

UN ACUERDO BÁSICO SOBRE LA NECESIDAD DE REFORMAR LA ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ

Catedrático emérito de la Universidad Complutense de Madrid

Cómo citar/Citation

Fernández, T. R. (2023).

Un acuerdo básico sobre la necesidad de reformar la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Revista de Administración Pública, 220, 73-79.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.220.03>

I

El seminario que celebramos el pasado día 2 de febrero los profesores de derecho administrativo y los magistrados de la Sala 3ª del Tribunal Supremo puso de manifiesto la existencia de un común sentir sobre la necesidad de afrontar la reforma de la estructura actual de la jurisdicción contencioso-administrativa, esto es, de la planta jurisdiccional y de la distribución de asuntos entre los diferentes órganos jurisdiccionales, que son los aspectos más visibles, aunque su análisis descubre de inmediato la presencia inevitable de los de carácter funcional, es decir, de los de orden procesal.

Ese sentir común hace en este caso muy fácil la función de relator que me ha correspondido en esta ocasión, ya que todo se reduce, en principio, a ofrecer un resumen de las ponencias presentadas, que corrieron a cargo de L. M. Díez Picazo y de J. A. Santamaría, y de las opiniones que se fueron desgranando en el coloquio posterior, que es lo que intentaré hacer brevemente a continuación.

II

L. M. Díez Picazo, magistrado de la Sala 3ª que ostentó hace bien poco la presidencia de la misma, tuvo el acierto de recordarnos a todos el itinerario legislativo seguido por la jurisdicción, que solo fue pensada en su conjunto en la fecha inaugural como tal jurisdicción judicial de 1956. Solo entonces, en efecto, escribió el legislador sobre una hoja en blanco. Todo lo que vino después fueron correcciones, tachaduras, retoques, parches, en definitiva, mejor o peor pensados, que han contribuido a dar a la jurisdicción un perfil asimétrico, desastrado y deforme, profundamente irracional, antipático e insatisfactorio.

Todas estas reformas se han hecho, además, «a ojo», sin saber realmente la entidad real de lo que se retocaba y, menos todavía, de lo que podía esperarse del parcheo. ¿Quién calculó en 1973 el alivio que podía experimentar el Tribunal Supremo al «bajar» a las Audiencias Territoriales los asuntos de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa? ¿Quién pensó los asuntos que podría drenar la creación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que fue establecida, como recordó J. A. Santamaría, por razones muy distintas? ¿Quién calculó los efectos de cada una de las correcciones de la competencia inicialmente atribuida a los juzgados provinciales? ¿Quién hizo una estimación previa del ahorro del tiempo, si puede decirse así, que podría suponer la drástica reforma del recurso de casación que se llevó a cabo en 2015? Es obvio que nadie.

No sería mucho pedir, me parece, que, puesto que estamos de acuerdo en que algo hay que hacer y pronto, se hiciera esta vez sin borrones, sin tachaduras, sobre una hoja en blanco, como se hizo en 1956, y tras un estudio, suficientemente desagregado, de los recursos que se interponen cada año, que nos permita saber de verdad, no aproximadamente, el terreno que pisamos, única manera de trazar con seguridad el camino que debemos seguir.

III

Estamos de acuerdo también en que hay que generalizar la doble instancia. Es sencillamente intolerable que los asuntos más importantes se ventilen en instancia única ante los tribunales superiores de justicia, mientras que los más simples, que resuelven en primera instancia los juzgados, tengan asegurada la apelación. El hecho de que el recurso de casación solo tenga como objetivo desde 2015 la formación de jurisprudencia y no la Justicia, que es un simple subproducto que aparece en el reducidísimo número de casos en que el recurso es admitido y estimado porque el tribunal entiende que sería conveniente precisar la interpretación de algún precepto legal conflictivo, hace aún más inadmisibles las situaciones.

La jurisprudencia *Sachetti* del TEDH hace urgente en este punto la reforma, que debería tener alcance general por más que la referida jurisprudencia no obli-

gue a ello. Esta generalización exige inexcusablemente reforzar la primera instancia que se ventila en los juzgados, cuya competencia habría que generalizar también, lo que exigiría su conversión en tribunales provinciales.

Hasta aquí parece también existir un acuerdo. A partir de aquí caben muchas opiniones porque habría muchos aspectos que analizar. L. M. Díez Picazo sugirió, y, a mi juicio, hay que darle la razón, que es necesaria «una prudente dosis de heterogeneidad», de forma que la primera instancia pudiera desarrollarse en unos casos ante un órgano jurisdiccional unipersonal, y en otros, los más relevantes y delicados, ante una sección compuesta por varios magistrados.

En estos tribunales de instancia tendrían que introducirse especialistas, al menos uno, su presidente, que pudiera marcar la pauta. De hecho, así funcionaron siempre las salas de lo contencioso-administrativo de las audiencias Territoriales, muchas de las cuales alcanzaron niveles de excelencia. Es inevitable, para mí al menos, el recuerdo de aquella Sala de Burgos que formaron Javier Delgado Barrio, Teófilo Ortega y Antonio Nabal, el primero de los cuales, felizmente, sigue entre nosotros y los otros dos permanecen en el recuerdo.

La creación de estos tribunales requeriría, por supuesto, aumentar el número de jueces, que es notablemente inferior al de otros países próximos, como ha puesto de manifiesto en su ponencia J. A. Santamaría.

El incremento de la especialización es imprescindible, desde luego. Sin ella sería, por lo menos, arriesgado otorgar a los jueces de primera instancia una competencia universal, como apuntó Diego Córdoba al principio del coloquio.

Los jueces de lo contencioso-administrativo fueron recibidos con general reticencia en un primer momento. En Francia, donde se viene utilizando desde hace algunos años la figura del juez individual para resolver algunas cuestiones puntuales, se sacó a relucir la expresión tradicional, *juge unique*, *juge inique*, que refleja muy bien un recelo instintivo socialmente arraigado.

En mi opinión, los jueces situados al frente de los juzgados provinciales de lo contencioso-administrativo se han ganado un lugar, quizás porque nacieron contra corriente y eso les obligó a hacer un esfuerzo y a estudiar por su cuenta lo que nadie les había exigido aprender antes. Esta ausencia del derecho administrativo en los procesos selectivos que dan acceso a la carrera judicial no tiene a estas alturas ninguna justificación. Lo más probable es que un juez o un abogado en toda una larga vida profesional no se encuentre nunca con un censo reservativo; es imposible, sin embargo, que no se tropiece con una licencia municipal. Y, sin embargo, seguimos igual que hace cien años, ignorando todo lo que no sea derecho civil y derecho penal.

Enfrentados a una reforma de la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa como estamos ahora es inexcusable hacer algo que asegure la especialización de los jueces que vayan a integrarse de esos tribunales de instancia que pasarían a ser los nuevos «jueces de derecho común» en sustitución de los tribunales superiores de justicia, que pasarían a ser jueces de apelación, como regla general.

Hay otras dos anotaciones que conviene retener, ambas de L. M. Díez Picazo. La primera de ellas es excluir la apelación para los asuntos de bagatela. *De minimis non curat praetor*. La segunda, es la posibilidad de residenciar el recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones de los tribunales administrativos que gocen de una autonomía funcional efectiva (los tribunales administrativos de recursos contractuales serían el ejemplo más claro en este momento) directamente ante los tribunales superiores de justicia o la Audiencia Nacional, supuesto que en estos casos la imparcialidad del órgano administrativo está asegurada. Ninguna de estas sugerencias fue objetada, lo que permite suponer que parecieron bien a todos.

IV

También hubo consenso con la conveniencia de suprimir ese principio protocolario que postula la correlación de nivel entre el órgano administrativo que resuelve y el tribunal competente para controlar sus resoluciones, aunque teniendo todos una conciencia muy clara de la escasa viabilidad de una propuesta semejante. Es difícil pensar, ciertamente, que el Consejo de Ministros acepte que sus decisiones sean enjuiciadas por un juez de primera instancia. Y lo es también que el propio Tribunal Constitucional o las cámaras legislativas lo hagan, porque enjuiciar implica la posibilidad de anular lo enjuiciado y eso en estos casos es realmente demasiado fuerte.

Una llamada al realismo es aquí obligada y aconseja hablar más de reducir al mínimo que de suprimir. Creo que sobre este punto hubo también consenso.

V

También requiere una llamada al realismo la propuesta relativa a la especialización de los abogados. Si para los jueces la consideramos imprescindible (al menos un especialista por tribunal de instancia), para los abogados también ha de serlo y, si se me apura, con mayor razón, porque no creo que haya en Europa otro país como el nuestro en el que un joven o una joven recién graduados pueda actuar como abogado ante el más Alto Tribunal del país. Hace cien años, cuando en las Facultades de Derecho apenas se graduaban cada año dos docenas de personas, como testimonian las orlas de la época, todavía tenían un pase, como suele decirse, pero ahora, cuando los graduados que nuestras Facultades echan al mundo cada año se cuentan por miles, no tiene ninguna explicación.

Una medida que exigiera una cierta especialización o un cierto número de años de ejercicio profesional para actuar ante los tribunales superiores provocaría muy probablemente huelgas en todos los *campus* y, lo que es peor, encontraría siempre algún aliado entre los partidos y agrupaciones políticas. Así ocurrió con

la exigencia del máster de la abogacía, ejemplo que sirve también para saber que la fiebre remite y que la memoria olvida pronto.

VI

Desde la pregunta que inició el coloquio, que hizo Eduardo Calvo, se planteó el tema de la vía administrativa previa, asunto en el que incidieron luego Marcos Vaquer, Carmen Chinchilla y yo mismo.

Creo, en efecto, que una reforma como la que las circunstancias requieren y aquí la palabra circunstancias comprende el número de recursos contencioso-administrativo que se interponen anualmente (más de 200.000) y el número de sentencias que se dictan (136.284 en 2021), según los datos que ofrece L. Martín Rebollo y recoge en su ponencia J. A. Santamaría, reclama una atención y un complemento en la vía administrativa.

Los recursos administrativos no sirven para nada. Debería suprimirse la obligatoriedad del de alzada y convertirlo en facultativo, como el de reposición. Que los utilice el que quiera, pero servir, lo que se dice servir, no sirven para nada, más que para perder el tiempo, a menos que medie un cambio del gobierno, estatal, autonómico o municipal.

Sin embargo, algo hay que hacer para drenar la conflictividad, para evitar que se produzcan avalanchas de recursos que amenacen con sepultar a los tribunales, que sobreviven a ellas, sin duda, pero a costa de la pérdida de calidad de las sentencias o del aumento insostenible de la demora en la resolución.

Ese algo es bien conocido desde hace más de un siglo. Lo «inventó» el ministro Camacho, que impulsó la creación en 1885 de los tribunales económico-administrativos, un hallazgo increíblemente progresista y tan sencillo como el «huevo de Colón», ya que todo se redujo a separar los órganos de gestión de los órganos de resolución. Los tribunales administrativos de recursos contractuales, tan justamente celebrados hoy, pertenecen a este mismo género de órganos de resolución, aunque en este caso la independencia decisoria se asegura mediante la garantía de la duración del mandato y la prohibición de prórroga o renovación del mismo.

Aquí, sin duda, está la solución del problema, la única forma imaginable de reducir la litigiosidad, que es una sombra permanente que se proyecta en términos amenazadores sobre la jurisdicción contenciosa-administrativa. Es sencillamente la fórmula inglesa de los *Administrative Tribunals*, que deben funcionar muy satisfactoriamente porque la *judicial review* apenas excede el millar de asuntos al año.

Pero claro, para jugar a eso se necesita voluntad política, una voluntad sostenida en el tiempo, que excluya *ab initio* esa manía tan nuestra de romper los juguetes el mismo día de los Reyes Magos.

¿Qué pasó con los jurados de expropiación? La Ley de 16 de diciembre de 1954 lo hizo muy bien al construir un órgano paritario formado por dos representantes de los intereses públicos y otros dos de los intereses privados y presidido

por un magistrado. Pero cuando las comunidades autónomas empezaron a legislar se acabó lo bueno, porque todas sin excepción se apresuraron a diseñar jurados o comisiones en los que los representantes de los intereses públicos ganaban por goleada a los de los intereses privados, cuya presencia pasó a ser testimonial.

Pero, repito, si somos serios, aquí hay una solución. No es la única, porque también cabe imaginar fórmulas de negociación que reduzcan *a priori* la conflictividad, que en algunos casos es muy grande. Un decreto sobre el cómputo de los trienios puede generar fácilmente 50.000 recursos o más y lo mismo un reglamento tributario. Pero con carácter general la creación de tribunales administrativos de ámbito sectorial, dotados de autonomía funcional, es sin ninguna duda la mejor solución, la única que puede asegurar un funcionamiento razonable de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

VII

Del recurso de casación introducido por la reforma de 2015 no se habló demasiado porque realmente no era el tema del seminario. Los ponentes sí hicieron alusión a él, sin embargo. J. A. Santamaría para resaltar que sus presupuestos legales le parecen «correctos y adecuados para el cumplimiento de su función nomofiláctica» (déjeme decir, por favor, que esta palabra, hoy insoportablemente repetida, me parece en extremo cursi), sin perjuicio —dice— de la existencia de defectos que debieran corregirse, en los que no entra por la razón dicha. L. M. Díez Picazo apunta una crítica ponderada de su regulación recordando «las dificultades y carencias que seis años de experiencia aplicativa han puesto de manifiesto».

En conjunto, podríamos decir que el recurso de casación en su forma actual salió indemne. No parece haber muchas alternativas cuando la Sala 3ª dicta más de 7.000 sentencias al año por esta vía.

Por mi parte, no voy a añadir críticas a las esbozadas por los ponentes, pero hay una que no puedo callarme. El objetivo de la Ley de 2015 que lo trajo al mundo rompiendo abruptamente con nuestra tradición, a la que siguen fieles las demás órdenes jurisdiccionales, es la formación de jurisprudencia. Pues bien, la realidad es que ese objetivo no lo ha conseguido, ni puede tampoco conseguirlo cuando desde la propia definición de los criterios de acceso al mismo se configura como un recurso marginal y en ese sentido anecdótico. Llegan a casación muchos asuntos que no tenían por qué llegar y, en cambio, se cierra el paso a todos aquellos sobre los que ya existe una jurisprudencia. De hecho, es difícil, si posible, decir con seguridad que no existe, como subrayó con acierto J. A. Santamaría. Es más, en muchos casos, muchísimos, la jurisprudencia es extraordinariamente abundante. Y no se trata solo de la expropiación forzosa y de la responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya regulación viene de 1954. La invalidez de los actos administrativos procede de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958

y así en muchos casos más. Sobre estas materias y otras muchas la ley vigente echa el cerrojo, lo que *de facto* hace inviable la renovación, muchas veces necesaria, del acervo jurisprudencial.

Pero, dejando esto a un lado, es incuestionable que la propia ley que dice querer que el nuevo recurso de casación contribuya a la formación de jurisprudencia priva a esta de todo su posible valor desde el momento en que el recurso en cuestión se abre solamente ante los supuestos de apartamiento deliberado por el tribunal inferior de la jurisprudencia con tanto esfuerzo —y tanto sacrificio de la justicia y de los derechos de los ciudadanos— formada. Los tribunales inferiores pueden campar por sus respetos libremente. Lo que ellos digan, aunque sea contrario a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, irá a misa sin remedio. Y, por si esto fuera poco, no se olvide que esto se produce con un sistema que hoy es, básicamente, de única instancia.

Hemos ido demasiado lejos, me parece.

