentes de las Corporaciones Locales.

2. En apelación, de los recursos de esta naturaleza que se promuevan contra resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, en los casos en que proceda con arreglo a esta Ley (37).

3. En recurso de revisión, en los supuestos establecidos (38).

4. Igualmente conocerán de las competencias suscitadas entre Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.»

De otra parte, las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia serán susceptibles de recurso de casación ante el Tribunal

(37) Artículo 82: «1. Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo serán susceptibles de apelación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, salvo que se hubieran dictado en asuntos cuya garantía sea inferior a un millón de pesetas. 2. Serán siempre susceptibles de apelación las sentencias que resolvieren asuntos de cuantía indeterminada y aquellas que declararen la inadmisibilidad del recurso.»

(38) De acuerdo con lo previsto en el artículo 103 del mismo Anteproyecto, las sentencias firmes de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo serán susceptibles de recurso de revisión ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia correspondiente. (Los motivos son los tradicionales de la revisión.)

Supremo, siempre que hayan sido dictadas en única instancia en relación con actos y disposiciones de Organos de la Administración del Estado, así como de los procedentes de las Comunidades Autónomas, siempre que se funden en infracción de normas no emanadas de éstas (39).

Parece cerrada la polémica sobre la instauración de tal recurso, esto es, si ha sido ya introducido por la LOPJ o si es necesario esperar a la ley de desarrollo, tesis ésta que me resulta más convincente, coincidiendo con el Auto citado (40).

Y cabe, asimismo, el recurso de revisión para unificación de doctrina contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando hubieran dictado sentencias contradictorias respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en igual situación, donde en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales se llegue a pronunciamientos distintos.

Hagamos una breve comparación entre el Anteproyecto con lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

a) Por de pronto, por lo que se refiere a la Administración del Estado, precisa con toda claridad el nivel orgánico de los actos y disposiciones susceptibles de recurso, puesto que la LOPJ se limita en este punto a decir que la Sala de lo Contencioso-Administrativo conocerá en única instancia de los recursos contencioso-administrativos contra los actos y disposiciones de los órganos de la Administración del Estado que no estén atribuidos o se atribuyan por ley a otros órganos de este orden jurisdiccional. (O bien de aquellos recursos contra actos y disposiciones emanados de Ministros y Secretarios de Estado, cuando confirmen íntegramente en alzada o en vía de fiscalización los procedentes de Organos inferiores.)

Bien es cierto que esta delimitación negativa se completaba con las normas que atribuían competencias al Tribunal Supremo, en las cuales se establecía que dicho Alto Tribunal conocerá en única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanadas del Consejo

(39) Vid., de nuevo, la STC 56/1990, *ibidem*.

(40) De todas formas, se están viviendo momentos de zigzagueos y perplejidades, con planteamientos continuos de conflictos de competencias positivos y negativos, provocando situaciones de incertidumbre a los recurrentes. Por ello resulta urgente aclarar la situación legislativamente y con claridad.

de Ministros o de sus Comisiones Delegadas. Y que, por su parte, el artículo 66 de la misma LOPJ atribuía a la Audiencia Nacional el conocimiento en única instancia de los recursos contra disposiciones y actos emanados de los Ministros y Secretarios de Estado (salvo que confirmen en vía administrativa de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dictados por órganos o entidades distintos, cualquiera que sea su ámbito territorial).

De esta forma, y en sustitución de las Audiencias Territoriales (art. 10 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, en relación con el art. 6 del Real Decreto-ley de 4 de enero de 1977), se confirma el tradicional criterio de establecer un orden jurisdiccional paralelo, en lo que al Estado se refiere, a la distribución jerárquica de la Administración del Estado.

Los Tribunales Superiores de Justicia no son, por tanto, exclusivamente autonómicos, sino que, además de esa función, que luego analizaremos, también cumplen, como órganos estatales que son, la función de impartir y decir justicia al propio tiempo. Insistimos que en medida semejante de las anteriores Audiencias Territoriales, a las que la Sala del Tribunal Superior de Justicia sustituye en este punto.

Ahora bien, resulta criticable que la atribución en bloque a los Tribunales Superiores se quiera hacer sin las debidas matizaciones.

Porque, puestos a instaurar a los Juzgados unipersonales, parece más lógico que éstos conozcan de las pretensiones pequeñas, por su trascendencia o ínfima cuantía. Sin que el hecho de que procedan de la Administración del Estado nos parezca título suficiente para automáticamente deferir dicha competencia al Tribunal Superior.

b) Añade la importante precisión sobre la fiscalización de la Administración institucional.

Es de señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid será, así, el normalmente competente para conocer de estos recursos al residir en dicha Comunidad Autónoma la inmensa mayor parte de los órganos centrales de tales Instituciones que, vía recursos administrativos, son las que acaban expresando la voluntad de la Administración Institucional.

c) Se atribuye, asimismo, a los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos formulados contra los actos

de las Universidades que se encuentren en su ámbito territorial, y en única instancia. De igual forma, se les atribuye también respecto de las Corporaciones de ámbito no estatal ubicadas en su circunscripción.

Prácticamente, supone que los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio y otros entes corporativos de ámbito provincial y regional (en lo general) van a encontrar la medida del derecho en su propio Tribunal Superior de Justicia.

Se vuelve a añadir de esta manera una importante precisión a lo dispuesto en la LOPJ, que sólo habría permitido llegar a este resultado, si se admitiera la calificación de las Universidades y de los entes corporativos como «Administración indirecta del Estado», lo cual es, desde luego, más que dudoso, por cuanto tales entes disponen de autonomía —inclusive reconocida como derecho fundamental respecto de las Universidades— (41). Lo que exige un enorme rigor en la utilización de dicha categoría.

Parece, por tanto, enormemente útil la precisión que hace el Anteproyecto. Y que viene, por demás, a coincidir con el criterio tradicional que se desprendía de los artículos 7 y siguientes de la Ley de la jurisdicción contenciosa.

En este punto, el Tribunal Superior de Justicia, en su Sala de lo Contencioso, vuelve a tener clara configuración regional. Bien que, insistimos, nos encontramos ante entidades que disponen de su propia autonomía, ligada, en medida no desdeñable (aunque no exclusiva), al servicio de la Autonomía Territorial.

d) En cuanto a la atribución a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de los recursos que se formulen contra actos y disposiciones de los Organos de Gobierno de la Comunidad Autónoma (Consejo de Gobierno, Presidente, Consejeros), confirma plenamente lo dispuesto en la LOPJ —art. 74.b)— y, con toda claridad, es uno de los elementos que configuran al Tribunal Superior de Justicia como Tribunal Autonómico, al establecer una clara correlación entre el orden jurisdiccional y la Administración autonómica.

En cuanto a la excepción «que confirmen en vía administrativa de recurso o en procedimiento de fiscalización o tutela los dicta-

(41) Esta es la postura del Tribunal Constitucional, que no compartimos, en la Sentencia 26/1987, de 27 de febrero.

dos por órganos o entidades distintos» (74 LOPJ), con las matizaciones introducidas por el Anteproyecto en sus artículos noveno y décimo, tenemos que comentar que no se nos oculta que presenta dificultades enormes la distinción entre aquellos actos del órgano superior meramente confirmatorios y aquellos otros que constituyen una decisión compartida al disponer el órgano superior que el acto del inferior se cumpla sometido a condicionantes, modos o rectificaciones.

Ciertamente, podría pedirse una mayor claridad en la redacción, si bien este tipo de atribuciones competenciales resultan tradicionales en nuestro contencioso.

Debería aprovecharse este momento para introducir reglas de mejor claridad y con redacción más feliz.

e) En la misma línea de configurar al Tribunal Superior en su veste autonómica figura el apartado f) de dicho precepto, al atribuirle en única instancia el conocimiento de los recursos que se interpongan contra los actos de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en todo lo referente a personal, contratos y gestión patrimonial.

La expresión «contratos y gestión patrimonial» concreta en el texto del Anteproyecto la fórmula más ambigua de la LOPJ de «actos de administración».

Como resulta conocido, ha sido rigurosamente novedoso el procedimiento de apertura de los *interna corporis*, que tradicionalmente quedaban excluidos del control del poder judicial ordinario.

Anteriormente a la Constitución, los actos de las Cámaras no podían ser sometidos a control jurisdiccional. Hubo casos flagrantes, como la sanción a un Letrado de las Cortes (GIL ROBLES), que quedaron sin protección alguna, como consecuencia de la falta de legitimación pasiva de éstas para ser sometidas a enjuiciamiento.

Esto cambió sustancialmente a partir de la Constitución y del conjunto de normas que se dictaron para asegurar la plena efectividad del artículo 24 de la Constitución en todos los ámbitos. Y, así, frente a los actos de las Cámaras, del Consejo General del Poder Judicial, del propio Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas, Defensor del Pueblo y, desde luego, de las Asambleas

Autonómicas, se generó la defensa de los terceros que podían verse menoscabados en sus derechos (42).

El tema ha suscitado una polémica bastante profunda, por cuanto al calor de tales disposiciones se han puesto de manifiesto doctrinas y teorías que pretenden ver en tales normas la confirmación de la tesis de la personalidad jurídica del Estado. Ideas éstas que han tenido también respuesta en tesis contrarias mantenedoras de la tradicional postura, dominante en Derecho administrativo, de mantener la personalidad de la Administración, y no del Estado en su conjunto, como mecanismo definidor de la relación jurídica administrativa (43).

No interesa aquí ese, por demás importante, debate.

Lo fundamental es constatar la apertura del juez ordinario a ámbitos antes excluidos de su fiscalización. Aumentan así también sus poderes frente a lo que era tradicional.

Y en este caso, haciéndose eco de esa normativa, con carácter general, se estipula que serán las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia las encargadas de establecer el control sobre tales actos cuando sean producidos por las Asambleas Legislativas autonómicas.

Y, en este sentido, los Tribunales Superiores resultan también Tribunales autonómicos.

∖ f) Por último, se les atribuye el proceso contencioso-electoral tanto contra los acuerdos de las Juntas electorales —sobre proclamación de electos— como sobre la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales.

Obsérvese que no se prevé recurso ante el Tribunal Supremo.

De ahí a forzar el recurso de amparo hay un paso solo.

No hay explicación técnica para esa ausencia. Sólo se puede entender en clave estrictamente política: las Autonomías mayores no habrían dado su apoyo a la LOPJ ni a la legislación electoral si se hubiera previsto el recurso ante el Tribunal Supremo.

(42) Vid. el prólogo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA al libro de L. M. DIEZ-PICAZO, *La autonomía administrativa de las Cámaras parlamentarias*, Madrid, 1985.

(43) En torno a esta polémica, vid. L. LÓPEZ GUERRA, *La personalidad jurídica del Estado*, «Revista de Derecho Político», núm. 6; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El concepto de Administración Pública en la Ley de lo contencioso, tras la Constitución de 1978*, núm. 96 de esta REVISTA; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas*, «Revista de Derecho Político», núm. 9; L. ORTEGA, *La concepción subjetiva del Derecho Administrativo tras la Constitución española de 1978*, Albacete, 1989; J. E. SORIANO, *Apuntes de Derecho Administrativo*, Salamanca, 1990.

g) Junto con ello, conocen en segunda instancia de los recursos —que serán de apelación y, en su caso, de revisión— contra las resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la Comunidad Autónoma.

Y, asimismo, se les atribuye el conocimiento de las cuestiones de competencias entre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.

Al conocer en apelación de las sentencias y demás resoluciones de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, puesto que resulta que no cabe casación ante el Tribunal Supremo de las resoluciones dictadas en segunda instancia por los Tribunales Superiores de Justicia, prácticamente serán los últimos Tribunales en todas las materias de que conozcan los jueces de lo contencioso-administrativos.

Y, tal como reza el anteproyecto, será fundamentalmente todo lo relacionado con el régimen local.

Por tanto, respecto de esta materia, en definitiva, respecto de la articulación político-territorial de su región, será el Tribunal Superior de Justicia el que fije la doctrina jurisprudencial.

Lo cual no deja de sorprender, puesto que la consecuencia inmediata que producirá dicha atribución será la de que sobre un mismo texto legal estatal (Ley de las bases del régimen local, texto refundido, reglamentos estatales) se producirá irremediamente una jurisprudencia fragmentada y distinta entre sí.

Si a ello añadimos que cualquier acto local, no obstante su trascendencia, pasa automáticamente a ser atribuido a los Juzgados unipersonales, se comprenderá fácilmente que parezca criticable esta atribución.

Hay actos locales que, por su especial importancia, no parece aconsejable que pendan de un juez unipersonal situado en la base de la pirámide.

No es de recibo que los actos de las Administraciones Locales hayan pasado, sin más, a considerarse actos propios de Administraciones menores. Y, al mismo tiempo, que todo acto de la Administración del Estado, aunque sea ínfimo, exija su atribución a un órgano superior, al que hace perder el tiempo al entretenerle en cualquier nimiedad.

La unificación de doctrina se prevé vía recurso de revisión. Que, naturalmente, habrá de respetar las soluciones de fondo a

que hubieran llegado en cada caso las sentencias cuya contradicción se denuncie.

Se remite a la casación en cuanto a su preparación, interposición y decisión. Con lo cual se continúa en la línea de confundir ambos recursos. Lo que entendemos que no es bueno para el sistema procesal contencioso. Es llegada la hora de volver por los fueros de cada recurso, máxime si la casación pasa a ser un recurso, extraordinario pero normalizado, del proceso contencioso-administrativo (44).

V. CONCLUSIONES

¿Qué conclusiones generales cabe extraer de la LOPJ y del Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso? ¿Qué conclusiones, con carácter general, podemos deducir de la configuración del juez contencioso en el ordenamiento constitucional y comunitario?

Por de pronto, hemos de destacar que los poderes, el conjunto de atribuciones y potestades del juez contencioso, desbordan el tradicional cauce por el que habían discurrido hasta ahora. Tiene, a no dudar, un ámbito bastante más amplio que el que tradicionalmente se le había asignado.

Y tenemos que exigir toda la audacia, dentro de la legalidad, que hoy cabe pedir al juez frente a los poderes públicos, representados en el día a día por la Administración.

Y, naturalmente, exigir un cambio de legislación en el que se contemplen las medidas cautelares, auténtico *mighty problem* del contencioso, así como las fórmulas más efectivas para garantizar el resultado de los pleitos, de manera que las Sentencias se ejecuten efectivamente, cumpliendo el mandato constitucional de que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales.

En segundo término, y concretamente por lo que hace a las competencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, decir que responden a la

(44) Ahora en el ámbito contencioso-administrativo sólo existe respecto del Tribunal de Cuentas, de acuerdo con su ley de funcionamiento. Pero es una casación «normalizada», al modo civil.

doble naturaleza, estatal y autonómica, que de la ley se desprende, como no podía ser menos (45).

Así, la Justicia, junto con Defensa y Relaciones Internacionales, constituyen títulos de soberanía, inseparables de las funciones propias del Estado (46).

Pero no significa eso que hayan de ejercitarse en un Estado descentralizado de forma igual a su ejercicio en un Estado centralista.

Por lo que hace a la Justicia, además de otros importantes temas que no vienen ahora al caso, los Tribunales Superiores cumplen esa doble exigencia de atender, de un lado, a una configuración autonómica y, de otra parte, a sus ineludibles exigencias estatales. Lo hemos visto al desmenuzar las distintas competencias y atribuciones (47).

Y nos parece acertada la fórmula. Constituye un buen ejemplo de atención al Estado, como sujeto y como organización territorial.

La doble configuración que aquí recibe permite instrumentar el principio autonómico de una manera correcta.

Las Autonomías son también Estado. La justicia que ha de impartirse en ellas ha de atender a esa doble filosofía. Y la propia fórmula organizativa —con participación de las Comunidades Autónomas— es bastante correcta, y constituye una muestra más de que las altas funciones de soberanía pueden atender también a las exigencias autonómicas y que, por su lado, hay instancias y elementos, estructuras del ordenamiento, que han de servir para que el principio autonómico sea cada vez más autonomía-participación, y no autonomía-separación.

Otra cosa será que la configuración pretendida por el Anteproyecto sea la más correcta.

Ya la hemos criticado. Quizá ese paralelismo, como vía de principio, sea correcto. Pero tiene que matizarse, efectivamente,

(45) Los Tribunales Superiores de Justicia son órganos exquisitamente estatales, y no hay duda posible sobre ello. Cuando nos referimos a su «naturaleza autonómica» utilizamos la expresión en sentido figurado, para atender, dicho en términos descriptivos, al necesario enraizamiento que han de tener en su Comunidad Autónoma como culminación de la planta judicial en dicho ámbito.

(46) Sobre el carácter exclusivamente estatal de la «Administración de Justicia» y la distinción —que será muy utilizada doctrinalmente— con la «Administración de la Administración de Justicia», vid. la Sentencia 56/1990 del Tribunal Constitucional, citada, FJ 6.

(47) En este sentido, la citada Sentencia 56/1990, a propósito del recurso de casación. Vid. FJ 35.

con otros principios de no menor importancia. Tales como la entidad del acto objeto de recurso, su cuantía, etc.

En todo caso, urge ya que, de una vez por todas, se atienda a la necesidad de regular la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de evitar el zigzagueante parcheo en que nos encontramos.

