

***Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo
sobre el anteproyecto de 4 abril 2014 de LOPJ***

SUMARIO

- 1.- Metodología, contenido y sentido del informe.
- 2.- Posición constitucional del Tribunal Supremo.
- 3.- El recurso de casación.
 - 3.1.- Consideraciones generales.
 - 3.2.- El recurso de casación en el orden jurisdiccional civil.
 - 3.2.1.- Contenido de la reforma
 - 3.2.2.- Principios inspiradores de la reforma de la casación civil
 - 3.2.3.- Conexión de la reforma de la casación civil con los artículos 41 a 45 del anteproyecto
 - 3.2.4.- Propuestas de modificación.
 - 3.2.5.- Conclusiones
 - 3.3.- El recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo
 - 3.3.1.- Contenido de la reforma y valoración
 - 3.3.2.- El modelo que se sugiere
- 4.- La jurisprudencia vinculante
- 5.- La cuestión jurisprudencial previa.
- 6.- Los conflictos de jurisdicción.
- 7.- El Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
 - 7.1.- La perspectiva sistemática
 - 7.2.- Sobre el régimen jurídico del Gabinete Técnico.
 - 7.3.- El nuevo modelo organizativo del Tribunal Supremo derivado del anteproyecto.
- 8.- El estatuto constitucional de los Jueces y Magistrados; en particular, la garantía de la independencia judicial.
- 9.- La Carrera judicial.
 - 9.1.- Ejercicio de funciones jurisdiccionales.
 - 9.2.- Supresión de la figura de los Magistrados eméritos.
 - 9.3.- Ingreso en la carrera judicial
 - 9.4.- Pruebas selectivas de excelencia y especialización.
 - 9.5.- Supresión de las categorías judiciales
 - 9.6.- Provisión de plazas en los Tribunales
 - 9.7.- Servicios especiales
 - 9.8.- Jubilación de los Jueces y Magistrados.
 - 9.9.- Retribuciones y clases pasivas
- 10.- El Consejo General del Poder Judicial
- 11.- El cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y restantes cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia

1.- Metodología, contenido y sentido del informe

En su sesión de 10 abril de 2014, la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo acordó distribuir entre sus miembros, 7 distintas ponencias, a los efectos de elaborar una documentación de trabajo para detectar los aspectos esenciales del anteproyecto de 4 abril 2014 de LOPJ (en lo sucesivo, "el anteproyecto") que, afectando de manera particular al Tribunal Supremo, pudieran ser objeto de análisis en un informe único.

La distribución de materias en aquella sesión del 10 abril 2014 se realizó de la siguiente manera:

Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán y del Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva sobre el Libro I "*De la potestad jurisdiccional, su titularidad y su ejercicio*".

Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz y del Excmo. Sr. D. Nicolás Maurandi Guillén sobre el Libro II "*De la organización y funcionamiento de los Tribunales*"

Ponencia del Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez y del Excmo. Sr. D. Pedro Yagüe Gil sobre el Libro III "*De los Jueces*"

Ponencia del Excmo. Sr. D. Jesús Gullón Rodríguez y del Excmo. Sr. Rafael Fernández Valverde, sobre el Libro IV "*Del Consejo General del Poder Judicial*".

Ponencia del Excmo. Sr. D. Ángel Calderón Cerezo y del Excmo. Sr. D. Segundo Menéndez Pérez, sobre el Libro V "*Cuerpos de Letrados de la Administración de Justicia*", Libro VI "*Restantes cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de Justicia y de otro personal*" y Libro VII "*Ministerio Fiscal y demás personas e instituciones que cooperan con la Administración de Justicia*".

Ponencia del Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán, sobre la Disposición Final Tercera "*Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de recurso de casación*"

Ponencia del Excmo. Sr. D. D. José Manuel Sieira Míguez sobre la Disposición Final Cuarta "*Modificación de la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en materia de recurso de casación.*"

Los documentos que sirvieron de base para el análisis del anteproyecto fueron debatidos en sesiones de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 19 mayo, de 27 mayo y de 29 de mayo de 2014, a partir de las que se ha elaborado el presente informe, en el que se abordan los siguientes temas:

La posición constitucional del Tribunal Supremo
El recurso de casación
La jurisprudencia vinculante
La cuestión jurisprudencial previa
Los conflictos de jurisdicción
El Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
El estatuto constitucional de los Jueces y Magistrados, en particular, la garantía de la
independencia judicial
La Carrera judicial
El Consejo General del Poder Judicial
El cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y restantes cuerpos de funcionarios
al servicio de la Administración de Justicia

El anteproyecto comporta cambios sustanciales en el ordenamiento del Poder Judicial, en lo que afecta a sus estructuras organizativas y al funcionamiento de los Tribunales de Justicia.

Además, modifica sensiblemente aspectos particulares el estatuto de los miembros de la Carrera Judicial y consolida los cambios que ya introdujo en el régimen del Consejo General del Poder Judicial la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio.

No todo es nuevo, sin embargo. No puede serlo porque el legislador debe moverse en el espacio que le permite la Constitución y porque tampoco pretende el anteproyecto una transformación absoluta del ordenamiento judicial.

En consecuencia, de aquello que no cambia, nada hay, en principio, que decir. Si algún sentido tiene la emisión del parecer de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo es el de ofrecer al Consejo General del Poder Judicial, y mediante este al Gobierno, a las Cortes Generales y a la opinión pública, una valoración razonada sobre algunas de las principales innovaciones que, con relación al Tribunal Supremo, traería consigo la regulación proyectada, indagando su repercusión conjunta en el Poder Judicial, en la Administración de Justicia y en la Carrera Judicial.

Se debe anunciar ya que el informe es esencialmente crítico, porque precisamente mediante la crítica argumentada es como mejor puede contribuirse a advertir deficiencias, insuficiencias o inconveniencias de la normativa proyectada y ofrecer al prelegislador criterios fundados para evitar o corregir las que, a la vista del informe, considere que efectivamente existen o para contraponer las razones por las que entienda que no hay tales defectos.

En cualquier caso, lo que se pretende con las consideraciones y observaciones que a continuación se exponen es ayudar a mejorar la redacción, la sistemática e, incluso, la regulación misma contenida en el texto que se informa.

El propósito constructivo del informe parte del convencimiento de que la Ley Orgánica del Poder Judicial es una norma decisiva para la buena ordenación del Estado de Derecho en que se constituye España. También asume la necesidad de introducir modificaciones de calado que sirvan para superar los problemas que afectan al Poder Judicial y a la Administración de Justicia e impiden prestar con la efectividad debida la tutela judicial a la que todos tienen derecho.

Por eso, aspiran a contribuir al acierto del legislador en la conciencia de que este acierto redundará en una más plena garantía de los derechos y libertades y en un más pleno sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y a las leyes, al tiempo que reforzará la seguridad jurídica imprescindible para el adecuado desarrollo de la actividad económica. Esta última finalidad, a la que desde luego no es ni debe ser ajeno el régimen del Poder Judicial, no puede erigirse, sin embargo, en la principal o más relevante inspiración del nuevo texto como, en más de una ocasión, parece sugerir la Exposición de Motivos.

2. La posición constitucional del Tribunal Supremo

Para un mejor entendimiento de las reflexiones y sugerencias que se desarrollan en los epígrafes sucesivos, resulta conveniente consignar, a modo de introducción, una referencia sobre la posición constitucional del Tribunal Supremo que conduce a defender la necesidad de su regulación autónoma a través de un libro independiente de la Ley Orgánica del Poder Judicial en el que se aborden, al menos, las cuestiones relativas a su Estatuto orgánico y al Estatuto de los Magistrados del Tribunal Supremo.

El Libro II del anteproyecto lleva por rúbrica general "De la Organización y funcionamiento de los Tribunales". Su Título I trata de la organización judicial, destinando su Capítulo II a la composición y atribución de los Tribunales y sus Salas, dividido en Secciones, ocupándose la segunda, subsecciones primera y segunda, del Tribunal Supremo, y las sucesivas Secciones de los distintos órganos que integran el Poder Judicial (Audiencia Nacional, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunales Provinciales de instancia).

A diferencia de los otros poderes del Estado, el Poder Judicial, siendo único, no se concentra en un solo órgano, de modo que cada Juez lo ejerce. De esta forma, son muchos los Jueces y única la Ley, lo que suscita el problema de la contradicción en la interpretación de la misma.

Sin entrar en los mecanismos específicos previstos por el Derecho de la Unión Europea, en España la unificación de las diferencias en la interpretación del ordenamiento jurídico se acomete a través del sistema de recursos en general y de la casación, en particular, siendo el Tribunal Supremo quien la establece en último término.

La Exposición de Motivos de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, lo expresó con suma claridad al decir que la regulación procesal del recurso de

casación, “adecuadamente realizada, permitirá que, sin convertir al Tribunal Supremo, a través de una artificial y desproporcionado incremento de sus titulares en un órgano de difícil funcionalidad, asuma plenamente, mediante la adecuada selección objetiva de las materias a que dedica su atención, su labor de unificar la interpretación del ordenamiento jurídico efectuada por todos los Juzgados y Tribunales, con el carácter de supremo garante del principio de legalidad y de la unidad de acción del Poder Judicial en su conjunto”.

En consecuencia, la jurisdicción del Tribunal Supremo, vértice del Poder Judicial, no es parangonable a la de los Tribunales de instancia o de apelación. Su función casacional, cualitativamente distinta, justifica su regulación autónoma en un libro independiente y desaconseja aplicarle de forma global y automática el régimen general de composición y funcionamiento del resto de los órganos jurisdiccionales. Puede servir como una referencia para su modelo organizativo, por ejemplo, el del propio Tribunal Constitucional, como por otra parte parece sugerir indirectamente la vigente LOPJ (artículo 404 bis).

Es cierto que la Constitución de 1978 no precisa la estructura, composición o funcionamiento del Tribunal Supremo, fuera de reconocerle expresamente en su artículo 123 como el órgano Jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, encomendar a su Presidente la presidencia del Consejo General del Poder Judicial, prever la existencia en su seno de una Sala de lo Penal y atribuirle el enjuiciamiento de delitos cometidos por miembros de las Cortes Generales y del Gobierno (artículos 71.3 y 102.1).

Sin embargo, ello obedece a razones históricas pues, a diferencia de otros órganos constitucionales, el Tribunal Supremo ya existía mucho antes de la Constitución de 1978 y tenía definidas las líneas maestras de su configuración.

Así, pues, el Libro correspondiente al Tribunal Supremo debería contener, al menos, una regulación, por un lado, de su Estatuto Orgánico: composición y funcionamiento; Presidente; Sala de Gobierno; Vicepresidente y Presidentes de Sala; Secretario General (de seguirse el esquema del Tribunal Constitucional); Gabinete; Secretario de Gobierno y personal al servicio del mismo, cuya incorporación debería articularse a través de concurso de méritos. Por otro lado, la regulación autónoma del Tribunal Supremo en la LOPJ debería abordar también el Estatuto de los Magistrados del Tribunal Supremo y, en particular, las condiciones y requisitos para acceder al mismo; un sistema estricto de incompatibilidades y el régimen retributivo.

Dentro de la regulación que el anteproyecto contiene sobre el Tribunal Supremo, existen algunos aspectos concretos y puntuales referidos a su Sala de lo Penal que pueden ser origen de no pocos problemas.

El artículo 86.4 del anteproyecto prevé la posibilidad del conocimiento exclusivo del enjuiciamiento de los delitos económicos por alguna de las Secciones de la Sala de lo Penal; olvida el prelegislador que ello es incompatible con un Tribunal de Casación y que

la Sala de lo Penal nunca ha funcionado dividida en Secciones funcionales.

La previsión de la instrucción colegiada en relación con los aforados (artículo 89.4) no es concebible en el Tribunal Supremo.

La cuestión de los aforados y su limitación debería reconsiderarse en profundidad en el sentido de reducir su dimensión. Además, el artículo 89 indica que el aforamiento se mantendrá aun cuando no se ostentare ya tal condición o se hubiere cesado en dicho cargo, es decir, considera que la pérdida del aforamiento no supone la pérdida de la competencia de la Sala de lo Penal. Sin embargo, no se prevé el supuesto en el que el aforamiento se adquiere de forma sobrevenida, esto es, después de la comisión del hecho delictivo.

Además, convendría aclarar la situación de qué ocurriría con las personas aforadas a la Sala Segunda del Tribunal Supremo que llegaran a cometer algún delito militar, toda vez que la competencia para el enjuiciamiento corresponde a la Sala Segunda, pero la jurisdicción la tiene la Sala Quinta, a la que no están aforados. Para evitar consecuencias negativas, tal vez debería precisarse el aforamiento a la Sala correspondiente del Alto Tribunal.

El artículo 381 apartado 1º h), conforme al cual el Juez del Tribunal Supremo que pase a prestar servicios en el Ministerio de Justicia o en la Consejería autonómica equivalente al Ministerio de Justicia permanecerá en situación de servicios especiales, resulta incompatible con la idea de magistratura de ejercicio, más conforme a la posición constitucional del Tribunal Supremo.

Finalmente, deben formularse observaciones al hilo de tres distintas previsiones que pueden incidir sobre las competencias del Tribunal Supremo, pese a que no se regulan en la Sección Segunda del Capítulo II del Título I.

En primer lugar, el *reconocimiento de los efectos de la jurisdicción de los Tribunales internacionales*, contenido en el artículo 6.2 del anteproyecto, puede proyectarse sobre la función jurisdiccional del Tribunal Supremo, aunque su regulación se contempla en el Título I (principios de unidad y exclusividad) del Libro primero (de la potestad jurisdiccional, su titularidad y su ejercicio).

Expresa dicho artículo 6.2:

"En particular, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos en los que España haya sido parte demandada y en que se declare la violación de un derecho, siempre que esa vulneración haya sido relevante o determinante del fallo, serán motivo para la interposición del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo exclusivamente de la resolución judicial firme dictada por el correspondiente Tribunal

español en el proceso a quo, a instancia de quien hubiera sido demandante ante dicho Tribunal.

Interpuesto este recurso de revisión, el Tribunal Supremo, atendiendo a la naturaleza del derecho vulnerado, el contenido de la sentencia y demás circunstancias, decidirá si es procedente o no la nulidad de resolución impugnada, su alcance y, en su caso, el dictado de una segunda sentencia u otras actuaciones."

Sobre este particular, teniendo en consideración que las consecuencias del pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden derivar de su propia sentencia, se estima más adecuado matizar que dicha sentencia sea motivo para la interposición "*en su caso*" del mecanismo de la revisión ante el Tribunal Supremo.

En segundo lugar, aunque no se refiera exclusivamente al Tribunal Supremo sino a los *órdenes jurisdiccionales* (rúbrica del Capítulo I del Título I *organización judicial*, del Libro II *de la organización y funcionamiento de los Tribunales*) no debe pasar inadvertido el artículo 78 del anteproyecto, que regula *la prejudicialidad entre órganos judiciales*, cuyo apartado 3 puede incidir en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al expresar lo siguiente: "*En el orden jurisdiccional penal, si se planteara una cuestión prejudicial determinante de la culpabilidad o inocencia, el Tribunal suspenderá el procedimiento hasta la resolución de aquélla por quién corresponda, pero podrá fijar un plazo que no exceda de dos meses, para que las partes acudan a la Sala de lo Civil, de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social que corresponda. Pasado el plazo sin que el interesado acredite haberlo utilizado, la Sala de lo Penal alzarla suspensión y continuará el procedimiento.*"

La mayoría de miembros de la Sala de Gobierno estiman que el apartado transcrito puede generar problemas en la práctica por lo que sugieren su supresión y el mantenimiento de la regulación actual (contenida en el vigente artículo 10 LOPJ).

Ya en tercer lugar, en la medida que la definición de las competencias específicas de los distintos órganos judiciales puede proyectarse sobre la función del Tribunal Supremo, también resulta conveniente apuntar aquí que, sin perjuicio de que el anteproyecto contemple una previsión general de las competencias, su delimitación y regulación exhaustiva debería acometerse a través de las correspondientes Leyes procesales de cada jurisdicción.

3. El recurso de casación

3.1 Consideraciones generales

Destaca la Exposición de Motivos del anteproyecto el "reforzamiento" del recurso de casación, que se abre "a cualquier resolución de los Tribunales inferiores de manera que no existan sectores del ordenamiento jurídico excluidos *a priori* del control de legalidad y de la consiguiente unificación de criterios interpretativos que corresponde al Tribunal

Supremo". Subraya en fin, en este punto, el mantenimiento de los criterios de admisión reglada por materia y por cuantía, con lo que descarta limitarlo "al conocimiento de asuntos admitidos discrecionalmente" por el riesgo de "prestarse a abusos", y concluye afirmando que el recurso de casación opera "como vía de protección de los derechos fundamentales".

Ya en el Capítulo II del Título IV, bajo el epígrafe "Recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo" el artículo 41 se refiere al "Órgano competente para el conocimiento del recurso de casación", apuntando que el Tribunal Supremo, al objeto de promover la unidad en la interpretación y aplicación de las leyes y normas jurídicas por parte de los Tribunales, conocerá de él por infracción del Derecho estatal o de la Unión Europea. El artículo 42 aclara que serán susceptibles del mismo las sentencias que, por razón de la materia o de la cuantía, determinen las leyes procesales. Y el artículo 43 precisa que, con independencia de la materia o de la cuantía, lo serán por concurrir interés casacional las sentencias no susceptibles de ulterior recurso cuyo examen presente dicho interés. El artículo 44 hace explícito que la carga de acreditar su existencia recae sobre el recurrente y el artículo 45 que los motivos en que ha de fundarse el recurso de casación serán los establecidos por las leyes procesales.

Sin perjuicio de la conveniencia de eliminar la desafortunada expresión del riesgo a "prestarse a abusos" como justificación para descartar, como criterio único, la admisión discrecional del recurso de casación, en términos generales, se ha de advertir en estos artículos la ausencia de contenido que justifique su inclusión en una Ley Orgánica que no tiene por objeto la regulación del recurso de casación. Sobre todo, cuando sus disposiciones finales tercera y cuarta modifican la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley 29/1998, respectivamente, para introducir los cambios en el recurso de casación civil y contencioso-administrativo que se examinan en otro lugar de este informe.

Por otra parte, es manifiesto que esta especie de parte general del recurso de casación no se corresponde con lo que la casación es y debe ser en cada orden jurisdiccional pues, por ejemplo, la procedencia de recurso de casación "en todo caso" por razón de la cuantía carece de sentido en el proceso penal, no parece adecuada en lo laboral y, en fin, obligaría en lo civil a una regulación muy diferente de la que se propone en la disposición final tercera del propio anteproyecto. Por ello, ha de reiterar que es en las respectivas leyes procesales donde se ha de proceder a su regulación.

La Sala de Gobierno participa, no obstante, de la necesidad de modificar el régimen vigente de la casación.

Y considera que su reforma ha de ligarse inexorablemente a la generalización de la doble instancia en todos los órdenes jurisdiccionales, con mayor intensidad en el penal pues, únicamente de esta manera, podrá garantizarse el correcto funcionamiento de todo el sistema, la finalidad de la casación y, en particular, la función constitucional del Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (artículo 123 CE).

En efecto, solamente cuando se haya analizado el litigio desde la perspectiva de una doble instancia, alcanzará la casación la plenitud de la función interpretativa y unificadora que está llamada a cumplir.

Asimismo, debe alertar sobre la circunstancia de que la operatividad del recurso de

casación, concebido como elemento básico de la interpretación de la Ley, exige apreciar la trascendencia del asunto no exclusivamente desde la perspectiva de las partes del litigio sino en relación con la sociedad en su conjunto.

Precisamente, dicho objetivo podría alcanzarse de manera más adecuada a través de la generalización del criterio del interés casacional como elemento rector de la admisión del recurso de casación.

Conviene recordar que, desde un enfoque constitucional, no existe, en abstracto, el derecho a la admisión del recurso de casación, premisa que se proyecta sobre la motivación de la decisión de admisión o, en su caso, de inadmisión del recurso.

Sin embargo, en relación con el establecimiento de un cupo o número máximo de recursos de casación que puedan ser admitidos anualmente, sin perjuicio de las objeciones que se contienen específicamente en los epígrafes relativos a la casación en el orden jurisdiccional civil y a la casación en el orden contencioso-administrativo, la Sala de Gobierno considera que, allí donde se prevea, la aplicación de dicho cupo máximo debería ser potestativa.

Por otro lado, aunque el anteproyecto centra la reforma sobre la configuración de la casación civil y contencioso-administrativa, en los términos que se analizarán a continuación, por lo que se refiere a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, se echa en falta en el anteproyecto una regulación del recurso de casación en el orden penal; Es claro que, por razones de sistemática, la regulación del recurso de casación en dicho orden jurisdiccional reclama una modificación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, en particular, por lo que se refiere a la regulación de la doble instancia. De ahí que sea deseable que dicha reforma se acometa en el más breve plazo posible.

En lo atinente a la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, se postula la conveniencia de mantener el modelo vigente.

Para terminar estas consideraciones generales en torno al recurso de casación, debe dejarse constancia de que la lectura de la Disposición final sexta permite concluir que el nuevo régimen de la casación entrará en vigor al día siguiente de la publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En efecto, si bien la Disposición adicional cuarta del anteproyecto establece que en *el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales los proyectos de ley necesarios para la adaptación de las leyes procesales a lo dispuesto en esta Ley*, el anteproyecto incorpora ya las previsiones del nuevo recurso de casación, directamente a las leyes procesales civil y de jurisdicción contencioso-administrativa, a través de sus Disposiciones finales tercera y cuarta, respectivamente. No hay, por tanto, previsión transitoria alguna para el nuevo recurso de casación.

Conviene apuntar esta idea porque luego se desarrollarán algunas consideraciones sobre las consecuencias de la inmediata entrada en vigor del nuevo régimen jurídico de la casación, en particular, sobre la proyección negativa que puede tener en el ámbito del funcionamiento interno del Tribunal Supremo y de su Gabinete Técnico.

3.2.- El recurso de casación en el orden jurisdiccional civil

3.2.1. Contenido de la reforma

La disposición final 3.^a del anteproyecto, con la rúbrica «modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de recurso de casación», consta de cuatro apartados.

El apartado primero deja sin contenido determinados artículos y la disposición final 16.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El motivo de esta derogación es que el anteproyecto suprime el actual recurso extraordinario por infracción procesal, concentrando en un único recurso de casación las infracciones de norma sustantiva y procesal, tal como hacía la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881. Por ello, los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente dedicados al recurso extraordinario por infracción procesal quedarán vacíos de contenido.

La derogación de la disposición final 16.^a se debe a que esta se introdujo en el último trámite del debate parlamentario de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para permitir que, transitoriamente, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conociera del recurso extraordinario por infracción procesal porque, por falta de la necesaria mayoría del grupo parlamentario que apoyaba al gobierno, no pudo reformarse la Ley Orgánica del Poder Judicial para dar competencia a los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de este recurso. Como es sabido, este régimen transitorio ha seguido manteniéndose desde entonces pues no se ha reformado la Ley Orgánica del Poder Judicial para otorgar a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal.

La razón para la derogación del resto de preceptos reside en que, como la regulación del recurso de casación en el anteproyecto se inicia en el primer artículo que se dedicaba al recurso extraordinario por infracción procesal (artículo 468), el resto de preceptos que siguen al último artículo que regula el nuevo recurso (artículo 481) quedan también sin contenido. Igualmente se derogan los artículos 466 y 467, que regulaban el régimen aplicable cuando un mismo recurrente interponía conjuntamente ambos recursos o distintos litigantes de un mismo proceso optasen por interponer distinta clase de recurso (extraordinario por infracción procesal y casación), por no ser necesario ya al extenderse el recurso de casación a las infracciones tanto sustantivas como procesales.

Finalmente, también en coherencia con la supresión del recurso extraordinario por infracción procesal, se derogan los preceptos dedicados al recurso en interés de la ley (artículos 490 a 493), que solo tenía sentido para unificar la doctrina jurisprudencial cuando las sentencias de las Salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia sostuvieran criterios discrepantes en la interpretación de normas procesales.

El apartado segundo sustituye las referencias al recurso extraordinario por infracción procesal de determinados artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en coherencia con la supresión de este y la concentración de la impugnación de los defectos procesales en el recurso de casación. La referencia se entenderá efectuada ahora al recurso de casación por infracción de norma procesal.

El apartado tercero reforma el artículo 398, que regulará únicamente la imposición de costas respecto del recurso de apelación, porque el prelegislador ha optado por dar mayor libertad a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo para imponer las costas. Por ello, el nuevo artículo 481 se remite al artículo 394, que aplica el principio del vencimiento en materia de imposición de costas pero permitiendo al tribunal otro pronunciamiento, debidamente motivado, cuando aprecie en el caso serias dudas de hecho o de derecho.

El apartado cuarto contiene la regulación del recurso de casación, que pasa ahora al capítulo IV del Título IV del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil y consta de los artículos 468 a 481, lo que determina que el capítulo V desaparezca del texto de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.2.2. Principios inspiradores de la reforma de la casación civil

Tras la lectura de los preceptos del anteproyecto dedicados a esta materia se desprende que el prelegislador ha optado por avanzar en la reforma de la casación civil que se hizo con la promulgación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, continuada después con la reforma introducida en dicha Ley por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal.

Como se dice en el preámbulo del acuerdo de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2011 sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, adoptado por la Sala tras la entrada en vigor de la Ley 37/2011 haciendo uso de la potestad que otorga a las salas de justicia en pleno el artículo 264.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el eje de la última reforma de la casación civil radicaba en la universalización del recurso de casación por interés casacional, que es la modalidad que mejor permite al Tribunal Supremo, en palabras del Preámbulo de la Ley 37/2011, «cumplir de forma más eficaz los fines legalmente establecidos». Estos fines, como se dice en el acuerdo, son los de unificación de la aplicación de la ley civil y mercantil y corresponden a la Sala Primera del Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en el orden civil.

Se redujo de este modo, tras la reforma introducida por la Ley 37/2011, también según el referido acuerdo, el recurso de casación por razón de la cuantía a una modalidad excepcional y se garantizó la igualdad entre todos los litigantes, cualquiera que fuera el nivel económico del asunto, pues se estableció con carácter general la existencia de un interés casacional, consistente en la necesidad de unificación o fijación de la interpretación de la ley, como presupuesto que daba lugar a la admisibilidad del recurso cualquiera que fuera la forma de tramitación y la cuantía del asunto.

En el anteproyecto se da un paso más en la universalización del interés casacional como circunstancia que permite la interposición de un recurso de casación, pues se elimina la cuantía superior a 600.000 euros del asunto como vía de acceso al recurso de casación.

De esta forma el proyectado artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite la

interposición de un recurso de casación contra las resoluciones a que se refiere el artículo 468 siempre que «el recurso presente interés casacional», enumerándose en el apartado 2 los casos en los que la resolución de un recurso presenta interés casacional.

Además, en esta vía única del interés casacional se inserta el acceso a la casación respecto de los recursos contra las resoluciones dictadas para la tutela judicial civil de derechos fundamentales excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución, que actualmente constituye una modalidad específica de recurso de casación distinta de la del interés casacional.

El segundo principio inspirador de la reforma es la concentración en un único recurso de las infracciones de norma sustantiva y de norma procesal, abandonado el prelegislador el actual sistema dual recurso de casación/recurso extraordinario por infracción procesal. Este sistema de distinción de recursos ha resultado ineficaz para controlar todas las infracciones procesales cometidas en la instancia debido a que la regulación completa del recurso extraordinario por infracción procesal no ha entrado nunca en vigor, lo que ha determinado que, por aplicación de la disposición final 16.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, solo quepa la interposición de recurso por infracción procesal aisladamente en los supuestos de tutela judicial civil de derechos fundamentales y de juicio ordinario de cuantía superior a 600.000 euros, siendo preceptivo interponer el recurso por infracción procesal conjuntamente con el recurso de casación en los asuntos de interés casacional, lo que obliga al litigante, muchas veces, a interponer recursos de casación artificiosos para poder invocar la comisión de infracciones procesales, con el resultado perverso de que la inadmisión del recurso de casación determina la inadmisión del extraordinario por infracción procesal también interpuesto, por más fundado que esté.

Otra consecuencia no deseable es que solo pueden impugnarse mediante recurso extraordinario por infracción procesal las resoluciones que revistan forma de sentencia, quedando excluidas de su ámbito las que revistan forma de auto, lo que impide que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo pueda controlar las infracciones procesales de la instancia cometidas en resoluciones con forma de auto. Sin embargo, el artículo 468 LEC, en suspenso por el apartado 2 de la disposición final 16.^a de la propia LEC, sí prevé que quepa recurso por infracción procesal contra los autos de las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia.

El anteproyecto salva estas disfunciones al introducir como modalidad de interés casacional en la letra d) del apartado 2 del artículo 470 el que la resolución recurrida «vulnere el artículo 24 de la Constitución o resuelva puntos o cuestiones de carácter procesal sobre los que existan pronunciamientos contradictorios de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia». A su vez, la enumeración de las resoluciones recurribles en casación contenida en el proyectado artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incluye los autos definitivos dictados en apelación por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, lo que salva la actual irrecurribilidad de los autos, ya sea por infracción procesal, ya sea por infracción de norma sustantiva.

El resto de la regulación en materia de infracción procesal sigue las pautas del actual régimen, esto es, invocación de la infracción de normas procesales o del artículo 24 de la

Constitución, requisito de la denuncia previa de la infracción procesal o de la vulneración del artículo 24 de la Constitución, práctica de prueba para acreditar la infracción o vulneración producida y efectos de la sentencia que resuelva el recurso (dictado de nueva sentencia por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o reposición de las actuaciones para que se dicte nueva resolución por la Sala que dictó la resolución recurrida).

El tercer principio inspirador de la reforma de la casación civil es la simplificación del trámite del recurso. Se prevé que con el escrito de interposición se acompañen, además de la certificación de la sentencia recurrida, los testimonios de particulares sobre los que verse la cuestión que se plantee en el recurso, además de regularse un trámite en la Sala que haya dictado la resolución recurrida para que la otra parte pida la adición de particulares que no haya solicitado la parte recurrente. Se pretende evitar que se envíen al Tribunal Supremo las actuaciones de primera instancia y de apelación, pues no siempre es necesario consultar todas las actuaciones, cada vez más voluminosas según permite comprobar la experiencia.

La medida pretende también abaratar costes a la Administración de Justicia y facilitar el manejo del expediente judicial en la Sala, así como favorecer la digitalización documental en el Tribunal Supremo.

El anteproyecto suprime el trámite de admisión del recurso en la Sala que haya dictado la resolución recurrida, que se sustituye por la denegación, que podrá recurrirse en queja, de los testimonios cuando los haya solicitado una parte no legitimada, se hayan solicitado fuera de plazo o para impugnar una resolución no recurrible en casación.

El recurso se interpondrá directamente, una vez entregados al recurrente los testimonios por la Sala que haya dictado la resolución recurrida, ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, lo que determina que solo se emplazará ante esta a la parte recurrida.

El anteproyecto prevé reglas específicas para regular el supuesto en que el recurrente, tras recibir los testimonios, no llegue a interponer el recurso de casación.

Por último, el cuarto principio inspirador de la reforma es el de una regulación más rigurosa del contenido del escrito de interposición del recurso de casación. El prelegislador pretende evitar que este se convierta, como ocurre con mucha frecuencia actualmente, en una nueva versión del previo recurso de apelación o del escrito de oposición a la apelación si la sentencia recurrida estimó el recurso de apelación.

Con esta finalidad, el proyectado artículo 475 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que el escrito de interposición deberá expresar la concreta modalidad de interés casacional en la que se ampare el recurso y precisar la doctrina jurisprudencial que se interese de la Sala. Este último requisito viene impuesto por la función que ahora se otorga en exclusiva al recurso de casación, al universalizarse el interés casacional como circunstancia que permite su interposición, que consiste en fijar la doctrina que se estime correcta y se refiere tanto al supuesto en el que la Sala deba fijar la doctrina jurisprudencial aplicable al caso como al supuesto en el que la Sala deba declarar que la sentencia recurrida ha infringido o desconocido la doctrina jurisprudencial aplicable al caso. También deberá expresar el escrito de interposición, en su caso, los pronunciamientos correspondientes sobre el objeto

del pleito, sin que baste la mera remisión a la demanda o a la contestación ni a los términos de la apelación. Deberá justificar la concurrencia del interés casacional correspondiente y citar con precisión y claridad la norma o doctrina jurisprudencial que se considere infringida, argumentando en motivos separados y numerados correlativamente las infracciones que se aleguen.

Si el recurso se interpone en la modalidad de interés casacional por vulneración de norma procesal o del artículo 24 de la Constitución, deberá exponerse razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el proceso.

Finalmente, si la resolución se recurre al amparo de más de uno de los supuestos de interés casacional, el motivo o motivos correspondientes a cada supuesto se articularán en apartados independientes y estos se ordenarán comenzando por el supuesto de interés casacional cuya estimación determine una reposición de las actuaciones.

3.2.3. Conexión de la reforma de la casación civil con los artículos 41 a 45 del anteproyecto

Integran el capítulo II del Título IV del Libro I, agrupados con la rúbrica «Recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo».

El apartado II de la Exposición de Motivos del anteproyecto justifica su inserción porque el reforzamiento del recurso de casación es el «instrumento por excelencia para asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho» y porque dicho reforzamiento «consiste en abrir esta vía de impugnación a cualquier resolución de los Tribunales inferiores, de manera que no existan sectores del ordenamiento jurídico excluidos a priori del control de legalidad y de la consiguiente unificación de criterios interpretativos que corresponden al Tribunal Supremo». A continuación alude a que «la función del Tribunal Supremo no queda reducida a la unificación de criterios interpretativos, sino que, para el correcto funcionamiento de nuestro ordenamiento jurídico, debe seguir ejerciendo el control casacional en supuestos de admisión reglada por materia o por cuantía, de la misma manera que está plenamente justificado que determinados asuntos -por su especial trascendencia- sean enjuiciados en primer y último grado por el propio Tribunal Supremo».

Bajo estas premisas, el proyectado artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que «serán susceptibles de recurso de casación, en todo caso, aquellas sentencias dictadas por los Tribunales que, por razón de la materia o de la cuantía, determine la correspondiente ley procesal». El artículo 43 dispone que «fuera de los supuestos previstos en el artículo anterior, cabrá interponer recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo frente a sentencias y, en su caso, autos dictados por Tribunales inferiores en todos los órdenes jurisdiccionales cuando concurren las dos condiciones siguientes: a) la sentencia no sea susceptible de recurso en ulterior instancia; b) se aprecie en el examen del recurso la existencia de interés casacional».

Parece así que el prelegislador contempla dos modalidades de recurso de casación: el que puede interponerse por razón de la materia o de la cuantía en los términos que establezca la

correspondiente ley procesal y el que puede interponerse por razón del interés casacional, en cuya modalidad, según el proyectado artículo 45 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, el recurso «deberá fundarse en motivos tasados que serán establecidos por la correspondiente norma procesal», sin que esta previsión se anude a la primera de las dos modalidades.

Se destaca en este informe todo lo anterior porque el régimen jurídico del recurso de casación civil que se establece en el anteproyecto puede entrar en colisión con los proyectados artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial antes indicados, ya que en el futuro sistema de la casación civil la única modalidad de recurso será la del interés casacional, sin que la materia o la cuantía del asunto se contemplen como modalidades específicas de interposición del recurso, lo que, por otra parte, no sería necesario si se entendiesen incluidas en la modalidad del interés casacional, pues esta no discrimina el tipo de asunto que llega a casación y, por tanto, no tiene en cuenta si se tramitó por razón de la materia o de la cuantía y, en este caso, que esta supere determinada cifra.

Pero esta última salvedad puede oponerse a la dicción literal del proyectado artículo 42 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que tiene la rúbrica «sentencias recurribles por materia y cuantía» y que dispone que, «en todo caso», serán recurribles en casación, según la correspondiente ley procesal, las sentencias dictadas por razón de la materia o de la cuantía por los Tribunales.

La experiencia demuestra que asuntos civiles o mercantiles de muy elevada cuantía no presentan un grado de complejidad jurídica suficiente como para justificar una sentencia del Tribunal Supremo y, en cambio, asuntos de bajo interés económico sí pueden estar necesitados de una interpretación unificada de la norma aplicable.

Por ello, el futuro proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial debería tener en cuenta esta observación y, o bien eliminar el artículo 42 o bien refundirlo con el artículo 43 con una redacción que asegure la cobertura por la Ley Orgánica de la regulación de la casación civil que se hace en el anteproyecto.

3.2.4.- Propuestas de modificación.

Antes de exponer las concretas propuestas de reforma del texto del anteproyecto, debe afirmarse la opinión favorable, en líneas generales, al régimen de la casación civil que se contempla en él, pues un buen sistema de recurso de casación garantiza la existencia de una buena jurisprudencia, lo que redundará en la mejora de la función de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de uniformar «la aplicación judicial del derecho», como dice el apartado II de la Exposición de Motivos del anteproyecto.

Dicho lo anterior, se van a exponer a continuación tres grupos de propuestas de modificación del texto: las debidas a una falta de concordancia entre la proyectada disposición final 3.^a y el articulado del anteproyecto, las que se proponen para mejorar el futuro sistema de la casación civil y, por último, determinadas correcciones de estilo.

En el primer grupo de propuestas, por falta de concordancia entre la futura regulación de la casación civil y el futuro contenido de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debemos referirnos a dos modificaciones.

La primera es la supresión en el artículo 469, que establece cuáles son las resoluciones recurribles en casación, de la fórmula «y el recurso no exceda del cupo máximo de recursos que pueden admitirse por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo establecido para cada año por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo».

La segunda es la supresión en el artículo 476.3-b), que se refiere a la decisión sobre la admisión del recurso, de la fórmula «o porque el recurso exceda del cupo máximo de recursos que pueden admitirse anualmente a que se refiere el artículo 469».

El motivo de ambas propuestas de modificación es que la determinación de un cupo anual de recursos admisibles se contenía en la propuesta de texto articulado elaborada por la comisión institucional creada por acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, mientras que el anteproyecto no ha introducido esta previsión, por lo que carecerían de cobertura por la Ley Orgánica los textos de los artículos proyectados cuya supresión se propone.

Además, esa fórmula limitativa no es en sí misma conveniente por las injusticias y agravios comparativos a que puede dar lugar.

En el segundo grupo de propuestas de modificación, que tienen por finalidad mejorar el proyectado sistema de casación civil, deben indicarse cuatro modificaciones.

La primera modificación consiste en la supresión de las letras a) y c) del apartado 2 del artículo 470, que se refiere a los casos en los que la resolución de un recurso presenta interés casacional, con la consiguiente recolocación de las restantes letras y los correspondientes cambios en la referencia que se hace de la letra e) -que ahora sería la c)- en los artículos 471.2, 472, 475.3, 478.3, 479.1, 479.2 y 480.4.

La supresión de la letra a) del apartado 2 del artículo 470 se propone porque el supuesto de resolución dictada para la tutela judicial civil de derechos fundamentales distintos de los previstos en el artículo 24 de la Constitución no es propiamente un caso de interés casacional sino una clase de asunto, por lo que no es necesario introducirlo expresamente en el catálogo de supuestos de interés casacional del precepto.

Esta supresión no implicará que los asuntos sobre tutela judicial civil de derechos fundamentales no puedan tener acceso al recurso de casación porque, siempre que la resolución recurrida esté comprendida en alguno de los casos establecidos, podrá ser recurrida en casación.

También existen razones de fondo para que los procesos civiles sobre derechos fundamentales no tengan acceso, por la sola razón de su materia, a la casación. Como demuestra la experiencia, la mayoría de los asuntos sobre derechos fundamentales en los

que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo dicta sentencia versan sobre protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Lo habitual es que el núcleo del asunto consista en el juicio de ponderación entre el derecho fundamental que se alega como vulnerado y otro derecho fundamental, normalmente el de libertad de expresión o el de libertad de información. Sucede también que, aplicando unas mismas pautas de decisión, por lo general la doctrina del Tribunal Constitucional, el juicio de ponderación puede ser diferente en las instancias y en el Tribunal Supremo, y que, al haber recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, este hace un juicio de ponderación diferente del contenido en la sentencia del Tribunal Supremo. Así, lo que en realidad se genera son procesos de cuatro instancias en los que interviene un desproporcionadamente alto número de Jueces, y no pocas veces por hechos relacionados con la prensa gráfica o los programas televisivos de puro entretenimiento, dato este último que permite apuntar el riesgo cierto de una progresiva banalización de los derechos fundamentales.

De ahí que parezca más conveniente someter estos procesos al mismo régimen del interés casacional sin que sea preceptivo que el Tribunal Supremo se pronuncie siempre antes de que lo haga el Tribunal Constitucional.

La supresión de la letra c) del apartado 2 del artículo 470 se propone porque el supuesto de resolución dictada en un litigio que verse sobre el alcance de una norma constitucional o del Derecho de la Unión Europea adolece de falta de concreción ya que siempre podrá reconducirse el contenido de cualquier sentencia dictada por la jurisdicción civil a supuestos de aplicación de norma constitucional (derecho de propiedad, libre empresa, derecho a vivienda digna, etc.) o a una norma de la Unión Europea debido a la amplitud de materias que actualmente regula el Derecho de la Unión. Dicho de otra forma, se corre el riesgo de que la alegación de infracción de una norma constitucional o del Derecho de la Unión Europea se convierta en una especie de cláusula de estilo para intentar el acceso a la casación.

Como ya hemos indicado al referirnos a la supresión de la letra a) del apartado 2 del artículo 470, el resto de casos de existencia de interés casacional cubre sin reservas el acceso a la casación de este tipo de litigios.

La segunda modificación consiste en dar la siguiente redacción al apartado 1 del artículo 478: «1. Admitido el recurso de casación, el Letrado de la Administración de Justicia reclamará de la Sala que haya dictado la resolución recurrida todas las actuaciones originales y, una vez recibidas, dará traslado del escrito de interposición a la parte o partes recurridas y personadas para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de treinta días y manifiesten si consideran necesaria la celebración de vista».

Se considera que la Sala que va a decidir el recurso, una vez que este se haya admitido, tendrá mayores elementos de juicio para ello si puede consultar las actuaciones originales. Por eso se propone la introducción de este trámite de remisión de los autos para después de admitido el recurso y antes de que se formalice la oposición por la parte recurrida. El propósito del anteproyecto de simplificación de la fase de interposición no se pierde con esta propuesta de modificación, pues el recurso sigue interponiéndose, tras la expedición de los testimonios, ante la Sala que ha de resolverlo, y solo si es admitido se reclama la

remisión de las actuaciones.

La tercera modificación se refiere a la regulación del trámite de admisión. Se considera que si la existencia de interés casacional en la resolución del recurso es ya el único criterio determinante para su interposición no es necesario prever un catálogo completo y cerrado de causas de inadmisión, pues todas ellas pueden reconducirse a la inexistencia de interés casacional. De esta forma, lo fundamental no será ya justificar la inadmisión sino la admisión del recurso, es decir, determinar que la resolución por la Sala del concreto recurso de casación presenta interés casacional.

Por ello, se propone la siguiente redacción del apartado 3 del artículo 476: «3. Procederá la inadmisión del recurso de casación si su resolución careciera de interés casacional».

Asimismo se propone la siguiente redacción del apartado 5 del artículo 476: «Si la Sala entendiere que concurre la causa de inadmisión dictará providencia declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida, imponiendo las costas a la parte recurrente».

También se propone la siguiente redacción del apartado 6 del artículo 476: «Si la Sala entendiere que el recurso es admisible por todos o alguno de sus motivos, dictará auto justificando su admisión, total o parcial, y exponiendo las razones por las que considere que la resolución del recurso presenta interés casacional por encontrarse en alguno de los casos del apartado 2 del artículo 470».

Si se aceptan las modificaciones anteriores, como la inexistencia de interés casacional en la resolución del recurso va a ser la única causa de inadmisión, ya no será necesaria la previsión del apartado 2 del artículo 478, es decir, la posibilidad de que la parte recurrida alegue la existencia de causas de inadmisibilidad que no se hayan rechazado ya por la Sala, por lo que se propone su supresión y la reenumeración del apartado siguiente del precepto.

Finalmente, la cuarta modificación se propone en materia de costas del recurso de casación. Aunque el apartado 3 de la disposición final tercera del anteproyecto modifica el artículo 398 LEC y el apartado 4 de la misma disposición final modifica el artículo 481 de la misma ley, en ambos casos para remitirse al régimen general del artículo 394 LEC, de modo que la estimación del recurso, total o parcial, seguirá determinando que no se condene en costas a ninguno de los litigantes, se considera más conveniente un régimen específico para la casación.

En consecuencia, se propone que la modificación del artículo 398 LEC (apartado 3. de la disposición final tercera del anteproyecto) se limite a suprimir sus referencias al recurso extraordinario por infracción procesal y al recurso de casación, manteniéndolo para regular las costas en apelación. A su vez, el artículo 481 LEC (*Costas en casación*) pasaría a tener el siguiente contenido:

«La desestimación del recurso de casación no llevará consigo necesariamente la condena en costas de la parte recurrente. La Sala se pronunciará al respecto valorando el grado de fundamento del recurso en relación con los fundamentos de la oposición de la parte

recurrida.»

Por último, en el tercer grupo de propuestas de modificación, que tienen por finalidad hacer determinadas correcciones de estilo, se proponen las siguientes:

Disposición final tercera, apartado dos (... por infracción de *norma* procesal, en lugar de por “causa de infracción ...”)

Artículo 470.1 (... siempre que *la resolución del* recurso presente ...)

Artículo 470.2 (Se considerará que *la resolución de* un recurso ...)

Artículo 470.2, letra b) (... *modificar* la jurisprudencia ..., en vez de “cambiar”)

Artículo 470.2, letras a) a e) (... la resolución *recurrida* ...)

Artículo 473.2 (... la parte que pretenda *recurriarla* ...)

Artículo 475.2 (... la concurrencia del *supuesto de* interés casacional ...)

Artículo 479.1 (... artículo anterior, *se* hayan presentado o no ...)

3.2.5. Conclusiones

Catorce años después de la entrada en vigor de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se sigue aplicando el régimen transitorio de su disposición final 16.^a porque no se ha atribuido a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal, por lo que puede afirmarse que la división actual entre recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ha fracasado.

La Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal, amplió el acceso al recurso de casación civil, al introducir la vía del interés casacional también para los asuntos de cuantía inferior a 600.000 euros.

Tampoco se ha aprovechado la oportunidad de la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por la Ley 37/2011 para otorgar a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal mediante la correspondiente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Por ello, la proyectada regulación de la casación con un sistema de concentración en el mismo recurso, aunque con la debida separación formal, de la invocación de infracciones relativas tanto a aspectos sustantivos como procesales cuyo conocimiento corresponderá únicamente a la Sala Primera del Tribunal Supremo o a las Salas de Servicios Generales de los Tribunales Superiores de Justicia en los casos de la denominada casación foral, parece acertada y tiene vocación de permanencia.

También resulta adecuada la unificación de los supuestos de acceso a la casación en uno solo relativo a que la resolución del recurso presente interés casacional, lo que supone la culminación del proceso de reforma de la casación civil cuyo último paso fue el acceso a la casación por la vía del interés casacional de los asuntos de cuantía inferior a 600.000 euros.

Con la reforma proyectada se eliminan también los elementos que actualmente pueden provocar desigualdad en los ciudadanos que quieran acceder al recurso de casación como son los una elevada cuantía o la materia concreta del asunto.

Asimismo se satisface el cumplimiento de la misión constitucional del Tribunal Supremo de dar uniformidad a la aplicación judicial del Derecho.

El nuevo sistema dará lugar, con toda seguridad, a un muy considerable aumento del número de recursos de que conoce anualmente la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, dado que se podrán recurrir en casación tanto sentencias como autos de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia y cualquier asunto tendrá acceso a la casación.

Por ello, será imprescindible un especial rigor en la admisión de los recursos, pues la reforma proyectada solo puede tener éxito si la regla es la inadmisión y la excepción la admisión, debidamente justificada por la parte recurrente y apreciada por la Sala.

Al convertirse la admisión del recurso en el trámite más importante del recurso de casación, gana especial relevancia tanto la Sala de Admisión, cuyo número de miembros debería pasar de tres a cinco, cuanto el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo como órgano de apoyo a la Sala, que deberá contar con los efectivos imprescindibles para hacer posible el funcionamiento eficaz del nuevo régimen de la casación civil.

En suma, una modificación cuyo sentido es que cualquier materia de Derecho privado o de Derecho procesal civil pueda acceder a la casación, finalidad en sí misma irreprochable, estará irremediabilmente condenada al fracaso si el acceso a la casación se considera incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva más allá de la instancia o instancias, si hubiera que seguir motivando la inadmisión o si no se dotara de una estructura especialmente potente al Gabinete Técnico del Tribunal Supremo.

3.3.- El recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo

3.3.1.- Contenido de la reforma y valoración

El anteproyecto modifica, a través de su Disposición final cuarta, la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para crear un denominado recurso de casación para unificación de doctrina. A continuación se aborda la incidencia que esta reforma pueda tener en el régimen actualmente vigente así como en el funcionamiento de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

No es fácil obtener una idea clara de los principios y propósitos que inspiran el llamado recurso de casación para unificación de doctrina, pues la Exposición de Motivos del anteproyecto no arroja mucha luz, antes al contrario, parece, incluso, que se refiere a un recurso distinto del que se regula en la Disposición final cuarta, impresión que confirma la lectura de los artículos 41 a 45 que, dentro del Libro 1, Título IV, integran el capítulo II que lleva por rúbrica "Recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo".

La Exposición de Motivos sin distinguir expresamente la casación civil de la contencioso administrativa parece referirse a ésta cuando destaca que no puede limitarse el papel del Tribunal Supremo al conocimiento de asuntos admitidos discrecionalmente porque "podría generar abusos", lo que, conforme a lo expuesto anteriormente, resulta criticable.

Por esa razón, justifica que determinada clase de asuntos tengan acceso al Tribunal mediante el recurso de casación ordinario y otros por la vía del que denomina, en la Disposición final 4, Recurso de Casación para la unificación de doctrina en lo que a la jurisdicción contenciosa se refiere.

Así parece configurarse el modelo en el capítulo antes citado "Recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo", en el que diferencia, las sentencias recurribles por materia y cuantía (artículo. 42) y las sentencias recurribles por concurrir interés casacional (artículo 43). Sin embargo más adelante, cuando la Disposición final tercera modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de recurso de casación configura éste exclusivamente en torno a la noción de interés casacional, definiendo los supuestos en los que éste concurre prescindiendo de la cuantía del recurso.

Por el contrario, en el orden contencioso administrativo mantiene inalterable el recurso de casación ordinario sustentado en los criterios de materia y cuantía e introduce el denominado recurso de casación para unificación de doctrina anclado en la apreciación de una serie de circunstancias que permitan valorar la conveniencia de unificar doctrina y que se corresponden con las que se decía podían configurar el interés casacional en la Propuesta de anteproyecto de Ley de Eficiencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que dio a conocer el Ministerio de Justicia en marzo de 2013.

En esa propuesta, el recurso de casación ordinario se articulaba en torno al interés casacional y se configuraba un recurso extraordinario de casación para la unificación de doctrina mucho más limitado que el ahora propuesto, frente a sentencias del propio Tribunal Supremo y un recurso de unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia cuando interpretando el derecho de la respectiva Comunidad Autónoma y en relación a supuestos idéntico se llegue a pronunciamientos diferentes.

El anteproyecto diseña un modelo de casación en el que la introducción del recurso de casación para unificación de doctrina se antoja de difícil encaje con el recurso de casación ordinario que se mantiene intacto. Se denomina recurso de casación para unificación de doctrina pero, salvo el supuesto contemplado en el apartado c) del artículo 96, en realidad,

lo que se pretende es fijar jurisprudencia en función de los amplísimos supuestos que dan acceso al recurso ante el Tribunal Supremo integrando entre ellos el actual recurso de unificación de doctrina y el de interés de ley aunque con un ámbito mucho mayor.

Se separa, por tanto, de la finalidad esencial del recurso de casación para unificación de doctrina vigente que no es tanto corregir la eventual infracción legal en que haya podido incidir la sentencia impugnada, como en reducir a la unidad los criterios judiciales diseminados y discrepantes (véanse las sentencias de la Sala Tercera de 19.01.09, R. 2/2008; de 06.04.09, R. 343/2008; de 10.10.11, R. 82/2011; de 20.01.12, R. 144/2010; Y de 29.01.13, R. 2946/2012).

Además, el recurso de casación para unificación de doctrina en la actualidad es subsidiario del recurso de casación ordinario, de manera que, cuando procede el recurso de casación ordinario contra la sentencia, ha de inadmitirse el recurso de casación para unificación de doctrina; o, lo que es lo mismo, este último recurso sólo cabe cuando, aparte de otros requisitos, está cerrado el cauce de la casación ordinaria, (sentencias de la Sala Tercera de 25.02.11, R. 392/2008, y de 05.11.12, R. 273/2010).

Sin embargo, el anteproyecto aunque teóricamente mantiene el carácter subsidiario del recurso (fuera de los supuestos previstos en el artículo 86, dice su artículo 96) no refuerza dicho carácter porque basta en el escrito de preparación con justificar la legitimación, el cumplimiento del plazo y exponer, de manera sucinta y clara las razones por las que el recurrente entiende que concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 96.2. El trámite de admisión solo permite verificar si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 96.

Puede suceder, por tanto, que el recurrente, con la finalidad de eludir el rigor formal de la casación ordinaria pretenda recurrir una sentencia susceptible de casación ordinaria por la vía de esta unificación de doctrina. Imaginemos que, en realidad, lo que se discute es la valoración de la prueba realizada por la sentencia recurrida. Ese aspecto, que en el trámite de admisión de la casación ordinaria es determinante de la inadmisión del recurso, en la modalidad de unificación de doctrina que ahora se introduce es relativamente fácil eludirlo acogiéndose a alguna de las circunstancias que contempla el artículo 96. El trámite de admisión solo permite verificar si concurre alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 96 de manera que un recurso así planteado llegaría al Tribunal Supremo pues el órgano jurisdiccional de instancia se limita a verificar los aspectos formales de legitimación y plazo y que se justifica mínimamente la concurrencia de alguna de las circunstancias del artículo 96 sin hacer valoración alguna de si la sentencia es recurrible vía casación ordinaria. Parece, no obstante, que la Sección de Admisión, aunque el artículo 98.1 no lo dice, deberá hacerlo, si bien debería indicarse expresamente en ese precepto que deberá inadmitirse el recurso cuando la sentencia sea susceptible de recurso de casación ordinario.

A ello se une la delimitación objetiva de ésta nueva modalidad casacional. Frente al carácter extraordinario y restrictivo del recurso de casación ordinario, limitado a las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia, en una cuantía muy elevada y en motivos tasados, esta unificación de doctrina cabe frente a todas las sentencias posibles,

incluso las dictadas por los Juzgados de lo Contencioso y las dictadas por las Salas en segunda instancia sin restricción alguna por razón de cuantía.

De éste modo el legislador orgánico ha diseñado una modalidad de recurso que se solapa o incluso va a convertirse en recurso principal frente al ordinario de casación y con muy difícil articulación entre ellos dadas las características contradictorias que presentan porque frente a un recurso extraordinario, sujeto a motivos tasados y que suponen ya unos 4000 al año (incluidos recurso de casación ordinario, unificación de doctrina e interés de ley) se introduce una modalidad de recurso nada formalista que por el procedimiento que se describe en el anteproyecto va a determinar una entrada masiva de asuntos a expensas de su admisión.

Así, en 2013, la Sala Tercera ingresó un total de 5.045 recursos, fundamentalmente, recursos de casación ordinaria (3508) y recursos directos (674) porque de unificación de doctrina fueron (386) y en interés de ley (57).

En 2014, a fecha 31 de marzo ya han ingresado 1.494 asuntos lo que supone una entrada de más de 5.500 recursos a final de año. De convertirse en norma esta modalidad de recurso no es aventurado afirmar que la cifra de recursos ingresados se puede multiplicar por más de tres porque las circunstancias que posibilitan recurrir la sentencia por unificación de doctrina son muy amplias y no se prevé ningún filtro efectivo en la preparación del recurso que impida, justificando de manera suficiente aquellas, la entrada del recurso en el Sala Tercera.

El recurso de casación por unificación de doctrina se configura, por tanto, en el anteproyecto no tanto como un recurso subsidiario del ordinario sino como una modalidad paralela de recurso a la que acudir en virtud de circunstancias que son más asequibles para eludir el rigor formal de la casación ordinaria teniendo en cuenta que, una vez admitido el recurso ha de formalizarse conforme a los motivos del artículo 88.1 y la sentencia que se dicte debe sujetarse también a los pronunciamientos que contempla el artículo 95 para la casación común. No es un recurso, por tanto, que se limite a fijar la doctrina correcta o a sentar la jurisprudencia que proceda sino que presenta, aparentemente, el mismo alcance que el recurso de casación ordinario por lo que debe plantearse la conveniencia de su coexistencia.

Algunos aspectos relevantes de la regulación del anteproyecto son los siguientes:

En primer lugar, se prescinde del carácter extraordinario del recurso y de su naturaleza formal por la extraordinaria amplitud del concepto de sentencias recurribles y de las circunstancias que justifican la conveniencia de unificar doctrina. A esa amplitud no corresponde el anteproyecto con una fase de preparación del recurso que, acorde con el rigor de la casación exija unos requisitos formales que impidan la entrada masiva de recursos en el Tribunal Supremo porque el órgano judicial de instancia se limita a verificar la concurrencia de los requisitos de plazo y legitimación limitándose a cursar los escritos de preparación y alegaciones de las partes a la Sala Tercera.

En lo que atañe a la propia regulación del recurso, a diferencia de la casación civil que

contiene una regulación completa de la tramitación del recurso hasta la sentencia, aquí se regula la fase de preparación y la admisión del recurso por la Sección de Admisión que crea el propio anteproyecto disponiendo el artículo 99 que, "una vez admitido el recurso de casación para la unificación de doctrina, su tramitación y resolución se ajustará en todo a lo dispuesto en la Sección 3a de este Capítulo", es decir, se remite en bloque a la normativa del recurso de casación ordinario, lo que plantea problemas de encaje, por ejemplo, con el actual artículo 93 que contempla el trámite de admisión, cuando en el anteproyecto el recurso ya ha sido admitido por la Sección de Admisión.

También plantea problemas la remisión a lo dispuesto en el artículo 95 en cuanto al contenido de la sentencia con independencia de que tampoco se entiende por qué esta modalidad de recurso que pretende sentar la jurisprudencia correcta en un número limitado de casos debe formalizarse al amparo de los motivos del artículo. 88.1. De hecho, en el recurso de casación para unificación de doctrina vigente no cabe denunciar la infracción de motivos del artículo 88.1 LJCA como si se tratase de un recurso de casación ordinario porque el recurso de casación para unificación de doctrina sólo corrige las interpretaciones jurídicas de la sentencia impugnada en cuanto resulten contrarias a Derecho y contradictorias con las mantenidas en las sentencias de contraste en la situación de identidad exigida al efecto. No entra en el examen de infracciones del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia susceptible de fundar un motivo de casación de los establecidos en el citado artículo 88.1 de la Ley procesal (sentencias de la Sala Tercera de 26.03.2013 R. 3643/2012, 21.12.2012 R. 2519-2012 y 16.05.2011 R. 388/2007).

Un tercer aspecto que suscita dudas es la interpretación coherente de los artículos 100 y el 98. Mientras el artículo 98, que impone la resolución inmediata de la admisión o no del recurso en función de que concurra alguna de las circunstancias del artículo 96.2, el artículo 100 permite limitar el número de asuntos a admitir lo que supone vulnerar el mandato del artículo 98.

Respecto del recurso de unificación de doctrina autonómica el anteproyecto se limita a reenumerar el artículo 99 como artículo 101 bis, sin embargo, al actuar así, el recurso de unificación de doctrina autonómica no guarda coherencia alguna con la nueva regulación pues se mantiene la concurrencia de la triple identidad y se impone que la cuantía supere los 30.000 euros y lógicamente no supere los 600.000. Además, en cuanto a plazos, procedimiento y efectos de la sentencia el artículo 99 se remite a los artículos 97 y 98 en la versión anterior a la que ahora contiene el anteproyecto que, por las razones apuntadas no puede ser de aplicación.

Desde otro punto de vista, es preciso destacar la incidencia claramente negativa de esta modalidad de recurso (en el caso de que finalmente se aprueba en estos términos el anteproyecto de LOPJ) en el funcionamiento del Tribunal.

Además de que la Sección de Admisión que se crea no resulta operativa al fin pretendido, por una parte su composición, Presidente y cuatro Magistrados, es insuficiente para cubrir las materias de que conoce la Sala atendido el alto grado de especialización de sus Secciones, ya que implica que al menos dos de ellas carezcan de presencia en esa Sección de admisión, la rotación semestral desde su constitución inicial no resulta funcional dado

que para fijar los criterios inicialmente es necesario un período mínimo de un año atendidas las características del nuevo modelo de casación que se implanta. Las modificaciones que se introducen con esta modalidad de recurso de casación por otra parte complican extraordinariamente el funcionamiento de la Sala. Olvida el anteproyecto que la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo ingresa anualmente un mínimo de 4.500-5000 recursos que llena la agenda de señalamientos de las distintas Secciones además de los Plenos que se convocan con una periodicidad prácticamente trimestral. El recurso de casación para unificación de doctrina supondrá la entrada masiva de recursos que, sin duda, bloquearán el funcionamiento de la Sala.

Paralelamente, la gestión de ese masivo incremento de asuntos que ingresará en el Tribunal en caso de introducirse éste recurso para unificación de doctrina, como ya se ha advertido anteriormente en este informe, requerirá la ampliación del número de efectivos del Gabinete Técnico en un volumen muy importante, para que la Sala Tercera pueda desarrollar su labor en términos conciliables con el principio de tutela judicial.

3.3.2 El modelo que se sugiere

Alcanzadas las anteriores conclusiones, que consideran inoportuno el modelo "dual" o "mixto" incorporado en el anteproyecto, y que abogan por uno que esté basado sólo en el "interés casacional", es decir, por uno que permita que la Sala Tercera del Tribunal Supremo pueda formar jurisprudencia clara y precisa en todas las cuestiones jurídicas con real trascendencia social, económica y jurídica; es criterio prácticamente unánime de sus actuales componentes, adelantado hace ya ocho años en la propuesta que firmaron el 31 de octubre de 2006 veintiuno de sus Magistrados con el título de "Exposición razonada, relativa al Proyecto de Ley Orgánica que modifica la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y reforma del recurso de casación", que la regulación del recurso de casación en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo debería establecer:

1) La posibilidad de acceso a la casación de todas las sentencias dictadas en única instancia o en apelación por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

En íntima relación con ello, sería deseable que el legislador, toda vez que han devenido infundadas en gran medida las iniciales dudas o prevenciones sobre la implantación en este orden jurisdiccional de órganos unipersonales, ampliara en todo lo posible las competencias de estos, actualmente reguladas en los artículos 8 y 9 de la LJCA, y abriera paso así a un régimen procesal en que la posibilidad de una segunda instancia estuviera más generalizada, constituyendo la regla.

Aquella amplitud de acceso, sólo debería tener como excepciones las que hoy establece el artículo 86.2, letras c) y d), de la LJCA, es decir, las sentencias dictadas en el procedimiento para la protección del derecho fundamental de reunión y en los procesos contencioso-electorales.

Asimismo, cabría conservar los límites que hoy prevén los números 4 y 5 del citado artículo 86. disponiendo que las sentencias que, siendo susceptibles de casación, hayan sido dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o de la Unión Europea que sea relevante y determinante del fallo impugnado, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora; y que las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento.

2) La posibilidad de acceso a la casación contra determinados autos. En concreto, contra los que prevé el actual artículo 87 de la LJCA, manteniendo su regulación. Por eso, aquella deseable ampliación de la segunda instancia y la resolución por sentencia de apelación de los recursos interpuestos contra autos dictados por los órganos unipersonales facilitaría que la casación contra autos no conllevara un incremento excesivo que entorpeciera la función primordial de esta Sala Tercera de formar jurisprudencia, al quedar limitada a los dictados en los recursos de los que conocieran en única instancia las Salas.

3) El punto más delicado del modelo que se propone es el que atañe a la regulación de la admisión del recurso.

Parecería oportuna una primera norma que destacara la necesidad, en todo caso, de que el Tribunal de casación aprecie que el recurso interpuesto sí presenta interés objetivo para su labor primordial de formar jurisprudencia. Norma que, en estos o similares términos, dispusiera que el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando, invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto procesal como sustantivo, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Tras ella, parecería oportuno que el legislador diferenciara dos grandes grupos de supuestos. Uno, a modo de umbral mínimo del interés casacional, en el que se defina éste y, por exclusión, qué recursos son los que, ya de entrada, ha de entenderse que no presentan tal interés. Y, otro, que cualificando unos en concreto y dando un paso más, identifique aquellos en los que sí ha de presumirse que tal interés existe.

La diferenciación de esos dos grandes grupos es para esta Sala Tercera de suma importancia, pues mediante ella podría establecerse un régimen diferenciado de admisión de los recursos incluidos en uno y otro, que evitara la labor imposible, inalcanzable sin poner en riesgo la consecución del objetivo primordial del recurso, de motivar en extenso todas y cada una de las decisiones de inadmisión. Así, para los incluidos en el primer gran grupo, estas decisiones podrían revestir la forma de mera providencia, limitada a indicar que no se aprecia que concurra el supuesto o supuestos de interés casacional invocados por el recurrente. En cambio, para los del segundo, dichas decisiones habrían de revestir la forma de auto motivado, fundado en la apreciación razonada de que el asunto, en el caso concreto de que se trata y pese a su inclusión en ese otro gran grupo, carece en realidad de toda relevancia social, económica o jurídica.

A ese régimen diferenciado de las decisiones de inadmisión convendría añadirle un matiz, aconsejado por el deseo nada dudoso de esta Sala Tercera de que sí llegue a pronunciarse sobre todas las cuestiones jurídicas en que esa relevancia sí exista. A tal fin, es lógico pensar que las Salas de instancia hayan podido detectar al dictar sentencia la necesidad objetiva de formar jurisprudencia sobre alguna o algunas de las cuestiones que resolvieron, y es oportuno, por tanto, convertirlas en singulares colaboradores del Tribunal de casación para identificar las cuestiones sí dotadas de aquella relevancia. Por ello, estas Salas deberían tener la posibilidad de emitir opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo que para la formación de jurisprudencia presenta el recurso de casación interpuesto. Con fa consecuencia, si su opinión fuera afirmativa, de que la inadmisión en tal caso de recursos incluidos en el primero de aquellos dos grandes grupos habría de revestir la forma de auto motivado, y no de mera providencia.

A su vez, desde la perspectiva inversa y de modo congruente con aquella primera norma, la admisión de los recursos referidos a supuestos incluidos en el repetido primer grupo, debería revestir la forma de auto motivado, que indicara por qué se aprecia que sí existe interés casacional e identificara, además, las cuestiones jurídicas en las que se entiende necesaria (a formación de jurisprudencia. Esto último para facilitar, mediante la publicación de tales autos en ese extremo, que la comunidad jurídica tenga conocimiento de lo que pronto habrá de ser objeto de pronunciamiento por el Tribunal Supremo.

Descendiendo al detalle, entiende esta Sala Tercera que a aquella primera norma habría de seguir otra, dedicada en su primer apartado a regular aquel primer grupo, que, en estos o similares términos dispusiera:

"El Tribunal de casación podrá apreciar que existe interés casacional, motivándolo expresamente en el auto de admisión, cuando la sentencia recurrida:

- a) Haya sido dictada en el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales.*
- b) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.*
- c) Interpreta y aplica aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.*
- d) Interpreta y aplica el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, o en supuestos en que aún pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.*
- e) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.*
- f) Resuelva uno en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones públicas.*
- g) Fija, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho interno o de la Unión Europea, en las que se fundamente el fallo, contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.*
- h) Sienta una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.*

i) Afecta a un gran número de situaciones, trascendiendo del caso objeto del proceso. "

Y que dispusiera, en un segundo apartado dedicado a regular el citado segundo grupo lo siguiente:

"Se presumirá que existe interés casacional cuando la sentencia recurrida:

- a) Declare nula una disposición de carácter general, salvo que ésta, con toda evidencia, careciera de trascendencia suficiente.*
- b) Anule actos dictados por los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, salvo que se aprecie que el asunto carece de relevancia social] económica o jurídica que justifique su acceso a la casación.*
- c) Resuelva la impugnación de actos de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con igual salvedad.*
- d) Haya aplicado normas en las que sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.*
- e) Se haya apartado deliberadamente de la jurisprudencia existente por considerarla errónea. "*

Tras ella, y ya en las dedicadas a regular la interposición del recurso de casación, debería intercalarse una que, en estos o similares términos, dispusiera:

"Al interponerlo, el recurrente acreditará que comunicó la interposición del recurso al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida, y que, al hacerlo, acompañó copia del escrito de interposición. Recibida ésta, dicho órgano jurisdiccional, si lo entiende oportuno, emitirá opinión sucinta y fundada sobre el interés objetivo del recurso para la formación de jurisprudencia, que remitirá a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de veinte días a contar desde aquella comunicación."

A continuación, otra norma, dedicada a regular la admisión e inadmisión del recurso que, en estos o parecidos términos, estableciera:

"1. La admisión o inadmisión a trámite del recurso será acordada por una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, integrada a estos efectos por el Presidente de la Sala y por un magistrado de cada una de sus restantes Secciones, con posibilidad, excepcional, de que el de una de éstas sea sustituido por otro de ellas si así lo aconsejara el tipo de materias sobre las que mayoritariamente haya de versar la decisión de admisión en el periodo de tiempo en el que se mantendrá su composición. Con excepción del Presidente de la Sala, y una vez transcurrido el primer año de vigencia de esta norma, dicha composición se renovará por mitad cada seis meses mediante acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo que determinará sus integrantes para cada uno de los citados periodos y que se publicará en la página web del Poder Judicial.

2. La resolución sobre la admisión o inadmisión del recurso adoptará la siguiente forma:

- a) En los supuestos de las letras a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del apartado 1 del artículo ...*
} en los que ha de apreciarse la existencia de interés casacional para la formación de

jurisprudencia, la resolución adoptará la forma de providencia, si decide la inadmisión, y de auto, si acuerda la admisión a trámite, expresando en él las razones que determinan aquella apreciación. No obstante, si el órgano que dictó la sentencia recurrida hubiera emitido en el trámite que prevé el artículo... opinión que, además de fundada, sea favorable a la admisión del recurso, la inadmisión se acordará por auto motivado.

b) En los supuestos de las letras a), b y, c), d) y e) del apartado 2 del artículo ... , en los que se presume la existencia de interés casacional, la inadmisión se acordará por auto motivado, en el que se justificará que concurren las salvedades que para cada uno de el/os establecen dichas letras.

3. Los autos de admisión identificarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que es precisa la formación de jurisprudencia. Las providencias de inadmisión únicamente indicarán si en el recurso de casación concurre alguna de estas circunstancias: ausencia de los requisitos reglados de plazo o de legitimación; no ser la concreta infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se denuncia la relevante y determinante del fallo recurrido; no ser susceptible de casación la resolución que se impugna; o que el recurso no presenta el interés casacional invocado por el recurrente.

4. Contra las providencias y los autos de admisión o inadmisión no cabrá recurso alguno.

5. El Secretario de Sala comunicará inmediatamente la decisión adoptada al órgano jurisdiccional que dictó la sentencia recurrida. y, si es de inadmisión, le devolverá las actuaciones procesales y el expediente administrativo recibidos.

6. Los autos de admisión del recurso de casación se publicarán en la página web del Tribunal Supremo. Con periodicidad semestral, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo hará público, en la mencionada página web y en el Boletín Oficial del Estado, el listado de recursos de casación admitidos a trámite, con mención sucinta de la cuestión o cuestiones que serán objeto de interpretación y de la programación para su resolución."

4) Norma asimismo importante, de conveniente introducción en cuanto coadyuvaría a la consecución del objetivo primordial del modelo que se propone, y que, además, no es extraña a la existente en regulaciones próximas, sería una que, en estos o parecidos términos, dispusiera:

1. La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo podrá determinar, mediante acuerdo que se publicará en el Boletín Oficial del Estado, la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación.

2. Asimismo, antes de finalizar cada año natural, y teniendo en cuenta la propuesta que pudiera haber aprobado la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo en reunión plenaria, podrá la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, si lo exigiera la finalidad primordial del recurso de casación de formar pronta jurisprudencia en cuestiones de trascendencia, limitar el número de recursos que aquélla haya de admitir a

lo largo del año siguiente, en cuyo caso publicará tal acuerdo en el Boletín Oficial del Estado. Excepcionalmente, ese número podrá ser rebasado si una vez llegado a él se interpusieran recursos cuyo interés casacional se apreciara en decisión unánime de la Sección de admisión.

5) En todo lo demás, no se aprecian objeciones serias para mantener, adecuándolas, las restantes normas de la vigente LJCA reguladoras del recurso de casación. Entre ellas, la que dispone que el Tribunal Supremo podrá integrar en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder.

A resaltar, únicamente, la necesidad de adecuar al modelo que se propone el contenido que ha de tener el fallo de la sentencia que resuelva el recurso de casación pues, de un lado, habrá de indicar cómo quedan resueltas las cuestiones jurídicas en las que era necesario formar jurisprudencia y, de otro, habrá de decidir las pretensiones que se dedujeron en el proceso. En este sentido, es conveniente la inclusión de una norma que, en estos o parecidos términos, disponga: *La sentencia se pronunciará sobre las cuestiones jurídicas identificadas en el auto de admisión, interpretando a tal fin las normas internas o de la Unión Europea invocadas por las partes, y, con arreglo a ellas y a las demás que sean de aplicación y hubieran sido alegadas en la instancia o consideradas por la Sala sentenciadora, resolverá las pretensiones deducidas en el proceso, anulando la sentencia recurrida, en todo o en parte, o confirmando. Podrá asimismo, si la causa de la anulación obliga a ello, ordenar la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia, para que, corrigiendo la infracción apreciada, siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación.*

6) Por fin, resta decir que el modelo que se propone hace innecesaria la pervivencia de los recursos de casación "para la unificación de doctrina" y "en interés de la ley" que regula la vigente LJCA.

4- La jurisprudencia vinculante

La Exposición de Motivos del anteproyecto afirma que el tratamiento dedicado a la sujeción del juez al sistema de fuentes es más sistemático que el existente aunque no introduce ninguna "verdadera innovación en el sometimiento de los tribunales a la Ley".

No obstante, se propone "aclarar y recordar algunos principios que aun siendo básicos para el funcionamiento del entero ordenamiento jurídico, a veces no son bien comprendidos, en gran medida porque no se hallan expresamente formulados en un determinado precepto".

Esto es lo que sucede -continúa-, con la interdicción de inaplicar las leyes sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, con el deber de motivar la desviación de los propios precedentes o con el carácter meramente orientador de los criterios acordados por los Tribunales en plenos no jurisdiccionales.

Explica que el legislador orgánico se considera con más espacio de actuación respecto de las fuentes del Derecho y que, aun manteniendo el valor complementario que atribuye a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el artículo 1.6 del Código Civil se sirve de ese margen de actuación para introducir dos importantes novedades: (a) el establecimiento de “verdadera fuerza vinculante para los Tribunales inferiores de aquella jurisprudencia que el Tribunal Supremo pase a considerar doctrina jurisprudencial vinculante”, lo cual “dotará de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo” que proclama el artículo 123 de la Constitución; y (b) la creación de un cauce --la cuestión jurisprudencial previa-- para que “los Tribunales inferiores no resulten obligados indefectiblemente y en todo caso, a aplicar la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, cauce que servirá a modo de “vía de diálogo entre los Jueces integrantes de los Tribunales inferiores y el Tribunal Supremo”.

Ciertamente, entre las novedades más destacadas del anteproyecto figuran las que guardan relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su alcance, en particular, la articulación de un procedimiento para determinar qué parte de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia tiene carácter vinculante y cuál es la que sigue desempeñando el cometido de complemento del ordenamiento jurídico que le atribuye el artículo 1.6 del Código Civil y la llamada cuestión jurisprudencial previa.

Sin embargo, pese a la estrecha relación entre estas innovaciones, el informe anticipa ya su valoración diferenciada.

Según la Exposición de Motivos, se busca a través del expediente previsto en el artículo 32 y de la selección de la que ha de tener ese carácter, atribuir a la jurisprudencia una función integradora o uniformadora del Derecho, “similar a la que produce la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación en interés de ley”. De esta forma, prosigue diciendo, “reforzará (...) el principio de seguridad jurídica consagrado en el apartado 3 del artículo 9 de la Constitución y coadyuvará al objetivo de que la ley y el status jurídico del ciudadano sea igual en todo el territorio nacional (artículos 14 y 139.1 CE), garantizando el principio de unidad jurisdiccional. Al mismo tiempo, esta concepción de la jurisprudencia vinculante dotará de contenido real a la supremacía del Tribunal Supremo (...)”.

La igualdad en la aplicación de la Ley y la efectiva seguridad jurídica son aspiraciones irrenunciables en todo ordenamiento bien estructurado y es cierto que en la actualidad no siempre se aseguran, hay pronunciamientos judiciales contradictorios sobre las mismas materias y, en más ocasiones que las deseables, hay sentencias que no observan lo que ha dicho el Tribunal Supremo.

Ahora bien, igualdad y seguridad no deben buscarse con medios que creen más disfunciones que progresos en esa dirección.

El anteproyecto suscita la seria duda de si, en realidad, el diseño que articulan estos preceptos conduce, en vez de a esas metas, a una devaluación de la mayor parte de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, aquella a la que se refiere el artículo 31, desde el momento en que solamente una parte de ella, normalmente la más reducida, será, en principio, vinculante: la que contempla el artículo 32, única, en principio, de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales pero no, como se va a ver, para los poderes públicos.

La jurisprudencia vinculante será la que los Plenos de las distintas Salas del Tribunal

Supremo, en reuniones trimestrales, determinen de entre los fundamentos de derecho de las resoluciones dictadas en ese período. Esta determinación habrá de decidirse por mayoría de, al menos, tres cuartas partes de los miembros de cada Sala y se plasmará en un acuerdo --a remitir al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial a los efectos de su publicación en el Boletín Oficial del Estado y de su difusión en la Carrera Judicial-- que expresará entrecomilladamente la parte del fundamento de la sentencia que "constituya doctrina jurisprudencial" o, si esa cita no fuera suficientemente expresiva, el contenido exacto que el Pleno de la Sala formule en ese acuerdo (artículo 32.2).

Se debe destacar que esta fijación no se hará con motivo de la resolución de un recurso, es decir, a la vista de las circunstancias particulares de un determinado litigio, sino en una reunión plenaria que, por tanto, carecerá del carácter jurisdiccional de las que conocen de los distintos recursos que sean competencia de la Sala. De ahí que el anteproyecto se refiera a un acuerdo como vehículo en el que se recogerá la doctrina vinculante.

Cuando la Sala esté conformada por Secciones, el sistema que parece asumir el anteproyecto es que sean éstas las que aporten al Pleno las sentencias de las que se haya de extraer la doctrina vinculante. En este caso, el Presidente de la Sala y los Presidentes de las Secciones deberán comprobar que entre las propuestas no hay contradicciones antes de someterlas al Pleno (artículo 32.2).

El recurso de casación en interés de la ley, del que claramente se sirve como modelo el anteproyecto y que suprime para sustituirlo por este expediente, no parece el ejemplo a seguir. En primer lugar, porque tiene unos perfiles cuasi normativos que responden mal al sentido propio de la jurisprudencia. La función que posee la doctrina sentada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, tanto en nuestro sistema jurídico cuanto en aquellos otros pertenecientes a la misma concepción del Derecho, no es la de redactar normas generales, sino la de establecer el sentido que una disposición tiene ante un concreto litigio.

La aplicación judicial del ordenamiento jurídico puede explicarse como la consistente en identificar o extraer de las disposiciones aplicables, la particular regla que resuelve la controversia planteada en el proceso. De ahí que sea una labor tópica y que su resultado dependa de los singulares términos del debate entablado por las partes.

Es verdad que, ante la repetición de los mismos problemas con motivo de la aplicación de las mismas leyes y de las mismas soluciones, se va creando un cuerpo de doctrina que les sirve de apoyo pero también lo es que está lleno de los matices que los hechos imponen. Por eso, es difícil trasladar a prescripciones formales de carácter general y abstracto lo que no son sino respuestas particulares aunque sirvan para complementar el ordenamiento jurídico.

Seguramente por estas razones, y porque encaja mal con el esquema de separación de poderes, el recurso de casación en interés de la ley ha jugado, está jugando, un papel marginal, por otro lado coherente con las importantes restricciones a las que las leyes procesales someten su utilización. Restricciones que el Tribunal Supremo aplica con sumo rigor.

Sin duda la mejor forma de potenciar el valor de la jurisprudencia y del cometido del Tribunal Supremo es dotarle de los medios que necesita y establecer una buena regulación del recurso de casación, entendiendo por tal la que le permita pronunciarse, en tiempos razonables, sobre los problemas principales --por su relevancia o por su proyección-- que

suscita la interpretación de las leyes. Y, para eso, como se dice en otro lugar, es menester definir con sumo cuidado los requisitos que han de exigirse para promoverlo y las condiciones de su admisión, así como contar con un sistema de recursos ordinarios eficiente.

Sucede, además, que el mecanismo elegido por el anteproyecto, no sólo falla por su presupuesto, según se ha dicho, sino también, por el procedimiento previsto para identificar la jurisprudencia vinculante y por los términos, desiguales y declinantes, en que entiende esa vinculación.

Repárese en que, a diferencia de lo que sucede con el recurso de casación en interés de la ley, instrumento procesal, tal como se acaba de recordar, subsidiario y de utilización sumamente circunscrita por las leyes, el mecanismo de fijación de la jurisprudencia vinculante está contemplado por el anteproyecto como un medio “normal”, de ejercicio trimestral por Plenos no jurisdiccionales. Además del contraste con el modelo, no cuesta esfuerzo advertir las complicaciones funcionales que producirá la necesidad de reunir a las Salas cada tres meses para que decidan, a propuesta de las Secciones donde las haya, qué jurisprudencia, se supone de la emanada en ese período temporal, merece ser declarada vinculante mediante cita entrecomillada.

A estas complicaciones funcionales se añadirán las de carácter material cuando no sea posible ese entrecomillamiento y se deba “formular el contenido exacto” de la doctrina. La pregunta surge de inmediato: el Pleno ¿reinterpretará la jurisprudencia hasta ese momento no vinculante al margen de un litigio concreto?

Ocurre además que, antes de fijar la jurisprudencia que vincula, el Pleno, dice el artículo 32.2, debe oír a la Administración o Administraciones públicas que hubieren sido parte en el procedimiento, “exclusivamente a los efectos de atribución de carácter vinculante a la doctrina”. Casa mal esta exigencia con el propósito anunciado por la Exposición de Motivos de realzar a través de este expediente la supremacía del Tribunal Supremo y, en todo caso, si puede comprenderse cuando se trate de jurisprudencia contencioso-administrativa, por el modelo del recurso de casación en interés de la ley que regula el artículo 100 de la Ley 29/1998, no sucede lo mismo con los demás órdenes jurisdiccionales.

Esta posición privilegiada que concede el anteproyecto a la Administración se aprecia igualmente en la manera en que regula los efectos de la jurisprudencia vinculante respecto de los poderes públicos: deben, dice el segundo párrafo del artículo 32.1, observarla en sus actuaciones. Dado el énfasis que pone el texto en las limitaciones y prohibiciones, podría haber dicho aquí que están obligados a actuar conforme a ella, a cumplirla porque, al fin y al cabo, se publica para general conocimiento en el Boletín Oficial del Estado. No obstante, enseguida se aprecia que esta manera menos exigente de dirigir sus mandatos a los poderes públicos no es casual. En efecto, el párrafo tercero de este artículo 32.1 relativiza, si es que no elimina, la fuerza vinculante de esta jurisprudencia, pues admite que, pese a invocarla un interesado, dichos poderes “podrán rechazar motivadamente su aplicabilidad al caso concreto, justificando expresamente las razones de su decisión”. Así se resiente el sistema y también esa especie de equiparación a las normas que subyace al último párrafo del artículo 32.2, que dispone la inmediata publicación en el Boletín Oficial del Estado del acuerdo del Pleno de la Sala que la fija.

La relativización de la fuerza vinculante de la jurisprudencia formalmente declarada como

tal se completa por el apartado 3 de este artículo 32. Supone el término de una suerte de viaje de ida y vuelta en el que la jurisprudencia, una vez tenida por vinculante, dejará de serlo “cuando el Pleno o la Sección que (...) propuso (la) doctrina modifique su criterio motivadamente y así se declare por el Pleno”. Se supone que hará falta un acuerdo que cite el entrecomillado o la formulación una vez tenida por vinculante, acuerdo que habrá de publicarse en las mismas condiciones que el otro.

Por último, la prohibición a los Tribunales, impuesta por el artículo 51 del anteproyecto, de dictar reglas generales sobre la interpretación de las leyes y normas jurídicas --acompañada de la remisión a la salvedad de las que dicte la autoridad competente en la materia, si la hubiere, cuando se trate de funciones no jurisdiccionales de los Jueces y Magistrados-- parece querer acomodarse a la determinación de la jurisprudencia vinculante. En efecto, el artículo 12.3 de la actual Ley Orgánica del Poder Judicial la extiende a las reglas particulares. No obstante, tal como hemos visto que está concebida la jurisprudencia vinculante, no parece que puedan reducirse las reglas que contenga a meras prescripciones singulares, de manera que la restricción apuntada de este artículo 51 respecto del artículo 12.3 vigente, no es suficiente para evitar una contradicción al menos aparente.

Aplicar a la jurisprudencia esquemas propios del sistema de producción normativa-proclamación de su carácter vinculante, publicación, acuerdo de privación de ese carácter, publicación- implica darle un tratamiento extraño al sentido que la caracteriza y a la manera en que se forma. La jurisprudencia, naturalmente, cambia de igual modo que cambia la realidad pero lo hace progresivamente a medida que las circunstancias que concurren en los distintos procesos lo hacen necesario. Ese dinamismo gradual se compadece mal con el rigor formal que sí tiene razón de ser para las fuentes del ordenamiento jurídico que producen normas generales y abstractas.

Finalmente, no debe dejar de indicarse la difícil compatibilidad de la jurisprudencia vinculante con el especial rigor del principio de legalidad en materia penal, acerca del cual el Tribunal Constitucional ha reiterado que el Juez penal está sujeto únicamente a la ley, excluyendo su vinculación a otras fuentes del ordenamiento jurídico.

Recapitulando, la Sala de Gobierno no considera conveniente la incorporación de la noción de jurisprudencia vinculante, en la medida que puede llegar a alterar el sistema de fuentes establecido.

Además, como se ha expresado, el procedimiento específico regulado por el anteproyecto a los efectos de detectar y declarar el carácter vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo resulta extraordinariamente complejo, pudiendo dar lugar a disfunciones en el régimen interno del Tribunal Supremo.

Debe reiterarse que el designio de potenciar la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha de perseguir a través de una adecuada regulación del modelo de la casación, que permita pronunciamientos en plazos razonables sobre los aspectos más destacables que suscite la interpretación del ordenamiento jurídico. Además, en línea de coherencia con el resto de propuestas que contiene el anteproyecto, el reforzamiento de la jurisprudencia se vería propiciado tanto a través del nuevo régimen jurídico de la casación -que, ya de por sí, pone en valor la eficacia de la jurisprudencia- como mediante el procedimiento de la cuestión previa jurisprudencial.

En cualquier caso, resultaría conveniente que la Ley Orgánica del Poder Judicial, sin

necesidad de explicitar el carácter vinculante de la jurisprudencia, incorporara una cláusula semejante a la contenida en el artículo 24 del anteproyecto en relación a la doctrina del Tribunal Constitucional, sobre la necesidad de interpretar las leyes y demás normas que componen el ordenamiento jurídico "de conformidad" con la jurisprudencia, sin perjuicio de que los Jueces puedan separarse de la misma forma motivada.

Por coherencia con lo expuesto, habría que suprimir también la Disposición transitoria séptima del anteproyecto, que contempla que *en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley, y conforme al procedimiento en ella previsto, los Presidentes de las Salas jurisdiccionales del Tribunal Supremo remitirán al Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial aquella Jurisprudencia que deba ser considerada doctrina jurisprudencial vinculante, procediéndose a su publicación en el Boletín Oficial del Estado y a su difusión entre los miembros de la carrera judicial*, previsión, por lo demás, muy difícil de cumplir en la práctica.

5. La cuestión jurisprudencial previa

Como se ha destacado en el anterior epígrafe, la llamada cuestión jurisprudencial previa supone la introducción de una novedad que, tal y como considera el anteproyecto, permitirá plantear la posibilidad de que el Tribunal Supremo reconsidere su doctrina antes de que se resuelva definitivamente el litigio, dando así más seguridad jurídica al ciudadano y favoreciendo la reducción de la litigiosidad.

Asimismo, "si el Juez considera que la doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo vulnera la Constitución, la independencia judicial se verá también salvaguardada por el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad"

El anteproyecto entra también a regular en sus artículos 33 a 38 este procedimiento incidental que, en parte, reproduce el esquema de la cuestión de inconstitucionalidad y, en parte también, el de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que se dirige a obtener del Tribunal Supremo un pronunciamiento sobre si su propia jurisprudencia, supuesta su aplicabilidad al caso y su relevancia para resolverlo, contradice la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de garantías constitucionales o contradice lo establecido por el propio Tribunal Supremo sobre la misma materia de la que está conociendo el Tribunal a quo. En iguales condiciones, también puede encaminarse a que el Tribunal Supremo se manifieste sobre si la aplicación de su jurisprudencia "puede producir, con efectos, generales, situaciones de injusticia manifiesta por la desproporción de las consecuencias en su aplicación" (artículo 33).

Razones de economía procesal, materializadas en la reducción de instancias procesales sucesivas, unidas a consideraciones de seguridad jurídica llevan a la mayoría de los miembros de la Sala de Gobierno a pensar que este expediente prejudicial puede ser útil y permitir al resto de los miembros de la Carrera judicial contribuir a la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Ahora bien, por coherencia con lo mantenido en el epígrafe anterior -supresión del concepto de jurisprudencia vinculante- debe eliminarse la previsión relativa al carácter vinculante de la doctrina del Tribunal Supremo emanada de una cuestión jurisprudencial previa (artículo 38 del anteproyecto).

En cualquier caso, al igual que sucede con el recurso de casación, la cuestión jurisprudencial previa solamente será un instrumento útil si antes se refuerza el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo en el sentido que se ha expuesto al tratar del recurso de casación. En caso contrario, contribuirá a impedir su buen funcionamiento.

6.- Los conflictos de jurisdicción

Sobre los conflictos de jurisdicción, más allá de las meras remisiones (artículos 55.3, 56 y 58), el anteproyecto trae la novedad de incluir los que puedan producirse entre los Tribunales y el Congreso de los Diputados, el Senado y entre aquellos y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas (artículo 55.1 y 2).

Reconoce la Exposición de Motivos que son poco frecuentes pero observa que “en los últimos años no han faltado algunos ejemplos de colisiones entre Tribunales y Asambleas autonómicas” y, por eso, se encomienda esta tarea a la Sala especial de conflictos de jurisdicción con otros poderes públicos del Tribunal Supremo”.

A este respecto, solamente se observará ahora que, reconocida por la Exposición de Motivos la rareza -reconoce su poca frecuencia- de los conflictos de los Tribunales con el poder legislativo, no se acaba de comprender la razón técnica que ha llevado a regularlos.

No parece fácil que un Juez o un Magistrado interfiera en el ejercicio de la potestad legislativa.

Descartado que sea interferencia el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad, el control de los Reales Decretos Legislativos, la fijación de la jurisprudencia vinculante a la que se refiere el anteproyecto o, naturalmente, la interpretación de las leyes, no se vislumbran supuestos en que pueda producirse. Desde luego, la potestad jurisdiccional no comprende la sustitución o el desplazamiento del legislador y tampoco el ordenamiento jurídico suministra al juzgador instrumentos para condicionar a las Cámaras legislativas que merezcan esta cautela.

De nuevo, estamos ante un supuesto tan excepcional que no necesita de prohibiciones como la del artículo 53.2. Basta con las existentes.

No deja de llamar la atención la composición prevista por el artículo 86 a), ya en el Libro Segundo, para la Sala que ha de dirimirlos. A diferencia de lo que sucede con la Sección de la Sala de Conflictos con el Poder Administrativo, compuesta bajo la presidencia del Presidente del Tribunal Supremo, por dos Magistrados de la Sala Tercera y tres Consejeros Permanentes de Estado, la Sección de Conflictos con el Poder Legislativo, bajo la misma presidencia estará formada por dos Magistrados de la Sala Tercera y tres Letrados de las Cortes Generales.

Vista la composición de la otra Sección de esta Sala especial y la de las restantes Salas de Conflictos, se observa una clara falta de correspondencia en los criterios seguidos para formar la parte no judicial de las mismas. En efecto, la posición de los Letrados de las Cortes Generales a los que se recurre para integrarla no es equiparable a la de los Consejeros Permanentes de Estado ni a la de los Magistrados del Tribunal Supremo. Los primeros concurren al ejercicio de la función consultiva que el artículo 106 de la

Constitución encomienda al Consejo de Estado y los segundos ejercen la potestad jurisdiccional en el Tribunal Supremo. En cambio, los Letrados de las Cortes Generales, cuyo merecido prestigio profesional debe ponerse de manifiesto, no toman parte en el ejercicio de las potestades que corresponden a las Cortes Generales.

Si el conflicto fuera entre un Tribunal y una Asamblea Legislativa de una Comunidad Autónoma, ¿serían los Letrados de las Cortes Generales los que formarían parte de la Sección o habría que contar con letrados de esa Asamblea? El precepto parece excluir esta última posibilidad pero, si ha de ser interpretado en tal sentido entonces resultará que, a diferencia del Congreso o del Senado, esa Asamblea Legislativa no tendrá en la Sala a sus propios letrados. Si por el contrario se entendiera que habrían de ser estos los que integrasen la Sección, la diferente posición de Magistrados de la Sala Tercera, Consejeros Permanentes de Estado y Letrados de las Cortes Generales, se haría aún más evidente.

En definitiva, la opción del anteproyecto de incluir entre los conflictos de jurisdicción los de los Tribunales con el Poder Legislativo no ha sido especialmente acertada

7.- El Gabinete Técnico del Tribunal Supremo

7.1 La perspectiva sistemática

Desde el punto de vista sistemático, el anteproyecto ubica de forma más adecuada la regulación del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, en comparación con la vigente LOPJ. En efecto, mientras que la actual LOPJ se refiere al Gabinete Técnico exclusivamente en su artículo 163, específicamente dentro del Libro II (del gobierno del Poder judicial), el anteproyecto disciplina el Gabinete Técnico en los artículos 95 al 99, dentro de la sección 2ª (El Tribunal Supremo), en el Libro II (de la Organización y Funcionamiento de los Tribunales).

Por tanto, en el anteproyecto, el Gabinete Técnico aparece ligado directamente al Tribunal Supremo y, además, en el ámbito de la organización judicial, a diferencia de lo que ocurre en la actual LOPJ que parece relacionar el Gabinete Técnico al ámbito estrictamente gubernativo de los juzgados y tribunales.

Por otra parte, el anteproyecto viene a regular el Gabinete Técnico a través de cinco artículos diferentes, frente al único existente en la actualidad "a fin de colmar una laguna existente y dar satisfacción a una necesidad del Alto Tribunal", según expresa su Exposición de Motivos.

7.2 Sobre el régimen jurídico del Gabinete Técnico

En general, ha de resaltarse que los aspectos relativos a su configuración orgánica, su composición, el perfil profesional de sus integrantes, el sistema de selección y el periodo de nombramiento, así como los incentivos necesarios para reclutar a los mejores deberían ser objeto de especial atención desde la perspectiva legal o estatutaria.

Su configuración orgánica debe responder a su consideración de elemento estructural

permanente del Tribunal Supremo, con un número de miembros estable, a partir de la detección de sus necesidades por el Consejo General del Poder Judicial a propuesta de la Sala de Gobierno.

La composición ha de integrar a miembros de la Carrera judicial o de otros cuerpos de la administración con amplia experiencia en la práctica procesal, así como a juristas procedentes del mundo académico.

El perfil profesional debe ser el de juristas altamente cualificados y con un recorrido profesional lo suficientemente amplio para acreditar una adecuada experiencia.

El sistema de selección de sus miembros debe estructurarse a través de un concurso de méritos y el nombramiento debería realizarse por un periodo de tres años, con posibilidad de una sola prórroga de igual duración en función del trabajo realizado.

Los incentivos deberían ser de dos clases: económicos y de promoción profesional. Si bien el artículo 95. 3 del anteproyecto difiere la regulación de las retribuciones de los miembros del Gabinete Técnico a lo que establezca en la Ley de Retribuciones de la Carrera Judicial y Fiscal, debe anticiparse que, desde la perspectiva retributiva, resultaría conveniente asimilar a los miembros del Gabinete Técnico con los letrados de otros órganos constitucionales que desarrollan funciones análogas de asistencia jurídica.

Por otro lado deberían arbitrarse los mecanismos adecuados a fin de hacer atractivo desde una perspectiva profesional el desempeño de funciones en el Gabinete Técnico sin que, obviamente, cause perjuicios en la carrera de origen en lo referido a destino y promoción profesional.

Desde una perspectiva más específica, se realizan las siguientes observaciones:

Por lo que se refiere a sus cometidos, dibujados en el artículo 95.1 del anteproyecto, debería enfatizarse el carácter abierto y dinámico de las tareas que desempeña introduciendo la expresión relativa a que *"entre sus funciones esenciales se comprenden las de...y cualesquiera otras"*

Por otro lado, en el artículo 95.3 se pone de manifiesto que en el Gabinete técnico *existirán tantas áreas como órdenes jurisdiccionales* y que *dentro de cada área podrá existir una sección de admisión y otra sección de estudios informes* y que *en la Sala Quinta de lo Militar podrá haber un letrado del Gabinete Técnico*. Esta previsión debería suprimirse por innecesaria, desde el momento que el segundo párrafo del artículo 95 .3 del anteproyecto ya establece que los letrados prestarán sus servicios en tantas áreas como órdenes jurisdiccionales.

En lo que se refiere a su plantilla, resulta inconveniente el establecimiento legal de su composición (número máximo de miembros, según el artículo 95.5 del anteproyecto).

Teniendo en consideración que las necesidades pueden ser cambiantes en cada momento dado, a los efectos de dar respuestas adecuadas a cada situación resultaría imprescindible proceder a

la deslegalización de la previsión de su plantilla, de manera que, sin perjuicio de que pudiera estar fijada en un anexo de la Ley de Demarcación y Planta Judicial, la definición concreta de la misma pudiera acometerse mediante Real Decreto, al igual que ocurre con la planta de los juzgados y tribunales, unificándose de esta forma el régimen jurídico y los criterios generales vigentes en materia de creación de nuevas plazas.

En cuanto a la situación administrativa de los miembros del Gabinete Técnico, el artículo 98.2 del anteproyecto dispone "*Los letrados serán declarados en situación administrativa de servicios especiales en la carrera o cuerpo de procedencia*". La situación orgánica y funcional de los miembros del Gabinete Técnico constituye uno de los aspectos que ha generado más debate, en particular, sobre si los Magistrados que prestan servicios en el Gabinete Técnico han de considerarse en situación administrativa de "activo" o de "servicios especiales". El anteproyecto, en línea con la regulación vigente, implementa el modelo de los servicios especiales.

Según el artículo 98.5 "los servicios prestados por los Jueces que ocupen plaza en un orden jurisdiccional en el Gabinete Técnico se les computará a efectos de antigüedad en la carrera judicial."

Este apartado 5 del artículo 98 tiene una redacción confusa, pues si el Juez destinado en el Gabinete Técnico desempeñara una plaza en un orden jurisdiccional, no se justificaría la situación de servicios especiales.

No obstante, el precepto debería referirse a que el tiempo de servicio en el Gabinete Técnico se compute en el orden jurisdiccional en que sus integrantes presten servicio en el Tribunal Supremo, sin perjuicio tanto de la previsión del artículo 383.2 del propio anteproyecto que, en términos semejantes a los de la LOPJ vigente, expresa que "*a los Jueces en situación de servicios especiales se les computará el tiempo que permanezcan en tal situación a efectos de ascensos, antigüedad en el orden jurisdiccional del que procedan, así como de los derechos que puedan causar en el régimen de seguridad social que le resulte de aplicación. Tendrán derecho a reserva de plaza en el Tribunal donde estuvieran destinados al pasar a esa situación o la que pudieran obtener durante su permanencia en la misma*", como de la contenida en el artículo 170 del Reglamento 2/2011 de la Carrera Judicial que expresamente apunta que el tiempo de permanencia en situación de servicios especiales tendrá la consideración de servicios prestados en el destino reservado.

7.3.- El nuevo modelo organizativo del Tribunal Supremo derivado del anteproyecto.

La carga de asuntos que actualmente soporta el Tribunal Supremo determina que la ampliación del Gabinete resulte imprescindible para prevenir la aparición de disfunciones en relación con su cometido principal de elaboración jurisprudencial.

Pero es que, como ya se anunció anteriormente, además, de prosperar las novedades que incorpora el anteproyecto, en particular, el nuevo régimen de la casación, la jurisprudencia vinculante o la cuestión jurisprudencial previa, debe llamarse la atención sobre la circunstancia de que el Tribunal Supremo debería dotarse de un Gabinete Técnico con unas características y unos medios muy diferentes a los que posee en la actualidad.

Ese previsible escenario llevaría consigo la implementación de un nuevo método de trabajo, tal y como se infiere sin dificultad de la lectura del anteproyecto

En este sentido, se ha de reiterar que, mientras a tenor de la Disposición final sexta el nuevo régimen de la casación entraría en vigor de forma intermedia tras la publicación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Disposición adicional primera del anteproyecto establece un plazo de dos años para que el Gobierno remita un proyecto de Ley de Demarcación y Planta Judicial, en el que, según prevé el artículo 95.5 del anteproyecto "se fijará el número máximo de miembros del Gabinete Técnico".

Existe pues, una falta de sincronía entre, por un lado, la puesta en funcionamiento del nuevo modelo organizativo exigido por el anteproyecto y, por otro lado, la definición de un Gabinete Técnico capaz de asistir al Tribunal Supremo en las nuevas funciones y mecanismos introducidos por el propio anteproyecto.

Precisamente por ello, el informe desea resaltar la necesidad de posponer a través de una Disposición transitoria, la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico de la casación y, en su caso, de las novedades relativas a la jurisprudencia vinculante y a la cuestión jurisprudencial previa, cuanto menos, hasta que se materialice la definición de la nueva planta del Gabinete Técnico.

Proceder de otro modo, tal y como se ha alertado en líneas anteriores, supondría sumir al Tribunal Supremo en una situación delicada desde el punto de vista funcional, al carecer de las estructuras necesarias -en particular, de un Gabinete Técnico acomodado al nuevo modelo que se diseña - para atender el cumplimiento de sus funciones en los términos planteados por el anteproyecto.

Para el caso de no se pospusiera la entrada en vigor del nuevo régimen jurídico de la casación, alternativamente, resultaría oportuno que a través de alguna Disposición transitoria se previera un incremento de los efectivos del Gabinete Técnico para encarar con éxito, a modo de plan de choque, el nuevo régimen jurídico diseñado por el anteproyecto.

Se reitera que carece de sentido que ese nuevo régimen de la casación entre en vigor en el momento de la publicación de la LOPJ y, en cambio, el reforzamiento del Gabinete Técnico se difiera en el tiempo dos años, es decir, hasta que se apruebe la Ley de Planta y Demarcación. En este sentido, se sugiere que mediante una Disposición transitoria, el prelegislador asumiera como planta provisional del Gabinete Técnico un 50 % más de los efectivos que actualmente prestan sus servicios tanto como titulares como en comisión de servicios.

Con independencia de lo anterior, resultaría también oportuna la previsión de un régimen transitorio respecto de los actuales magistrados y letrados del Gabinete Técnico, tras la entrada en vigor de la LOPJ. En efecto, la expresión relativa a que los letrados que prestan servicios en el Gabinete Técnico "serán seleccionados" suscita la duda de qué sucede con los Magistrados y Letrados que actualmente prestan servicio en el Gabinete Técnico en el momento de la entrada en vigor de la LOPJ, sobre todo si se tiene en cuenta que la Disposición Transitoria Primera del anteproyecto dispone que "a la entrada en vigor de esta Ley se podrán constituir los Gabinete Técnico del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, en la forma prevista en esta ley"

8.- El estatuto constitucional de los Jueces y Magistrados; en particular, la garantía de la

independencia judicial.

El artículo 1 del anteproyecto presenta como "principios rectores de la Justicia" una reproducción del texto del artículo 117.1 de la Constitución, aunque omitiendo la referencia a los Magistrados.

Se debe llamar la atención sobre el significado que tiene en la Constitución la expresión "principios rectores". La utiliza como epígrafe del Capítulo III del Título 1, acompañada de la precisión "de la política económica y social". Y acude a esa fórmula para distinguir los principios de los derechos objeto de los Capítulos I y II en el sentido de que no pueden ser alegados ante los Tribunales mientras no lo prevean las leyes. Por tanto, para la Constitución, los principios rectores poseen una eficacia distinta y menos intensa que los derechos.

Recoger aquí esa expresión, nada menos que en el artículo 1, para presentar con ella los rasgos esenciales de la Justicia y de la posición de quienes la administran supone relativizar la Justicia y al propio Poder Judicial, así como la fuerza de un precepto constitucional terminante.

Para no generar equívocos, merecería la pena utilizar una rúbrica en este artículo 1 que, simplemente, apunte al *estatuto constitucional de los Jueces y Magistrados* porque de esto es de lo que trata el artículo 117.1 de la Constitución, no de la Justicia.

Además, el Poder Judicial (artículo 2.1) entendido como la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado a que se refiere el artículo 117.3 de la Constitución no "reside" en los órganos judiciales, es un atributo de la soberanía que reside en el pueblo español (artículo 1.2 de la Constitución).

En este orden de precisiones, merece la pena indicar que no es necesario aclarar, como hace el artículo 4, que los órganos de la Jurisdicción Militar se integran en el Poder Judicial del Estado. No lo es porque, al ser único, no hay otro. Utilizar la expresión "Poder Judicial del Estado" sugiere que hay otro distinto a él.

Asimismo, aquellos cometidos distintos de los jurisdiccionales que a los Tribunales asignen las Leyes estatales para la garantía de algún derecho no lo son "al margen" de la potestad jurisdiccional (artículo 5), sino "además de" la potestad jurisdiccional.

A propósito del cumplimiento y ejecución de las resoluciones judiciales, el anteproyecto incluye la salvedad del derecho de gracia, cuyo ejercicio, recuerda, "corresponde al Rey" (artículo 11.3). Del mismo modo, como medida de aseguramiento de la ejecución, hace referencia a los supuestos de ejecución imposible y a la expropiación de derechos reconocidos por sentencia firme frente a la Administración Pública (artículo 12). Al traer esos supuestos a una parte del anteproyecto tan destacada como este Libro inaugural, en el que se quieren recoger las líneas maestras del ordenamiento judicial, parecen elevarse las excepciones a regla o, al menos, da la impresión de que se les reconoce una dimensión de la que carecen en el conjunto del sistema.

De ahí que sea innecesaria su mención aquí, además de inexacta, porque ni el indulto, que no decide el Rey, ni la sustitución de la ejecución de la sentencia, en los supuestos de imposibilidad, por una indemnización o, en fin, la expropiación de derechos reconocidos en sentencia son ajenos al control judicial. Además, la redacción del apartado 2 parece ampliar los casos en que, conforme al artículo 105.2 de la Ley 29/1998, cabe tal expropiación, por lo que resultaría deseable regular esta cuestión en los términos de este precepto.

Por otra parte, la Exposición de Motivos del anteproyecto destaca la supresión de la responsabilidad civil directa del Juez aunque inmediatamente observa que va acompañada de la misma consecuencia prevista por la legislación administrativa para las autoridades y empleados públicos: una vez declarada la responsabilidad patrimonial del Estado por su actuación, se podrá repetir contra él si medió dolo o culpa grave.

Luego el Libro Primero destaca, justamente, las distintas formas de responsabilidad de los Jueces (artículos 20, 21 y 22), de las que resalta la penal con un detalle que no dedica a las otras (artículo 20). En este punto se debe observar que es necesario formular mejor la exigencia de responsabilidad civil porque, pese a decir la Exposición de Motivos que se suprime la directa, el anteproyecto parece mantenerla ya que el apartado 1 del artículo 22 salva la posibilidad de que los perjudicados la reclamen directamente de los Jueces o Magistrados en virtud del artículo 1902 del Código Civil.

En síntesis, el precepto es contradictorio, o cuando menos confuso, porque tras disponer que en ningún caso podrán los perjudicados dirigirse directamente contra los Jueces, introduce la salvedad, mediante la siempre ambigua fórmula "sin perjuicio", de que se les exija responsabilidad al amparo del artículo 1902 del Código Civil, norma que precisamente es la que suele servir de base a las demandas de responsabilidad civil profesional dirigidas contra Jueces y Magistrados. Por otra parte, los dos párrafos del apartado 2 -siempre de este artículo 22- deberían redactarse de forma que disipara toda duda en torno al sentido de la apreciación por el Consejo General del Poder Judicial del dolo o la culpa grave del Juez o Magistrado a los efectos de la repetición contra él.

Aunque el primer rasgo del estatuto constitucional de los Jueces y Magistrados es la independencia (artículo 117.1 de la Constitución), el orden seguido por el anteproyecto, visible en el epígrafe que encabeza el Título III del Libro Primero, pospone la independencia a la inamovilidad. Esta última es imprescindible para asegurar aquella pero tiene un sentido instrumental. Por eso, parece más lógico empezar por el principio.

A propósito de la independencia judicial se debe poner de relieve que el anteproyecto, pese al énfasis con que la proclama, contiene afirmaciones o prevé medidas que pueden condicionarla.

Ya en su Exposición de Motivos, trasluce una idea de jerarquización de los órganos judiciales que atenúa o debilita la independencia que constituye el rasgo esencial y más característico del ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Así, al justificar las novedades que afectan a la jurisprudencia, la Exposición de Motivos emplea reiteradamente, hasta por siete veces en solamente trece párrafos, las expresiones "Tribunales inferiores" u "órgano judicial inferior" para referirse a los órganos judiciales distintos del Tribunal Supremo.

Se trata de una terminología que convendría evitar, por sus connotaciones peyorativas y, sobre todo, por su inexactitud ya que, por un lado, ningún órgano judicial es inferior a otro cuando enjuicia un asunto dentro de su competencia y, por otro, en aquellos casos en que no quepa recurso alguno contra la decisión de un Juez o Tribunal, ni tan siquiera la apelación, el Juez o Tribunal sentenciador no tiene, por definición, ningún "superior" jurisdiccional. En su caso, convendría relacionar estas expresiones con la idea de una mera jerarquía procesal y no reiterar en exceso el término "inferiores".

En el artículo 2.3 somete a los Jueces y Magistrados a la autoridad del Consejo General del Poder Judicial. Es esta una declaración innecesaria; inoportuna dentro del título dedicado precisamente a la potestad jurisdiccional, su titularidad y su ejercicio y, cuando menos, equívoca por cuanto, precisamente por su ubicación sistemática en el segundo artículo del texto, se presta a entender que los Jueces ejercen su función jurisdiccional "bajo la autoridad" del Consejo; es decir, lo más contrario que cabe imaginar a la independencia y la sujeción únicamente al imperio de la ley.

En definitiva, puede transmitirse a la sociedad la idea de que los Jueces y Tribunales resuelven los casos siguiendo los dictados del Consejo General del Poder Judicial y se retrocede en la distinción entre ejercicio de la potestad jurisdiccional, atribuida en exclusiva a los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, y el gobierno del Poder Judicial, atribuido al Consejo. Es cierto que el precepto analizado pone la "autoridad" en relación con el estatuto y la carrera, pero este tipo de sujeción, la puramente gubernativa ya lo impone por sí misma la Constitución (artículo 122.2) al atribuirle los nombramientos, los ascensos, la inspección y el régimen disciplinario" poniendo en cambio un especial cuidado al definir la posición de quienes ejercen la potestad jurisdiccional, respecto de la cual evitó expresiones, como la que ahora se utiliza, que pudieran dar lugar a equívocos.

Siendo la razón que llevó a la creación del Consejo General del Poder Judicial la de establecer una institución de garantía de la independencia judicial, parece un contrasentido que para ello deba enfatizarse que los Jueces y Magistrados están bajo su autoridad. No es mediante la proclamación de jerarquías como se asegura el correcto desempeño de su función por los miembros de la Carrera Judicial.

El Consejo General del Poder Judicial debe velar para que la independencia judicial sea la regla y debe, igualmente, exigir con rigor su responsabilidad a los Jueces y Magistrados que incumplan los deberes que la Constitución y la Ley les imponen, del mismo modo que ha de reconocer el mérito y la capacidad de quienes destaquen en el cumplimiento de su labor. Cuenta con los instrumentos precisos para ello. Esa autoridad, la verdadera, la efectiva a la postre, la que en verdad necesita para ejercer en plenitud el gobierno del Poder Judicial, no se la asegurará una afirmación legal como la del artículo 2.3, sino el reconocimiento que gane a través del ejercicio de sus atribuciones constitucionales con autonomía de criterio y

responsabilidad institucional.

Esta no es la única manifestación del anteproyecto que debilita su anunciado propósito de asegurar la independencia judicial. Se une a otras de distinta naturaleza que convergen en ese mismo efecto.

Llaman la atención, en este sentido, fórmulas como la del artículo 15.3, que somete a los Jueces y Magistrados a las instrucciones generales dictadas por "la autoridad competente en la materia, si la hubiere". Aunque se refiere a las funciones no jurisdiccionales que les encomiende el legislador, provoca confusión. Dado que esa sujeción se predica de quienes ven constitucionalmente contrapesada su independencia por su sumisión estricta al imperio de la ley, que incluye la que regule tales cometidos no jurisdiccionales, es inevitable preguntarse por la razón de disponer un sometimiento distinto, no al ordenamiento jurídico, sino a una "autoridad competente", es decir a un órgano de un poder público para cuya identificación se usa, por otro lado, una expresión sumamente desafortunada por despertar ecos bien conocidos.

A propósito del artículo 15.3 hubiese sido más adecuado apuntar que el Juez ha de respetar las competencias de otros poderes públicos.

Por lo que se refiere al artículo 18.3 del anteproyecto y a la facultad que confiere al Consejo General del Poder Judicial de ordenar a quien perturbe o inquiete a los Jueces el *inmediato cese* en dicha conducta bajo la prevención de que, *la continuación o reiteración de tal comportamiento tras recibir la orden de cese será constitutiva de delito contra la Administración de Justicia previsto y penado en el apartado 1 del artículo 464 del Código Penal*, se deben hacer las siguientes observaciones.

La redacción del precepto es desafortunada pues se remite a un tipo del Código Penal ajeno a lo que se pretende tipificar.

Siendo necesario dotar al Consejo General del Poder Judicial de los instrumentos adecuados para defender con eficacia la independencia judicial, sin perjuicio de las precisas competencias del Ministerio Fiscal para promover las acciones pertinentes en su defensa, resulta conveniente que el prelegislador indague qué otros medios pueden ser útiles a ese fin.

La solicitud de conocimiento colegiado de un asunto cuando exista perturbación (artículo 19) supone, si es cierta esa circunstancia, el reconocimiento de que un Juez no está en condiciones de ejercer su cometido a causa de actuaciones externas que lo impiden. Por tanto, las medidas que se tomen se deberán encaminar a contrarrestarlas o removerlas. Y, si no es cierto, implica abrir una puerta por la que se podría eludir el ejercicio de la potestad jurisdiccional. No parece una solución adecuada.

Entre las previsiones que sugieren una preocupación de fondo del anteproyecto por someter a los Jueces y Magistrados, además de a autoridades y jerarquías, a limitaciones o prohibiciones, se encuentra la de prohibir que los Jueces y los Magistrados y sus asociaciones profesionales valoren en los medios de comunicación asuntos pendientes ante

los Tribunales y resoluciones judiciales (artículo 49.2).

No se ajusta, sin duda ninguna, a la figura de Juez que asume la Constitución la comparecencia ante la opinión pública para anunciar sus resoluciones futuras o comentar, explicar o debatir las que haya dictado o las de otros Juzgados o Tribunales, y mucho menos pronunciarse en ese ámbito sobre su corrección o incorrección. Pero precisamente porque semejante conducta no cuadra con la prudencia y reserva necesarias para preservar su independencia e imparcialidad, no es habitual, ni mucho menos, tal presencia en los medios. Y cuando se produce, consiste casi siempre en explicaciones o análisis técnicos sobre un determinado proceso o resolución. No se percibe, pues, la necesidad de una prohibición de este alcance.

Además, su aplicación entrañará la dificultad de discernir si los comentarios en cuestión tienen índole doctrinal o científica, cuándo se producen en publicaciones o foros especializados. Porque ¿dónde está la frontera? ¿Qué diferencia hay en publicar en un diario o semanario jurídico y hacerlo en uno de información general de la misma periodicidad? ¿Es foro especializado un programa radiofónico o de televisión dedicado a la crónica judicial? ¿Lo son las páginas de un medio de comunicación escrito dedicadas a la información sobre la Administración de Justicia o sobre las decisiones de los Tribunales? ¿Qué es lo decisivo? ¿Lo que se dice o dónde y cuándo se dice? Al final, estas son las preguntas a responder.

Y, puestos a contestarlas, surge de inmediato la respuesta de que, sin necesidad de nuevas prohibiciones, aplicando como hasta ahora el catálogo existente de prohibiciones, utilizando la vía disciplinaria en caso de excesos y, desde luego, contando con la prudencia ya demostrada de la inmensa mayoría de los Jueces y Magistrados, puede perfectamente seguir siendo una realidad su general ausencia de los debates públicos que preocupan al anteproyecto.

En cuanto a las asociaciones profesionales, cuya posibilidad de formación está expresamente reconocida por la Constitución (artículo 127.1), se ha de tener presente que en la defensa del interés profesional de quienes las integran pueden manifestar su parecer sobre la situación de la Administración de Justicia o la manera en que el Consejo General del Poder Judicial ejerce sus funciones, de modo que los términos en que está redactado el precepto pueden menoscabar el legítimo ejercicio de un derecho innegable a expresar sus puntos de vista, no sobre cómo ha de resolverse un determinado proceso, pero si, por ejemplo, sobre determinadas circunstancias del mismo o sobre el estado en que se halla el Juzgado o Tribunal que conozca de él.

En definitiva, se ha de estar en este punto a los límites generales de la libertad de expresión y a los particulares que resultan de las infracciones disciplinarias tipificadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Ya en el ámbito del Libro III, el Artículo 351 (*Cese de los Presidentes*), prevé en su apartado 1.e) que *los Presidentes cesaran por pérdida de confianza, apreciada por tres quintos de los Vocales del Pleno [del CGPJ]. En este caso, el cese no afectará a las funciones jurisdiccionales que estuviere desempeñando.*

El apartado 1.e) de este artículo debe ser suprimido por exigencias constitucionales. El cargo de Presidente de un Tribunal es, al margen de su faceta de dirección y gestión, un cargo jurisdiccional al que resultan aplicables las garantías constitucionales de inamovilidad de los Jueces. En estos cargos, las facetas de dirección son inescindibles de las propiamente judiciales. El Presidente del Tribunal sigue siendo un Juez que ejerce como tal. Partiendo de esta base, el concepto de "confianza" como pauta para la asignación de vacantes y para el cese en las adjudicadas es completamente ajeno a la Carrera Judicial, según ha resaltado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en numerosas sentencias que constituyen un cuerpo jurisprudencial consolidado. Caracterizar, así las cosas, el cargo de Presidente de un Tribunal como un cargo de confianza libremente removible supone "funcionarizar" ese puesto y transformarlo en una suerte de gestor administrativo nombrado y cesado mediante libre designación, lo que resulta contrario a las más básicas garantías constitucionales de estructuración y funcionamiento de la Carrera Judicial.

La reordenación interna del Tribunal Provincial de Instancia, contemplada en los artículos 373.2 y 374 del anteproyecto (sobre la base de, en primer término, la voluntad del afectado y, en su defecto, el orden de escalafón inverso), podría resultar incompatible con la inamovilidad del personal judicial, entendida como garantía básica de la independencia de los Jueces, si no se limita al ámbito de cada una de las Salas del Tribunal Provincial de Instancia.

En definitiva, se trata de evitar interpretaciones que avalen el trasvase de los Jueces desde las Unidades judiciales a las Secciones colegiadas, y no de unas unidades a otras o entre las distintas Secciones colegiadas.

Por lo demás, no sería aceptable que al amparo en esta previsión normativa se pretendiera imponer a un Juez la prestación de servicios en un orden jurisdiccional diferente de aquel en el que está destinado, menos aún con carácter permanente o indefinido.

En lo que atañe a los cambios de destino (artículo 374), en línea con las observaciones al artículo 373, el cambio de destino entre secciones distintas, correspondientes a órdenes jurisdiccionales diferentes, tropieza con el principio y garantía de inamovilidad; pero además resulta incoherente y contradictorio con los propios postulados de la LOPJ, desde el momento que choca con el principio de especialización que se pretende erigir en el propio anteproyecto como piedra angular de la promoción profesional de los Jueces.

Por lo que se refiere a la financiación de las asociaciones judiciales, en aras de una mayor transparencia, las previsiones contenidas en el artículo 432.2 del anteproyecto en orden a que el Consejo General del Poder Judicial autorice previamente la percepción de subvenciones públicas o privadas, así como la relativa a la comunicación por parte de las asociaciones judiciales de sus cuentas al propio Consejo, deberían completarse con la necesidad de que en las actividades organizadas y financiadas mediante subvenciones privadas se anunciara o se hiciera constar públicamente la persona o entidad que prestó la financiación.

En el ámbito del Libro IV resulta conveniente introducir en el artículo 458.1 del

anteproyecto, como primera atribución del Consejo General del Poder Judicial la de la defensa de la independencia judicial, en correspondencia con lo establecido en su artículo 18.

Finalmente, relacionando las garantías de la independencia judicial con la regulación de la *administración al servicio de los tribunales* (Título V del Libro II) y con el *cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia* (Libro V), en línea con lo que se mantendrá en el último epígrafe de este informe, resultaría conveniente en estas materias una solución normativa que estableciera la clara subordinación de las estructuras administrativas al ejercicio de las funciones jurisdiccionales, como salvaguarda de la independencia de los tribunales y, paralelamente, concretara las competencias del poder ejecutivo (estatal o autonómico) en materia de justicia a la dotación de medios materiales y a la selección y gestión de las situaciones estatutarias del personal no judicial que presta servicios en la Administración de justicia.

Además, sin perjuicio también de lo que se diga posteriormente al abordar de forma más general el artículo 536 del anteproyecto, resulta incompatible con la independencia judicial la impartición de instrucciones generales y particulares a los Letrados de la Administración de Justicia en el ámbito específicamente procesal por cuanto podría comprometer y afectar a la independencia del ejercicio de la función jurisdiccional.

9.- La Carrera judicial

Este epígrafe se centrará en aspectos puntuales relacionados con la Carrera judicial, regulados en el Libro III del anteproyecto.

9.1.- Ejercicio de funciones jurisdiccionales,

La redacción del artículo 304 referido al "*Ejercicio de funciones jurisdiccionales*", debería mejorarse por cuanto no parece afortunada la dicción del apartado 1º cuando expresa que los Jueces que integran la Carrera Judicial "*podrán ejercer*" funciones judiciales. Debería decir, "ejercerán", más aun cuando este mismo tiempo verbal, "ejercerán", se emplea a continuación, en el apartado 2º, para referirse a los suplentes que no pertenecen a la Carrera Judicial.

9.2.- Supresión de la figura de los Magistrados eméritos

La supresión de la figura de los Magistrados eméritos se hace acreedora de un comentario en el marco de este epígrafe.

A este respecto, se formulan objeciones al artículo 304 en cuanto establece la figura de los suplentes en todos los órganos, incluido el Tribunal Supremo, lo que resulta inconveniente, tanto por ignorar la figura del Magistrado emérito, como por no resultar coherente con la intención de la Ley de suprimir los Jueces temporales no pertenecientes a la Carrera Judicial, plasmada, por ejemplo, en la no incorporación al presente anteproyecto del Título

de la LOPJ de 1985 que regulaba el régimen de los Jueces en régimen de provisión temporal.

En contraste con lo anterior, el anteproyecto prevé en su disposición derogatoria única, la derogación de los artículos 200.4 y 200.5 [de la actual LOPJ], “que mantendrán su vigencia hasta la total desaparición de la figura de los Magistrados eméritos, con las especialidades recogidas en la Disposición Transitoria Octava”.

Ninguna razón se adelanta en la Exposición de Motivos sobre estas previsiones relativas a los Magistrados eméritos, sin que se aclare la prevista derogación de un régimen establecido para dicha figura que ha supuesto y supone la integración de unos Magistrados caracterizados por sus acreditados conocimientos y experiencia en las tareas normales del Tribunal, en igualdad de condiciones y de rendimiento que los restantes Magistrados en servicio activo.

Al respecto, resulta conveniente expresar las siguientes consideraciones:

a) La figura del Magistrado emérito tienen ya una considerable tradición, especialmente en el Tribunal Supremo. Aparece con la modificación introducida por las Leyes Orgánicas 16/1994, de 8 de noviembre, y 2/2004, de 28 de diciembre, que añade al artículo 200 el actual apartado quinto. Esta figura ha sido objeto de reiterada jurisprudencia (sentencias de la Sala Tercera de 29 de octubre de 2010, rec. c/a 14/2008, y 22 de junio de 2011, rec. c/a 261/2011, entre otras), que resalta la especificidad de los Magistrados eméritos del Tribunal Supremo y subraya la *ratio legis* justificativa que aparece en la Exposición de Motivos de la mencionada LO 2/2004.

Además, el artículo 200 de la vigente LOPJ ha sido recientemente modificado por LO 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficacia presupuestaria en la Administración de Justicia, y, sin embargo, ha permanecido el régimen de los Magistrados eméritos en el Tribunal Supremo.

b) Los Magistrados [Jueces] eméritos son Jueces profesionales que han formado parte de la Carrera Judicial hasta su jubilación, que cuentan con una dilatada y sólida trayectoria profesional, y que están, por ende, plenamente capacitados para desempeñar la función judicial durante los años inmediatamente posteriores a su jubilación formal.

c) El régimen de los Magistrados eméritos, además, no es impeditivo de la renovación de los Tribunales ni de la promoción de Magistrados [Jueces] de la Carrera Judicial, ya que sus plazas son cubiertas por el correspondiente sistema de promoción.

d) La evidencia empírica, conocida por todos y estadísticamente contrastable, refleja el eficaz rendimiento de los Magistrados eméritos.

e) El régimen de trabajo es exactamente el mismo que el de los demás Magistrados en servicio activo. No constituye ningún periodo laboral privilegiado.

f) En ningún caso, debe considerarse un privilegio sino una regulación legal, existente, como se ha dicho, desde la LO 16/1994, de 8 de noviembre, generadora de expectativas legítimas, que ha permitido que los Tribunales se beneficien, se enriquezcan con la continuidad en la aportación de Magistrados expertos y dedicados, durante años, a las tareas del órgano jurisdiccional al que sirven.

g) La deseable aportación de los Magistrados eméritos se aprecia, incluso, en situaciones de normalidad en los asuntos pendientes. No es necesario, por tanto, acudir a situaciones extraordinarias de pendencia o acumulación para justificar su existencia.

h) La edad en la que ejercen los Magistrados eméritos no puede considerarse un obstáculo para el desempeño de la función jurisdiccional. No lo fue en el pasado, cuando la edad de jubilación de Jueces y Magistrados llegaba precisamente a los 75 años; y menos aún debe serlo en la actualidad, atendida la evolución de la población. Así lo revela el que se nombren con normalidad Magistrados y juristas, mayores de 70 años y con independencia de que estén o no jubilados, para ejercer funciones jurisdiccionales en el Tribunal Constitucional, así como para desempeñar funciones jurídicas próximas en otros órganos constitucionales o de relevancia constitucional (Consejo de Estado, Tribunal de Cuentas...).

i) No resultan explicables las previsiones del anteproyecto desde la perspectiva de la evolución del régimen de la Seguridad Social o de los Derechos Pasivos en los que se aprecia, de una parte, una tendencia al retraso de la edad de jubilación, y, de otra, la promoción de una continuidad en la actividad laboral con posterioridad a la jubilación formal.

Por lo demás, al hilo de lo establecido el artículo 376, referido a los "Refuerzos" por carga de trabajo, viene al caso poner de manifiesto que si las medidas de refuerzo que se establecen resultan inviables o estériles, antes que acudir a los suplentes como medida de refuerzo (posibilidad contemplada en el anteproyecto), tiene más sentido recuperar la figura de los Jueces eméritos, de la que ha prescindido.

No se adivina, pues, ninguna razón atendible para su supresión; más aún, en una coyuntura histórica en la que, con carácter general, cada vez más se aspira a la prolongación de la edad laboral, dada la evidente mejora de las condiciones de salud y la mayor esperanza de vida, lo que justificaría, como se propondrá más adelante, la elevación de la edad de jubilación, de forma voluntaria, a los 73 años.

Por tanto, atendiendo a las razones que se han expuesto, la Sala de Gobierno considera que debe mantenerse la figura de los Magistrados eméritos de acuerdo con las necesidades de cada Sala, valoradas por el Consejo General del Poder Judicial a los efectos de su nombramiento.

9.3.- Ingreso en la carrera judicial

En cuanto al ingreso por oposición que se regula en los artículos 308 a 318, debe destacarse que el artículo 309 cuya rubrica es "*Finalidad de la oposición*" parece estar guiado por el modelo de Juez que la Ley diseña al regular los Tribunales de instancia, es decir, un Juez al que se pueda adscribir simultánea o sucesivamente a cualquier Unidad Judicial de cualquier orden jurisdiccional.

En un momento histórico en que el ordenamiento jurídico ha adquirido una extraordinaria complejidad, resulta más que difícil dominar todas las materias jurídicas en el nivel de "alta capacitación" al que se refiere el precepto, y con el grado de profundidad y excelencia que los ciudadanos esperan de los Jueces cuando les piden la tutela judicial. Ya no existe el "jurista del Renacimiento", que domina todas las materias jurídicas. La especialización

(siempre, por supuesto, sobre la base de una sólida base de formación jurídica general) ha venido obligada por la fuerza de los hechos y por la limitación de las capacidades humanas.

Tradicionalmente, y también en la actualidad, la oposición para el ingreso en la Carrera Judicial ha girado en torno a unas materias troncales como son el Derecho Constitucional, el Derecho Civil y el Derecho Penal, en sus facetas sustantiva y procesal. Solo estas materias tienen de por sí una complejidad que da lugar a un temario o programa de oposición muy extenso y complejo. Pues bien, si a un programa ya tan difícil de dominar se le añaden aún más temas correspondientes a las materias del orden contencioso-administrativo y el social, a fin de procurar esa "alta capacitación" global a que alude el artículo, la oposición se convertiría en una carrera de obstáculos que muy pocos podrán superar.

Por eso, sería más adecuado apuntar que la oposición debería centrarse en un temario que proporcione un conocimiento equilibrado suficiente de las materias correspondientes a los cuatro órdenes jurisdiccionales, con una especial relevancia o énfasis en las materias constitucional, civil y penal, en sus facetas sustantiva y procesal.

El conocimiento más acabado (por supuesto, partiendo de un dominio de las nociones básicas) de las materias laboral y contencioso-administrativa puede adquirirse posteriormente a través de la especialización, como se ha hecho siempre en la Carrera Judicial, sin perjuicio de que ya en la Escuela Judicial fuesen objeto de una especial atención las materias social y contencioso administrativo .

Los artículos 329 y 330 regulan un sistema de ingreso específico para los miembros de la Carrera Fiscal.

El primero permite a los fiscales ingresar en la Carrera Judicial por cualquier orden jurisdiccional y además ingresar con la condición de especialistas. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que los fiscales no han pasado por el largo periodo de formación exigido a quienes han ingresado en la carrera judicial, por lo que ocupan antes sus destinos, aun habiendo aprobado las correspondientes pruebas selectivas a la vez; por tanto, a los efectos de evitar que los fiscales encuentren en una posición más ventajosa a la hora de preparar unas pruebas de especialización que se constituyen en el modelo del anteproyecto, debería exigirse a los fiscales, para poder participar en las pruebas de excelencia y especialización aquí concernidas, un periodo mínimo de antigüedad superior al requerido para los Jueces de al menos dos años, es decir, 6 años, en lugar de los 4 años que actualmente exige el artículo 319 del anteproyecto .

9.4.- Pruebas selectivas de excelencia y especialización

Por lo que se refiere a las pruebas selectivas de excelencia y especialización, como criterio determinante para la provisión de plazas en los tribunales, debe significarse que constituye una opción de política legislativa diseñar un modelo de carrera que prime la especialidad pero, en todo caso, un cambio tan notorio en la articulación de la carrera judicial no puede hacerse sin un cuidado periodo transitorio pues, de otra forma, se verán frustradas las expectativas de carrera de muchos Jueces que han orientado sus decisiones y estrategias vitales y profesionales partiendo de un marco estatutario profesional que ahora desaparece.

La solución ante este cambio sobrevenido debería indagarse a través de la articulación de

un periodo transitorio que salvaguarde las legítimas aspiraciones de los que ya son Magistrados. El anteproyecto ha optado por esta última solución, pero lo ha hecho de forma insuficiente e incompleta, dado que la disposición transitoria 11ª configura un periodo transitorio a favor de los no especialistas en el orden civil y penal, pero no en el contencioso-administrativo y el social, sin que se explique la razón de este diferente tratamiento a unos y otros órdenes jurisdiccionales.

Además, ese criterio transitorio se establece únicamente para los Tribunales Provinciales de instancia pero no para los Tribunales Superiores de Justicia, que quedarán así prácticamente vetados para los no especialistas.

En definitiva, no deberían ser aplicadas las ventajas estatutarias de la especialización, hasta que transcurriera el plazo de 15 años desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica del Poder Judicial, generalizando, en consecuencia, las previsiones de la disposición transitoria 11ª en relación con todos los órdenes jurisdiccionales.

Por otra parte, al aludir a la especialización, se echa en falta una referencia a los miembros del extinto Cuerpo de Magistrados de Trabajo, a diferencia de lo que recoge la vigente LOP, por lo que se sugiere una modificación del anteproyecto en algunos de sus preceptos como los artículos 342.4.a), 356.1 a), 357, 364.1.a), 366.2, 367.1.a), 370.1º, 371. 1º, en aras al reconocimiento de estos Magistrados.

Asimismo, en la Disposición transitoria cuarta, 1, 2, 4 y 6, al decir que “los concursos se resolverán a favor de quienes hubieren superado las pruebas selectivas de excelencia y especialización” habría de añadirse “o pertenecientes al extinto Cuerpo de Magistrados de Trabajo cuando se trate del orden jurisdiccional Social”.

En la Disposición transitoria decimoprimer, primer párrafo, cabría adicionar: “Igual tratamiento se reconocerá a tales efectos a los miembros del extinto Cuerpo de Magistrados de Trabajo en el orden Social de la jurisdicción”

Se propone también la inclusión de una Disposición Transitoria que, a semejanza de la vigente de igual clase decimoséptima, expresara

“A efectos de la preferencia para cubrir las plazas de especialistas en los órganos judiciales de lo social, los actuales Magistrados de Trabajo la tendrán sobre los demás miembros de la Carrera Judicial.

El actual escalafón del Cuerpo de Magistrados de Trabajo se mantendrá como escala anexa al de la Carrera Judicial, conservando todos sus componentes la colocación, categoría y antigüedad que tienen en él; esta escala determinará entre ellos el orden de preferencia para la provisión de plazas en los diversos órganos jurisdiccionales de lo social.”

Por otra parte, el artículo 329 del anteproyecto introduce una especialización, la tributaria, cuya creación como especialidad separada de la contencioso-administrativa no tiene justificación.

La materia tributaria siempre ha estado radicada en la Jurisdicción contencioso-administrativa, se enjuicia conforme a la misma normativa procesal que el resto del

Derecho Administrativo y se rige por unos principios sustantivos que no son exorbitantes de los propios del Derecho Administrativo.

Por las mismas razones que se pretende singularizar esta materia, podrían crearse especialidades en áreas como, por ejemplo, el Derecho Urbanístico y del medio Ambiente, el Derecho Público de la regulación y la competencia, o el Derecho de la contratación administrativa. Aun cuando resulta lógico y conveniente especializarse en ramas del Derecho, esa especialización no puede llevar a una "hiperespecialización", pues eso implica la pérdida de un valor hermenéutico y aplicativo del Derecho tan importante como es la contemplación global del Ordenamiento Jurídico como unidad.

Por lo demás, quienes tienen actualmente adquirida la condición de Magistrados especialistas en el orden contencioso-administrativo adquirieron esa condición tras superar unas exigentes pruebas selectivas que incluían, como una parte relevante del programa de la oposición, el Derecho Tributario, por lo que si se lleva adelante esta especialidad, deberá reconocerse a dichos especialistas la condición de tales no sólo en la materia administrativa sino también en la tributaria.

El apartado 2º del precepto puede dar lugar a que haya numerosos especialistas sin posibilidad de ocupar vacantes correspondientes a su especialidad. Eso es así porque se establece que el número de plazas convocadas no podrá ser inferior el tres por ciento de "la planta de Jueces del conjunto de los TSJ para el año de la convocatoria, de manera que ésta se hace no por referencia a las vacantes realmente existentes, como sería lo lógico, sino por un porcentaje de la planta judicial, lo que puede dar lugar a que se vaya acumulando una bolsa de Jueces que habrán superado esas pruebas selectivas que se ordena convocar cada dos años, pero no tendrán posibilidades reales de ocupar destinos correspondientes a su especialidad sencillamente porque no habrá vacantes. Lo lógico y lo coherente es que se convoquen plazas de especialista cuando haya vacantes y no cuando no las haya, en otro caso el transcurso del tiempo sin ejercer en la especialidad perjudicaría su formación.

9.5.- Supresión de las categorías judiciales

Mención especial merece el artículo 341 "Denominación de Magistrado", ubicado dentro del título V "Honores y Tratamientos de los Jueces " del libro III, por cuanto establece que los Jueces podrán utilizar la denominación de Magistrado cuando tengan reconocidos 6 años de servicios en la Carrera Judicial, en cuanto es consecuencia de la alteración sustancial del actual modelo profesional sobre el que descansa todo el anteproyecto.

El anteproyecto es plenamente consciente de la insuficiencia del modelo actual de carrera profesional de los Jueces y Magistrados. Tan es así que reconoce abiertamente en la Exposición de Motivos que estamos ante una carrera judicial *esencialmente plana*, en la que, ciertamente, apenas hay oportunidades de progresión.

El remedio para esta patología habría sido configurar una verdadera carrera en la que a los Jueces se les muestren posibilidades reales y tangibles de mejora profesional y retributiva.

La Exposición de Motivos no puede dejar de reconocerlo, pues constata que una carrera vertical, con diferenciación de niveles y funciones y con controles y filtros en los ascensos tendría ventajas "en términos de motivación de quienes pertenecen a la judicatura". Sin embargo se opta por eliminar las categorías judiciales.

La Exposición de Motivos trata de justificar la supresión de las categorías apuntando que se basa en que la naturaleza del oficio de Juez es la misma en todos los cargos judiciales. Tan Juez es, por supuesto, un Juez de reciente ingreso como un Magistrado del Tribunal Superior o del Tribunal Supremo, pero no es menos cierto que éstos ocupan un lugar en la carrera judicial más significado y elevado que el primero por la propia naturaleza, significación y contenido de las funciones que desempeñan, por lo que resulta lógico, razonable e incluso inevitable, que se reconozca esa realidad en una carrera profesional con todas sus consecuencias, sin que ello implique demérito alguno del primero.

Tampoco se comparte la justificación de la Exposición de Motivos del anteproyecto relativa a que la supresión de categorías traerá la ventaja de que un Juez podrá optar por plazas que teóricamente corresponden a compañeros con menor antigüedad en la Carrera y, así, por ejemplo, presenta como un avance, la posibilidad de que un Juez del Tribunal Supremo pueda retornar a la Justicia de instancia. Verdaderamente, resulta forzado presentar como una ventaja colectiva lo que es una hipótesis de casi imposible realización práctica, pues resulta, en efecto, inverosímil que un Magistrado del Tribunal Supremo abandone ese cargo, al que llegó después de una carrera larga y plagada de sacrificios y solicite un Juzgado de una pequeña localidad, con la consiguiente pérdida de status jurídico y también de retribuciones, planteamiento difícilmente conciliable con el espíritu de servicio que debe presidir la Carrera Judicial, pues un Juez, a medida que adquiere mayor experiencia y madurez profesional, debe ocupar puestos de más responsabilidad y compromiso y no de menos. Además, esa previsión es ineficiente desde la perspectiva de la eficacia de las funciones públicas, al carecer de sentido presentar como benéfica la posibilidad de que quien tiene condiciones para ocupar los más altos puestos de la carrera prefiera descender a los de ingreso.

La Exposición de Motivos considera que la eliminación de los rasgos jerárquicos es de por sí ventajosa para la judicatura, pero no se alcanza a comprender en que se sostiene tal afirmación, salvo que se esté pensando en una jerarquía administrativa, ajena, por supuesto, a la relación de los órganos judiciales. El principio de jerarquía que establece el artículo 103 de la Constitución para la Administración es, desde luego, incompatible con el ejercicio de la función jurisdiccional, pues no es admisible que en la función judicial se dirijan órdenes a los Jueces sobre el ejercicio de su función, singularmente sobre la forma y contenido de sus resoluciones. Ahora bien, no cabe formular reproche a la idea de la jerarquía como técnica de organización por la que se facilita la unificación de la jurisprudencia y se apuran las garantías de acierto en la resolución de los pleitos a través de la eventual reconsideración, mediante cauces procesales predeterminados, de las decisiones de los órganos que están en la base de la propia organización.

En fin, resulta contradictorio que se apunte que se refuerza el valor de la antigüedad, cuando este parámetro (antigüedad escalafonal) se convierte en secundario en el modelo de la proyectada Ley.

Ya desde la perspectiva específica del Tribunal Supremo, el anteproyecto, no obstante, sigue considerando a los “Jueces con destino en el Tribunal Supremo” con los rasgos propios de una categoría en la Carrera judicial como la que hoy ostentan tal y como se infiere de los artículos 305.3, 328, 339.1, 342.2, 355 -que vuelve a los 20 años de antigüedad-, 381 y, en fin, el artículo 436, que evoca lo que denomina “*magistratura de ejercicio*”.

Podría parecer, a la luz de estos preceptos, que el anteproyecto no afecta al estatuto de los Magistrados del Tribunal Supremo pero esa impresión rápidamente se desvanece pues, al desaparecer la categoría en la Carrera judicial, en sucesivas reformas se podrá difuminar sin dificultad lo que queda del estatuto de Magistrado del Tribunal Supremo redundando en esa "carrera esencialmente plana" a que se refiere la Exposición de Motivos

Además, como ya se viene mantenido en este informe, el Tribunal Supremo tiene que ser reconocible por su organización, por sus potestades y por el estatuto de sus Magistrados que debe respetarse, si no reforzarse, en su configuración actual de magistratura de ejercicio.

Recapitulando, la Sala de Gobierno considera que las categorías judiciales constituyen un criterio válido de estructuración de la Carrera judicial, aportan racionalidad y responden mejor a la naturaleza de las cosas, constituyendo un factor de ilusión y de motivación para los Jueces, resultando positiva su existencia, que la misma Constitución asume (artículos 117.1 y 2, 118, 122.1 y 3 y 127.1, 70.1 a) y 159.2) como elemento vertebrador de la Carrera Judicial, por lo que no se considera conveniente su supresión.

9.6.- Provisión de plazas en los Tribunales

Alguna consideración merecen los artículos 359 y 360 en lo que se refiere a la provisión de plazas en la Sala 5ª de lo Militar. En el apartado 3º del artículo 359, más que decir que "podrán ponderarse" las experiencias jurisdiccionales con mayor proximidad o afinidad a la materia que es objeto de conocimiento en dicha Sala, debería apuntarse que *se ponderarán* de forma destacada esas experiencias jurisdiccionales.

En el mismo sentido, cuando se dice que en las vacantes reservadas a miembros del Cuerpo Jurídico Militar "podrá darse" una especial prevalencia a las trayectorias profesionales más directamente relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción militar, debería decirse que *se darán una especial prevalencia* a esas trayectorias. Siendo esto así, resulta lógico e incluso necesario dar una especial valoración a las trayectorias profesionales relacionadas con el ejercicio de la jurisdicción, frente a las que no han tenido contacto con ella.

No obstante, sería conveniente añadir a la experiencia jurisdiccional militar la adquirida en el ejercicio de funciones propias de la Fiscalía Militar, como mérito para ser nombrado Magistrado de la Sala 5ª del Tribunal Supremo, procedente del Cuerpo Jurídico Militar.

Por lo que se refiere al artículo 360 no puede olvidarse que la Sala Quinta, de lo Militar, del Tribunal Supremo no es un órgano jurisdiccional inserto en la Jurisdicción Militar, por mucho que su ámbito de competencia esté evidentemente relacionado con ella.

Es, como se admite pacíficamente, un órgano judicial de la jurisdicción ordinaria que tiene por cometido el enjuiciamiento (en instancia única o en casación) de litigios que versan sobre materia penal y administrativo-disciplinaria en aplicación de las leyes penales y disciplinarias militares.

La peculiaridad de esta Sala, por lo que respecta a la cobertura de sus plazas, reside en que, en su configuración vigente, se compone por ocho miembros, de los que cuatro han de proceder de la Carrera Judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar. Pues bien, respecto de estos últimos, el artículo 360 del anteproyecto mantiene un atípico procedimiento de nombramiento que consiste en que el Ministerio de Defensa eleva al

Consejo General del Poder Judicial una terna de candidatos a la vacante para que realice su elección.

Evidentemente, semejante sistema de elección a través de la terna supone que el Ministro de Defensa no puede, ciertamente, decidir quién va a ser nombrado Magistrado de la Sala Quinta, pero sí que puede decidir quién no va a ser nombrado, simplemente no incluyéndole en esa terna, esto es, la autoridad administrativa (cuya actuación controla la Sala Quinta a través del recurso contencioso-disciplinario, que es un recurso de naturaleza contencioso-administrativa) influye decisivamente en la determinación de los componentes de al menos la mitad de la Sala que la va a controlar, sin que exista vía procedimental alguna para que potenciales aspirantes a la plaza, no preseleccionados por el Ministerio, puedan presentar por sí mismos su candidatura

Frente a este sistema de nombramiento, sería más adecuado que las vacantes de Magistrado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo correspondientes al Cuerpo Jurídico Militar se publicaran, como todas las demás del Alto Tribunal, en el BOE, y a ellas pudieran concurrir todos los Oficiales Generales del referido Cuerpo, quienes presentarían sus solicitudes al Consejo General del Poder Judicial junto con una relación de méritos y cuantos documentos desearan acompañar para justificarlos; procediéndose desde ese momento como con cualquier otra vacante de Magistrado del Tribunal Supremo, si se quiere, previo informe sobre los candidatos del Ministerio de Defensa, que sería libremente valorado por el Consejo General del Poder Judicial.

En otro orden de consideraciones, a diferencia del artículo 335 de la vigente LOPJ/1985, el artículo 362 del anteproyecto exige para ser Presidente de la Audiencia Nacional la condición de Juez del Tribunal Supremo, más aún, de Juez del Tribunal Supremo con al menos tres años de servicio en el Alto Tribunal. Realmente, esta regla del artículo 362 no resulta coherente con la característica distintiva del cargo de Juez del Tribunal Supremo, que es la "Magistratura de ejercicio", que el anteproyecto respeta y mantiene. Por esa razón, debería perdurar la regla del vigente artículo 335 LOPJ/1985.

9.7.- Servicios especiales

Resulta rechazable la previsión del artículo 380 apartado f), en cuanto establece la declaración de servicios especiales de los Jueces, al asumir la dirección de los servicios jurídicos de los Ayuntamientos de Madrid y Barcelona, por cuanto supone el desempeño de una función de asesoramiento jurídico "de parte", en ocasiones frente a los ciudadanos que litiguen contra dichos Ayuntamientos. En consecuencia no tiene sentido que estén en servicios especiales y no en excedencia. Por lo demás, aún admitiendo dialécticamente la bondad de esta previsión no se comprende por qué se limita únicamente a Madrid y Barcelona y no se extiende asimismo a otras grandes ciudades de España. Por tanto, se propone la supresión de ese apartado al contener una regla difícilmente compatible con la imparcialidad objetiva inherente a la función judicial.

9.8.- Jubilación de los Jueces y Magistrados

En líneas anteriores, a propósito de defender el mantenimiento de los Magistrados eméritos,

ya nos hemos referido a una coyuntura favorable a prolongación de la edad laboral, dada la evidente mejora de las condiciones de salud y la mayor esperanza de vida, lo que justifica la elevación de la edad de jubilación a los 73 años.

Por tanto, en relación con el artículo 416 del anteproyecto, la Sala de Gobierno estima más adecuado contemplar una jubilación por edad a partir de los 70 años que, no obstante, y siempre que así se solicite, pueda prolongarse de forma voluntaria hasta los 73 años.

9.9.- Retribución y clases pasivas

El artículo 434 se refiere al "*Derecho a una retribución adecuada*" en los siguientes términos:

"1. El Estado garantiza la independencia económica de los Jueces mediante una retribución adecuada a la dignidad de la función jurisdiccional.

2. También garantiza un régimen de Seguridad Social que proteja a los Jueces y a sus familiares durante el servicio activo y la jubilación. "

El concepto "dignidad de la función jurisdiccional" ya se recoge en el artículo 402 de la LOPJ de 1985. Desde un punto de vista técnico se trata de un "concepto jurídico indeterminado" que, como tal, incorpora un mandato normativo que tiene un claro contenido delimitador, pues la dignidad de la función jurisdiccional, que el Estado se compromete a garantizar a través de unas retribuciones adecuadas, es la alta dignidad inherente al desempeño del Poder Judicial, lo que por fuerza tiene que desembocar en unas retribuciones coherentes con tan alta función y responsabilidad.

Por eso, debería reconsiderarse la dicción del artículo de forma que la adecuación de la retribución de los Jueces a la dignidad de su función quede mejor y más eficazmente salvaguardada mediante una redacción que vincule de forma aún más clara y contundente al legislador ordinario y a la Administración.

El riguroso régimen de incompatibilidades de los Jueces, especialísimo en relación con los restantes trabajadores del sector público, debería, en aras de esa independencia económica, prever también un régimen de clases pasivas que garantice esa independencia.

En este sentido, es oportuno recordar que los Principios Básicos de la Independencia Judicial, adoptados por la Asamblea General de la ONU en noviembre de 1985, en su apartado 11, imponen a los Estados garantizar a los Jueces y Magistrados pensiones adecuadas a la edad de jubilación.

En el seno del Consejo de Europa, la Carta Europea del Estatuto de los Jueces, elaborada en Estrasburgo el 8 de julio de 1998, entre otras cosas, establece en su punto 6.4: "... el estatuto garantiza que a los Jueces que han alcanzado la edad legal de jubilación, habiendo cumplido sus deberes judiciales por un período fijado, se les pague una pensión de jubilación cuya cuantía sea lo más cercana posible a la cuantía de su último salario como juez"

Como referencias comparadas, cabe significar que en Portugal la cuantía de la pensión de jubilación es equivalente a la retribución íntegra del último mes del servicio activo. Se ha de destacar, igualmente, que a los Jueces y Magistrados que se jubilan en Francia, en Italia y en Portugal, no se les aplica para el cálculo de su pensión de jubilación el tope máximo de pensiones. Por otra parte, en la mayoría de los Estatutos de los Jueces y Magistrados de los Estados integrantes de la Unión Europea se reconoce el derecho a percibir una indemnización por cese en la actividad judicial, por un importe que oscila del equivalente a una mensualidad del sueldo, o a la mitad o a la tercera parte, por cada año de servicio. Este derecho nace cualquiera que sea la causa del cese, con excepción de la separación del cargo como medida disciplinaria y con independencia del número de años de prestación de servicios en la Carrera. La indemnización por cese se abona aunque el Juez o Magistrado que cesa no tenga derecho a percibir ninguna prestación de la Seguridad Social.

Los artículos 435 y 436 relativos a las retribuciones de los Jueces y los Jueces del Tribunal Supremo merecerían también unas más desarrolladas previsiones a la vista de la experiencia histórica.

Para evitar equívocos, los componentes retributivos, singularmente la definición del componente retributivo fijo ligado a la antigüedad, deberían ser específicamente regulados, al menos en sus líneas maestras, en la propia LOPJ, y no remitidos en blanco a una futura Ley de Retribuciones.

Ligar una parte significativa de la retribución al rendimiento individual puede deformar y desvirtuar la sustancia misma de la función jurisdiccional, si ese rendimiento se anuda a factores puramente cuantitativos de número de resoluciones dictadas, pues si así se hace será difícilmente evitable que se produzca la consecuencia de que se prime la cantidad de resoluciones por encima de su calidad, lo que es particularmente grave desde el momento que no nos hallamos ante un trabajo en masa de línea de producción, sino ante la realización de la justicia en el seno del Poder Judicial del Estado.

El principio de eficacia de la función judicial, proyectado sobre el sistema retributivo, no puede gravitar mayoritariamente sobre meras apreciaciones estadísticas de ponderación del número de asuntos registrados y resueltos. Y si lo que se quiere es evitar o censurar la falta de diligencia en el trabajo o el rendimiento inferior a un estándar razonable, para eso está la actuación de la Inspección y en su caso, en los supuestos más patológicos, la aplicación del régimen disciplinario.

Por lo que se refiere al artículo 436 "Retribución de los Jueces del Supremo", este artículo reproduce el artículo 404 bis de la LOPJ de 1985, con la única variación de sustituir la locución "Magistrados" por la de "Jueces". Para evitar distorsiones y apartamientos del claro espíritu de la norma, debería sustituirse la un tanto ambigua expresión "en cuantía similar a las de los titulares de otros altos Órganos Constitucionales," por la expresión "en igual cuantía que las de los titulares de otros altos órganos constitucionales" o en su defecto establecer los márgenes máximos en más o en menos.

10. El Consejo General del Poder Judicial

El Libro IV del anteproyecto está dedicado a este órgano constitucional y, como señala en su Exposición de Motivos, presenta escasas novedades respecto de la regulación vigente, toda vez que la estructura y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial y la forma de elección de vocales fue ya establecida en la reciente LO 4/2013 de 28 de Junio que reformó la vigente LOPJ.

Esa reforma, partiendo del artículo 122.2 de la Constitución, que define al Consejo General del Poder Judicial como el órgano de gobierno de los Jueces, remitiendo en cuanto a su estatuto y régimen de incompatibilidades de sus miembros y a sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario, a la ley orgánica (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) se justificó en los siguientes términos: "Actualmente, el Consejo General del Poder Judicial demanda una reforma en profundidad de su estructura y funcionamiento que permita poner fin a los problemas que a lo largo de los años se han puesto de manifiesto, así como dotarlo de una estructura más eficiente."

Atendiendo a esa finalidad, se procedió -mediante la introducción de un nuevo Libro, el VIII, en la LOPJ- a referir el elenco de funciones que son consustanciales al Consejo General del Poder Judicial, sin apenas incorporar novedades respecto de la regulación de la LOPJ anterior, y a fijar una nueva forma de elección de los Vocales integrantes del Consejo General del Poder Judicial, así como dotar de una nueva configuración el reparto de funciones entre los distintos órganos clave del Consejo General del Poder Judicial (Pleno y Comisión Permanente), al tiempo que procedió a transformar la Comisión Disciplinaria.

Según el propio anteproyecto señala, las principales notas de esa reforma efectuada por la LO 4/2013 se podrían resumir en:

- a) *El mantenimiento de las atribuciones del Consejo General del Poder Judicial y la potestad reglamentaria en los términos que se prevén en la Ley.*
- b) *El diseño de un nuevo sistema de elección de los Vocales del Consejo General del Poder Judicial que pretende garantizar la máxima posibilidad de participación en el proceso de todos y cada uno de los miembros de la carrera judicial, estén o no asociados, y que atribuye al Congreso y al Senado, como representantes de la soberanía popular, la responsabilidad de la designación de dichos Vocales.*
- c) *El establecimiento de un mecanismo para la eliminación de situaciones de bloqueo en la constitución del Consejo General del Poder Judicial, y al mismo tiempo la previsión del ejercicio a tiempo parcial del cargo de Vocal, el reparto de competencias en la comisión Permanente y el Pleno, la creación de la figura del Vicepresidente del Tribunal Supremo, y una nueva regulación del Gabinete Técnico del Consejo y de la Comisión*

Disciplinaria.

d) La previsión del ejercicio a tiempo parcial del cargo de Vocal, con excepción de los que forman parte de la Comisión Permanente, de forma tal que ejerzan su cargo compaginándolo con la función jurisdiccional si son de origen judicial, o con su profesión si fueron elegidos por el turno de juristas de reconocida competencia.

e) El reparto de competencias entre los órganos del Consejo General del Poder Judicial, correspondiendo a la Comisión Permanente la gestión ordinaria del órgano y reservando al Pleno todas las decisiones auténticamente relevantes

f) La adopción de decisiones por mayoría simple, salvo que la Ley Orgánica específicamente exija otra cosa.

La regulación del Consejo General del Poder Judicial en el Libro IV del anteproyecto es, por consiguiente, casi una literal reproducción de la precedente inmediata efectuada por la LO 4/2013, que previsiblemente formaba ya parte de la proyectada nueva LOPJ, pero cuya entrada en vigor se anticipó con el fin de poder acometer la elección de nuevos vocales del Consejo cuyo mandato terminaba con arreglo a los nuevos criterios que el legislador tenía proyectados.

Procede enfatizar, de entrada, y en línea con lo que se expresó anteriormente a propósito de la independencia judicial, la necesidad de que el artículo 458 del anteproyecto proclame explícitamente la defensa de la independencia judicial como primera de las funciones del Consejo General del Poder Judicial que, atendiendo ya a algunos antecedentes, podría alcanzar también a los miembros de los Tribunales militares, en el sentido de admitir la posibilidad de que los mismos recaben el amparo del Consejo General del Poder Judicial.

Resultaría conveniente reducir algunas de las limitaciones que el artículo 458.1.16^a del anteproyecto contiene en relación con el ejercicio de la potestad reglamentaria del Consejo, como son las referencias al "*marco estricto*" que figura en el encabezamiento, o la que se contiene en el párrafo final del apartado, en el que, de forma terminante, se señala que "*en ningún caso, las disposiciones reglamentarias del Consejo General del Poder Judicial podrán afectar o regular directa o indirectamente los derechos y deberes de personas ajenas al mismo*"

Más específicamente, el anteproyecto presenta como excesivamente limitadas las potestades reglamentarias del Consejo respecto de las bases, estándares, programas y aplicaciones informáticas, si se relacionan las previsiones de su artículo 458. 1. 16^a l) (establecimiento de las bases y estándares de compatibilidad de los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia) con las del apartado 3 del artículo 458 ("*...a los efectos de lo previsto en la letra l) del apartado 1.16.^a de este artículo, el Consejo General del Poder Judicial someterá a la aprobación del Comité Técnico Estatal de la Administración judicial electrónica la definición y validación funcional de los programas y aplicaciones informáticos, estableciendo a nivel estatal los modelos de resoluciones,*

procedimientos e hitos clave de la gestión procesal. En todo caso, la implementación técnica de todas estas medidas en los programas y aplicaciones informáticas corresponderá al Ministerio de Justicia y demás Administraciones con competencias sobre los medios materiales al servicio de la Administración de Justicia.)

Para paliar las disfunciones que eventualmente pudieran incidir negativamente sobre el ejercicio de las funciones jurisdiccionales, habría que reconocer al Consejo competencias para verificar la compatibilidad entre los distintos sistemas informáticos en aras de asegurar su homogeneización en el plano procesal. En este sentido, la Sala de Gobierno muestra su preocupación, toda vez que el anteproyecto restringe las posibilidades del Consejo de controlar la coordinación y compatibilidad de los sistemas informáticos de las Comunidades Autónomas, razón que justificaría que la implementación de esos distintos sistemas por parte de las Comunidades Autónomas se realizase de acuerdo con los criterios de homologación y de homogenización establecidos previamente por el Consejo General del Poder Judicial

En lo relativo a la potestad de informe (artículo 459 del anteproyecto), sobre los *anteproyectos de ley y disposiciones generales*, debería arbitrarse el procedimiento para que se ejerza también sobre las *proposiciones de ley*.

En cuanto a la composición de la Comisión Permanente (artículo 494 del anteproyecto) es importante clarificar si cabe contemplar el derecho a integrarse en la misma de todos los vocales a lo largo de los cinco años de mandato, sin limitación de los que integran la Comisión Disciplinaria.

Asimismo, en línea con la necesidad de clarificar ciertos aspectos, destaca la previsión del artículo 523 que, respecto de los acuerdos de los órganos colegiados del Consejo General del Poder Judicial establece que serán adoptados por *mayoría simple* de los miembros presentes, salvo cuando esta Ley disponga otra cosa. Específicamente, resultaría conveniente una mayor precisión del concepto "*mayoría simple*" de los miembros presentes.

A propósito del régimen jurídico de los actos del Consejo General del Poder Judicial, ninguna previsión se contempla respecto del efecto que deben producir aquellas solicitudes o peticiones formuladas que no hubiesen sido resueltas por el Consejo dentro de los plazos establecidos al efecto. En otras palabras, se echa en falta una previsión en torno a los eventuales efectos del silencio administrativo en el régimen jurídico de sus actos.

El artículo 469 del anteproyecto contempla el eventual *cese anticipado de los vocales* por cualquier causa, estableciendo la necesidad de su sustitución, para la que se inicia un nuevo proceso de selección, poniéndolo el Presidente en conocimiento de la Cámara correspondiente (aquella que eligió al cesado) para que proceda a la propuesta de nuevo vocal, cuyo mandato sólo se extenderá por el tiempo que restase al que cesó. Evidentemente la remisión al artículo 460.4 del anteproyecto es errónea, pues dicho precepto, referido además a las relaciones internacionales, no tiene apartado cuarto. Es patente que la remisión correcta debe ser al artículo 465.4, que regula el nombramiento de suplentes.

En el capítulo referido al *procedimiento de designación de vocales de origen judicial*, se regula la proclamación de candidaturas y el recurso jurisdiccional a interponer contra el acuerdo que se dicte al respecto. Sin embargo, en cuanto al procedimiento a seguir en la impugnación jurisdiccional, el artículo 475 del anteproyecto presenta importantes carencias que, por la trascendencia de estos procesos, convendría subsanar.

En primer lugar, no está claro cuál deba ser el procedimiento a seguir dentro de las disposiciones de la LJCA, ni cómo se interpone la reclamación. El artículo 475 se refiere a que *en el mismo acto de interposición* se deberán presentar las alegaciones que se estimen pertinentes, acompañadas de los elementos de prueba oportunos, resultando factible interpretar que la impugnación se inicia mediante demanda directa.

Convendría igualmente determinar si es posible para eventuales terceros afectados por el recurso poder comparecer en el procedimiento, lo que bien podría entenderse como una exigencia de constitucionalidad. Esa comparecencia, evidentemente, sólo podría tener lugar previo conocimiento por ese tercero afectado de la interposición de recurso por otro candidato y, acaso, por una asociación, contra la candidatura del citado e impugnar el recurso interpuesto de contrario y practicar prueba de contradicción, pese a la brevedad de los plazos señalados en la norma.

A este respecto, la previsión del artículo 577 LOPJ, que corresponde al artículo 475 del anteproyecto presenta un importante déficit estructural que sería necesario subsanar, probablemente sin necesidad de demorar absolutamente el procedimiento, por medio de traslado telegráfico o telemático por un brevísimo plazo al candidato cuya proclamación se impugna y ampliando, en consecuencia, y en esa sola medida la resolución final. El precepto, en la fase de reclamación judicial parece considerar una única hipótesis, la de que un interesado impugne la proclamación de candidaturas al haber sido excluido de la misma; pero puede producirse una impugnación por otro u otros candidatos, que cuestionen la idoneidad de la proclamación. Y ello, eventualmente, previa impugnación ante la Junta Electoral a través de la reclamación regulada en el artículo 474.8 del anteproyecto, reclamación que, además, muy razonablemente podría ser considerada como requisito de procedibilidad de la impugnación contencioso-administrativa posterior y de necesaria formulación para poder acceder a la impugnación judicial ulterior.

A su vez, la impugnación de las candidaturas que autoriza el artículo último citado se refiere a las "candidaturas presentadas" lo que hace suponer que esa impugnación procedería de otros candidatos, a menos que se admita una legitimación más amplia. No se regula la reclamación del candidato cuya "presentación" (i.e., admisión previa como presentado y, además, habiendo cumplido los requisitos exigibles y la consiguiente publicación a que esa presentación tempestiva y regular da derecho) se haya denegado por no reunir "los requisitos legalmente exigidos" (artículo 474.7 anteproyecto).

Otro aspecto de posible clarificación es si la reclamación electoral ha de ser conocida por la Sala de Vacaciones o bien ha de conocer la Sala Tercera por medio de la Sección a la que esté atribuida la materia, sin perjuicio de poder entender que la competencia del órgano dependa del tiempo o momento en que se presente la reclamación.

En lo concerniente a la impugnación de los actos del Consejo, el artículo 531.2 después de poner de manifiesto que los acuerdos del Pleno y de la Comisión Permanente pondrán fin a la vía administrativa y serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo establece la previsión relativa a que *"el conocimiento de estos asuntos corresponderá a una Sección integrada por el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que la presidirá, y por los demás Presidentes de Sección de dicha Sala"*.

No nos encontramos aquí ante una novedad específica del anteproyecto, por cuanto se viene a reproducir cuanto ya establece la Ley Orgánica de 2013. Sin embargo, es momento de recordar, a la vista de la experiencia acumulada desde su entrada en vigor, que dicha previsión ha generado disfunciones que se han traducido en retrasos en la admisión general de recursos y en una sobrecarga de trabajo de los Presidentes de Sección de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y de su Sección Primera por lo que se recomienda aplicar la regla general y someter el enjuiciamiento de estos actos y disposiciones a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo.

Finalmente, el artículo 534 del anteproyecto atribuye a la Abogacía del Estado la defensa en juicio de los actos del Consejo General del Poder Judicial, si bien cabría dejar abierta la posibilidad de que el propio Consejo designara a uno de sus letrados para asumir dicha defensa.

11.- El cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia y restantes cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia

La Exposición de Motivos del anteproyecto identifica como la novedad más destacada del Libro VI el cambio de denominación de los actuales "Secretarios Judiciales" que pasan a denominarse "Letrados de la Administración de Justicia", dándose con ello -se dice-, satisfacción a una reclamación reiterada, y que tiene por objeto "adecuarse de forma más precisa a las funciones que actualmente realiza este Cuerpo Superior Jurídico, en relación con la fe pública judicial y el impulso, ordenación y dirección del proceso, funciones que fueron reforzadas con la reforma del año 2003." (LO 19/2003, de 23 de diciembre).

A juicio de la Sala de Gobierno esa nueva denominación carece de fundamento, siendo, además, inapropiada.

En primer lugar, porque los funcionarios que formarían ese Cuerpo, conocidos hoy con la tradicional denominación de "Secretarios Judiciales", no tienen entre sus funciones primordiales una que consista -como es propio de los Letrados- en el estudio y elaboración de informes destinados a servir de apoyo a la decisión que luego haya de adoptar el titular del órgano judicial. La denominación no se corresponde así con las funciones que les son propias.

En segundo lugar, porque no permite ni tan siquiera percibir o entrever cuáles son las

funciones primordiales y más características que tienen encomendadas, referidas, en esencia, a las de "fe pública procesal", "dirección de la tramitación del proceso" y "dirección y organización de la oficina judicial".

Por ello, si se considera que aquella tradicional denominación no es hoy la más adecuada, su sustitución debería hacerse por medio de otra distinta, más apropiada.

Sin perjuicio de lo dicho, no deja de haber en el Libro V, en punto a la denominación que propone, un cierto grado de incongruencia, pues su Título III, dedicado a la "ordenación jerárquica del Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia", sigue aludiendo a los "Secretarios de Gobierno" y a los "Secretarios Coordinadores Provinciales", manteniendo así la denominación tradicional de Secretarios para ellos y no para el resto de los funcionarios, pese a que todos lo son de un mismo Cuerpo, como se desprende del colectivo al que han de pertenecer aquellos para ser nombrados (artículos 561.1 y 563.2).

Con todo, las objeciones más serias que debe hacer esta Sala de Gobierno -y que ya se anticiparon en el epígrafe correspondiente a la garantía de la independencia judicial- vienen suscitadas por el artículo 536 y por otros preceptos conexos. Objeciones que, dicho ahora en síntesis, nacen al percibir en el anteproyecto algunas dudas de carácter constitucional en lo que hace a los límites que han de fijarse a las posibilidades de intervención o injerencia del Poder Ejecutivo en funciones, las de aquel Cuerpo que, de modo muy cualificado, se integran en las definitorias de la actividad jurisdiccional, con desconocimiento, si no se hace así, de los elementales principios de independencia judicial y separación de poderes.

Específicamente, resulta en este sentido trascendente el apartado 3 de ese artículo 536.

Ahí, la sujeción al "principio de jerarquía" y de "unidad de actuación", se proclama para el ejercicio, en principio, de todas las funciones encomendadas a los integrantes de ese Cuerpo, con la sola excepción de la consistente en la dación de fe pública. Tan es así, que al regular ésta se emplea en el inciso final del párrafo segundo una redacción que sugiere que en todas las restantes funciones los ahora Letrados de la Administración de Justicia no gozarán de independencia de criterio respecto a sus superiores. Y se dice, en esa misma línea, intensificando esas dudas de inconstitucionalidad, que "en el ámbito procesal", los órganos de gobierno establecidos en el artículo 560 podrán promover o "adoptar", en el marco de sus respectivas competencias, criterios generales que permitan homogeneizar las actuaciones y "resoluciones" dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia.

Semejante redacción debería descansar en una previa y clara distinción de los dos grandes grupos de funciones atribuidas a los integrantes de ese Cuerpo:

Las que cabe denominar "*intra proceso*", caracterizadas por su ejercicio para el desenvolvimiento del proceso, en las que los principios de actuación no han de ser otros que los de legalidad e imparcialidad; y en las que debe preverse la admisión, sólo, de eventuales instrucciones -siempre y sólo justificadas por lo que pueda requerir el pleno disfrute del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- del titular del órgano judicial. Ahí, la independencia que la Constitución proclama respecto de la función jurisdiccional, repele de raíz toda intromisión de poderes u órganos ajenos. Y, ahí, debe admitirse que

quien ha de dispensar en el proceso tutela judicial efectiva, pueda acordar, motivadamente, lo preciso para el pleno disfrute de este derecho.

Y las "*extra proceso*", caracterizadas por ser ajenas al desenvolvimiento citado, o meramente instrumentales para él, como serían, sólo, las de organización de la oficina judicial; organización, gestión, inspección y dirección de su personal; registro de recepción de documentos; llevanza de libros; depósito de bienes, objetos y piezas de convicción, y cantidades, valores, consignaciones y fianzas; gestión de tributos; custodia de las actuaciones judiciales; información sobre el estado de éstas; soporte en que hayan de quedar documentadas; estadística; y otras funcionalmente análogas, en las que, y sólo en ellas, cabría pregonar la sujeción a los principios de jerarquía y unidad de actuación, admitiendo, ahí sólo, instrucciones generales y particulares dirigidas a homogeneizar, tan sólo, esas actuaciones, sin alcanzar a las resoluciones que hayan de dictar los ahora denominados Letrados de la Administración de Justicia.

En definitiva, una recta interpretación de los mandatos constitucionales exigiría una nueva redacción del citado artículo 536 del anteproyecto encaminada a:

- 1) Que en el párrafo primero del apartado 3 quedara claro que la sujeción a los principios de jerarquía y unidad de actuación, así como la posibilidad de recibir instrucciones generales y particulares de los superiores jerárquicos, son sólo predicables respecto del ejercicio de funciones extra proceso u organizativas, sin poder extenderse a las de naturaleza procesal.
- 2) Que en su párrafo segundo se suprima todo su inciso final, pues da lugar a una interpretación según la cual estos Letrados sólo gozarían "de independencia de criterio respecto a sus superiores" en el desempeño de la función de fe pública, siendo así que también deben gozar de ella al llevar a cabo funciones de naturaleza procesal.
- 3) Que en el tercero desaparezcan las expresiones "en el ámbito procesal" y "resoluciones", pues ni en ese ámbito ni para éstas es admisible la intervención de los órganos de gobierno.
- 4) Que, por la remisión que ese mismo párrafo tercero hace al artículo 560 del anteproyecto, desaparezca de éste la letra a) de su número 2, que introduce como "órgano de gobierno" al "Secretario General de la Administración de justicia", pues la separación de poderes, exige excluirlo como tal, o, al menos, que su inclusión quede ceñida, sólo, al ejercicio por los titulares de aquel Cuerpo de Letrados de funciones que sean sólo expresión de las competencias atribuidas por la Ley -y sólo por ella-, al Ministerio de Justicia. En todo lo demás, éste no debe tener intervención alguna en el gobierno de dicho Cuerpo. Por las mismas razones, en el inicio del núm. 1 de aquel artículo 560 debe desaparecer la expresión "superior dependencia", sustituyéndola, de ser necesaria, por la de "superior dirección".
- 5) Que de algún modo, recoja ese apartado 3 que el titular del órgano judicial está facultado para dar instrucciones al Letrado (y a los demás funcionarios de la Oficina

Judicial) siempre que (a) se justifiquen por o para la mejor efectividad del derecho a la tutela judicial, (b) no invadan competencias de resolución atribuidas por la Ley a tales Letrados, y (c) no se inmiscuyan en funciones de organización que no incidan en esa mejor efectividad.

En el artículo 541, referido a la "Dirección de la Oficina Judicial", debería preverse, con las limitaciones ya dichas, la posible intervención del Juez o Presidente, para no desvincular la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado de la organización y funcionamiento de la oficina judicial. Y con más razón, desde el momento que el precepto prevé que los Letrados dirigirán en el aspecto técnico-procesal al personal integrante de la oficina judicial.

En el artículo 553, "Situaciones administrativas", carece de justificación la excepción que prevé el inciso final de su número 2, pues no se entiende que los titulares de aquel Cuerpo, dada la posición cualificada que ocupan en el proceso y en el órgano judicial, puedan quedar dispensados de lo que se dispone en los artículos 53, 54 y 425 del anteproyecto. No, al menos, sin incluir los matices necesarios.

El artículo 561, "Atribuciones", suscita la cuestión de si corresponden al Secretario de Gobierno las funciones de Secretario de la Sala General del Tribunal correspondiente. Si es así, debería incluirse en el artículo 561.1. También en ese artículo, no parece acomodada a una recta interpretación constitucional la previsión, reflejada en el inicio de su número 3, de que el Ministerio de Justicia, "libremente", sin una previsión de sujeción a méritos y causas previamente establecidos, pueda nombrar y remover a los Secretarios de Gobierno. En esos términos, parece incompatible con los límites que deben regir las decisiones del poder ejecutivo que puedan incidir en el funcionamiento de un órgano judicial. Por la misma razón y en el mismo artículo, para la remoción deberá recabarse, al igual que prevé el precepto para el nombramiento, el informe de la Sala de Gobierno del Tribunal respectivo.

En el artículo 563, "Secretarios Coordinadores", la preferencia de estos para ocupar plaza que deba proveerse por concurso voluntario (número 4), se prevé con exceso, por su carácter ilimitado (cualquier plaza).

Igual previsión y con igual exceso se contempla para los Secretarios de Gobierno en el artículo 561.5. En todo caso, es deseable que los Secretarios del Tribunal Supremo hayan de cubrirse por el sistema de concurso de méritos.

En el artículo 565 (con extensión a los similares referidos a los restantes Cuerpos), el procedimiento oral que prevé para la corrección de las infracciones disciplinarias de carácter leve, debe rodearse de las necesarias garantías adicionales a la audiencia del supuesto infractor, que es la única que se establece. Debe quedar claro que se trata de un procedimiento aligerado de trámites pero no exento de las garantías esenciales constitucionalizadas; tales como la previa imputación de los hechos, verificación de los mismos, formulación de alegaciones e incluso proposición de pruebas cuya práctica sea compatible con la brevedad del procedimiento, y la asistencia letrada en los mismos términos de compatibilidad con el carácter sumario de las actuaciones disciplinarias.

Por lo que se refiere al libro VI "Restantes cuerpos de funcionarios al servicio de la administración de justicia y de otro personal" debe enfatizarse, de entrada y como regla general, que la provisión de todas las plazas de la plantilla orgánica del Tribunal Supremo, debería llevarse a cabo por el sistema de concurso de méritos y no por antigüedad como hasta ahora.

Finalmente, el artículo 591.2, "Promoción interna", establece una reserva, para su provisión por promoción interna, de un 30% de las plazas vacantes incluidas, para cada cuerpo, en la oferta de empleo público. De esta manera, en consecuencia, se reduce el porcentaje del 50% previsto en la actualidad, cuando el sistema de promoción interna es una de las pocas medidas, si no la única de la que el funcionario dispone para mejorar profesionalmente.

Madrid, a 3 de junio de 2014.-