

CASACIÓN Y ESTADO COMPUESTO: EL DERECHO SUSTANTIVO REVISABLE EN CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO FEDERAL ALEMÁN Y EN EL ESTADO AUTONÓMICO ESPAÑOL

MARIANO BACIGALUPO

SUMARIO: I. *La exclusión del Derecho sustantivo propio de los entes territoriales descentralizados como Derecho revisable en casación contencioso-administrativa en el Estado compuesto.*—1. *Consideraciones previas.*—2. *El paradigma de la casación contencioso-administrativa en el Estado federal alemán.*—A) *Organización, distribución de competencias y sistema de recursos en la Jurisdicción contencioso-administrativa de la RFA.*—B) *El Derecho federal como único Derecho revisable en casación ante el Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo.*—3. *La casación contencioso-administrativa en el Estado autonómico español.*—A) *La exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en casación ordinaria y en casación en interés de la Ley (arts. 93.4 y 102 b.2 LJCA).*—B) *Ventajas de una exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en casación en el marco de la regulación de los motivos de casación.*—C) *¿Recurso de casación para unificación de doctrina en materia de Derecho autonómico? Remisión.*—D) *Una cuestión a fortiori: ¿se excluye también el Derecho sustantivo propio de los entes locales como Derecho revisable en casación?*—II. *En particular, algunos problemas que plantea la exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en casación contencioso-administrativa en la vigente regulación española.*—1. *La aplicación del Derecho autonómico por los entes locales.*—A) *¿Casación respecto de sentencias recaídas en recursos impugnatorios de actos emanados de los entes locales por supuesta inadecuación al Derecho autonómico?*—B) *En particular, ¿casación al amparo del art. 93.3 LJCA respecto de sentencias recaídas en supuestos de impugnación indirecta de reglamentos locales por presunta inadecuación al Derecho autonómico?*—2. *¿Recurso de casación contra autos que pongan fin a la pieza separada de suspensión en relación con actos cuya impugnación en la pieza principal se funde en la infracción del Derecho autonómico (art. 94.1.b) LJCA)?*—3. *Posibilidades de reconducir infracciones del Derecho autonómico a una infracción del*

* Profesor Titular E.U. de Derecho Administrativo en la UNED.

Derecho estatal y sus límites: la experiencia de la casación alemana.—4. ¿Recurso de casación para unificación de doctrina en materia de Derecho autonómico?—III. Una cuestión de lege ferenda: ¿Es aconsejable y constitucionalmente viable crear una casación de Derecho autonómico en el propio nivel institucional de las CC.AA?

I. LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO PROPIO DE LOS ENTES TERRITORIALES DESCENTRALIZADOS COMO DERECHO REVISABLE EN CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN EL ESTADO COMPUESTO

1. *Consideraciones previas*

La cuestión acerca de cuál sea o deba ser el Derecho sustantivo revisable en una casación (contencioso-administrativa) de ámbito nacional se enmarca en el Estado compuesto (en el que, como es sabido, el poder público y, en particular, el poder legislativo se encuentra territorialmente distribuido entre el órgano legislativo del Estado central, nacional, federal, etc., y los respectivos órganos legislativos de los entes territoriales descentralizados de los que aquél se compone, a saber: Regiones, Comunidades Autónomas, Estados federados, etc.) en una problemática de un alcance a la vez más genérico y fundamental: la de cómo se proyecta o irradia el modelo constitucional de organización territorial del poder público sobre la organización, configuración y funcionamiento del poder judicial ¹.

Por lo que aquí importa, resulta justificado preguntarse si es compatible o no con la institución procesal de la casación —al menos cuando orgánicamente se la ubica (como de hecho sucede por regla general, aun cuando ello no es intrínsecamente necesario) en un Tribunal de ámbito nacional— atribuirle la función de garantizar la unidad y, por tanto, la igualdad en la interpretación y aplicación no sólo del Derecho sustantivo que, por emanar legítimamente del órgano legislativo del Estado (central, nacional, federal, etc.), rige de manera común en todo su ámbito territorial, sino también del Derecho sustantivo propio de cada uno de los entes territoriales descentralizados. Incluso de ser la respuesta positiva, habría probablemente que mantener la pregunta, aunque esta vez no ya en términos de compatibilidad/incompatibilidad (intrínseca), sino de mera funcionalidad.

¹ Al respecto cfr. recientemente J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Justicia y Estado Autonómico. Orden competencial y Administración de Justicia en el Estado compuesto de la Constitución Española de 1978*, Civitas, Madrid, 1995.

No se puede negar, en efecto, que al menos a primera vista parece lo más adecuado desde un punto de vista funcional circunscribir la casación (ordinaria) de ámbito nacional, federal, etc., a aquel Derecho sustantivo que, por emanar del órgano legislativo del Estado (central, nacional, federal, etc.), rige de manera común en todo su ámbito territorial.

Nada obsta en principio, sin embargo, a concebir la posibilidad de una *casación de Derecho infraestatal* (es decir, referida al Derecho sustantivo propio de los entes territoriales descentralizados) ubicada en aquel Tribunal que culmine la organización judicial en el ámbito territorial del ente territorial descentralizado. Cuestión distinta es que el Derecho positivo, sobre todo el constitucional, haya optado expresamente por excluir esta posibilidad. Sobre esta cuestión volveremos también más adelante ².

2. *El paradigma de la casación contencioso-administrativa en el Estado federal alemán*

A) **Organización, distribución de competencias y sistema de recursos en la Jurisdicción contencioso-administrativa de la República Federal de Alemania**

a') *Organización judicial: Tribunales federales y Tribunales estatales*

A diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional, donde los Juzgados y Tribunales y los Jueces y Magistrados que los integran pertenecen a un poder judicial único (arts. 117.1 y 5, así como 122.1 de la Constitución), es decir, no distribuido *territorialmente*, en la República Federal de Alemania, y al igual que sucede en la mayoría de los Estados federales *stricto sensu* (por ejemplo, en los Estados Unidos), también el poder judicial está distribuido entre el Estado federal y los Estados federados, existiendo, por tanto, Juzgados y Tribunales estatales y Juzgados y Tribunales federales, sin perjuicio, naturalmente, de que la delimitación y articulación funcional y competencial entre unos y otros pueda variar. Así, por ejemplo, y por lo que al orden contencioso-administrativo se refiere, cabe imaginar, de un lado, un modelo de separación en el que tanto el poder judicial federal como los poderes judiciales estatales son poderes judiciales *cerrados y completos* (por ejemplo, con instancias y casación y, correlativamente, Tribunales

² Vid. *infra* III.

inferiores y superiores propios e independientes) y en el que la competencia depende del origen o procedencia del acto enjuiciado, por una parte, y del Derecho aplicable, por otra. De otro lado, sin embargo, cabe imaginar también un modelo de cooperación o incluso integración en el que, por ejemplo, los Juzgados y Tribunales inferiores o de instancia integran los poderes judiciales estatales (al estar ubicados en el ámbito territorial de los respectivos Estados federados) y un Tribunal superior de casación, de ámbito federal, el poder judicial federal.

Precisamente esto último es lo que sucede, básicamente, en el Estado federal alemán en cuanto paradigma de Estado federal europeo occidental³. Allí la potestad jurisdiccional es ejercida por el Tribunal Constitucional Federal, los Tribunales federales previstos en la Ley Fundamental de Bonn (LFB) y por los Juzgados y Tribunales de los *Länder* (art. 92 LFB). Los Tribunales federales previstos por la LFB son, en primer lugar (art. 95), los Tribunales (supremos) que culminan la organización judicial en el ámbito de los respectivos órdenes jurisdiccionales. Se trata del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) en el ámbito del orden jurisdiccional ordinario (civil y penal, *ordentliche Gerichtsbarkeit*), del Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) en el ámbito del orden contencioso-administrativo general (*allgemeine Verwaltungsgerichtsbarkeit*), del Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Tributario (*Bundesfinanzhof*) en el ámbito del orden contencioso-tributario (*Finanzgerichtsbarkeit*), del Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Social (*Bundessozialgericht*) en el ámbito del orden contencioso-social (*Sozialgerichtsbarkeit*), y del Tribunal Supremo Federal de lo Laboral (*Bundesarbeitsgericht*) en el ámbito del orden laboral (*Arbeitsgerichtsbarkeit*). Por cierto que, como se deduce de lo recién expuesto, los órdenes jurisdiccionales no están en Alemania orgánicamente concentrados en Tribunales generales de Justicia (superiores e inferiores) con una Sala diferente, respectivamente, para cada orden jurisdiccional, sino que lo están en Tribunales orgánicamente desconcentrados.

Al margen de los Tribunales que culminan la organización judicial de los respectivos órdenes jurisdiccionales, el artículo 96 LFB prevé la posibilidad de crear otros Tribunales federales, aunque esta vez inferiores. Se trata del Tribunal Federal de Patentes (*Bundespatentgericht*, arts. 96.1 LFB y 65.1 de la Ley Federal de Patentes [*Bundespatentgesetz*], de 16 de diciembre de 1980), y de los Tribunales Federales Militares en materia penal (*Bundeswehrstrafgerichte*, art. 96.2 LFB), que, sin embargo, no han sido creados. En el ámbito de estos dos órdenes jurisdiccionales culmina la organización judicial el Tribunal Supremo Federal que la culmine, a su vez, en el ámbito del orden jurisdiccional ordinario (civil y penal).

³ Cfr. en detalle S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La Jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, Cívitas, 1993, págs. 63 y ss.

Todos los demás órganos judiciales, es decir, los Juzgados y Tribunales inferiores, pertenecen al poder judicial del Estado federado en el que se encuentran ubicados.

Por lo que se refiere ya al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, son éstos los siguientes Tribunales: los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (de primera instancia, *Verwaltungsgerichte*) y los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo (*Oberverwaltungsgerichte*), uno por cada *Land* o Estado federado (art. 2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Verwaltungsgerichtsordnung*, *VwGO*).

b') Distribución de competencias y sistema de recursos

Una vez vistas las bases de la organización judicial y, en particular, de la organización de la jurisdicción contencioso-administrativa en el Estado federal alemán, procede ahora trazar, siquiera brevemente, el sistema de delimitación y articulación funcional y competencial entre los Juzgados y Tribunales que la integran. Para ello es imprescindible, además de completamente oportuno a los efectos del tema que aquí nos ocupa, describir el sistema de recursos en el proceso contencioso-administrativo alemán.

De conformidad con el artículo 45 *VwGO*, los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (*Verwaltungsgerichte*) conocen en primera instancia de aquellos «litigios jurídico-públicos de naturaleza no constitucional» (*öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art*) –según reza la cláusula general de acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa, recogida en el artículo 40 *VwGO*– cuyo enjuiciamiento en primera instancia no esté expresamente atribuido por la Ley a otros Tribunales contencioso-administrativos. Se trata, por tanto, de una competencia en primera instancia de carácter residual, similar a la de nuestros (aún no creados) Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (art. 91 *LOPJ*).

Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo (*Oberverwaltungsgerichte*), que culminan la organización judicial en el orden contencioso-administrativo en el ámbito territorial de los *Länder*, funcionan como Tribunales de primera instancia, así como preferentemente de apelación (segunda instancia) y casación.

En primera y única instancia los Tribunales Superiores conocen, en primer lugar, de impugnaciones directas de normas estatales (o de los *Länder*) de rango infralegal, así como de impugnaciones directas de planes urbanísticos (art. 47.1 *VwGO*). Asimismo, conocen en primera instancia de recursos impugnatorios de actos administrativos dictados en materia de energía nuclear, redes

eléctricas, tratamiento de residuos y, finalmente, de planeamiento de aeropuertos, vías férreas y fluviales, así como autovías federales (art. 48.1 VwGO). También conocen estos Tribunales en primera instancia de actos administrativos dictados en aplicación de la Ley de Asociaciones (art. 48.2 VwGO).

Como Tribunales de apelación o segunda instancia los Tribunales Superiores conocen de los recursos de apelación interpuestos contra sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (art. 46.1 VwGO).

Como Tribunales jerárquicamente superiores a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo los Tribunales Superiores conocen, asimismo, de los recursos de queja interpuestos contra cualesquiera otras decisiones (en particular, Autos) dictados por aquéllos (art. 46.2 VwGO).

Y como Tribunales de casación (de Derecho estatal) los Tribunales Superiores conocen de los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas en primera y única instancia por los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo (art. 46.3 VwGO), siempre que la legislación estatal (o de los *Länder*) haya excluido sectorialmente el recurso de apelación (art. 131 VwGO) y lo haya sustituido por uno de casación (art. 145 VwGO).

Por último, el Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht, BVerwG*), que es el órgano jurisdiccional superior en el orden contencioso-administrativo con jurisdicción en toda la Federación, funciona preferentemente como Tribunal de casación (de Derecho federal), así como excepcionalmente de primera y única instancia.

En primera y única instancia el Tribunal Supremo Federal conoce de aquellos litigios jurídico-públicos de naturaleza no constitucional que se susciten entre la Federación y uno o varios Estados (*Länder*) o entre Estados (art. 50.1.1º VwGO), así como de recursos impugnatorios de determinados actos administrativos dictados por el Ministro Federal del Interior en aplicación de la Ley de Asociaciones (art. 50.1.2º VwGO), y, por fin, de recursos contencioso-administrativos relativos a actividades propias del Servicio Federal de Inteligencia (art. 50.1.4º VwGO).

Como Tribunal jerárquicamente superior a los Tribunales Superiores el Tribunal Supremo Federal conoce, asimismo, de los recursos de queja interpuestos contra determinados Autos dictados por aquéllos (art. 49.3 VwGO).

Y como Tribunal de casación (de Derecho federal) el Tribunal Supremo Federal conoce de los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas (en primera o segunda instancia) por los Tribunales Superiores (art. 49.1 VwGO), así como de los recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas en primera (y única) instancia por los Tribunales de lo Contencioso-

administrativo (art. 49.2 VwGO), cuando la legislación federal ha excluido sectorialmente el recurso de apelación (art. 135 VwGO), así como en los supuestos en los que el art. 134 VwGO permite, sin interposición previa del recurso de apelación ante el Tribunal Superior, interponer *per saltum* el recurso de casación ante el Tribunal Supremo Federal.

B) El Derecho federal como único Derecho revisable en casación ante el Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo

El artículo 137.1 VwGO enuncia los motivos en los que solamente podrá fundarse el recurso de casación interpuesto ante el Tribunal Supremo Federal. Estos motivos son dos: por un lado, la infracción del Derecho federal (*Verletzung von Bundesrecht*, art. 137.1.1º) y, por otro, la infracción de un precepto de una Ley estatal de Procedimiento Administrativo cuya redacción sea idéntica a la del correspondiente precepto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo (art. 137.1.2º). Consecuentemente, y salvo en el caso al que se refiere el recién mencionado núm. 2º del artículo 137.1 VwGO, queda excluida, en principio, como motivo de casación contencioso-administrativa en Alemania, la infracción del Derecho infrafederal.

Como se deduce, sobre todo, del segundo de los motivos de casación, que ciertamente no se refiere al Derecho federal, el Derecho sustantivo revisable en casación federal no se determina tanto en función de su procedencia orgánica (federal) cuanto en función de su ámbito espacial (federal) de vigencia⁴. Es decir, no se trata sólo de garantizar una aplicación e interpretación uniformes del Derecho emanado de órganos federales, sino más bien de garantizar la unidad e igualdad en la aplicación e interpretación de aquel Derecho que de manera común rija en todo el ámbito territorial de la Federación, haya emanado o no de alguno de sus órganos (aunque, por regla general, sea ciertamente en el primero de estos supuestos cuando aquello suceda)⁵. En este sentido, el Tribunal Supremo Federal alemán ha definido el Derecho federal, en cuanto único Derecho revisable en casación, como «aquel Derecho que con base en un título competencial unitario rige en todo el ámbito territorial de la Federación»⁶.

⁴ Cfr. BERTRAMS, «Das vor dem Bundesverwaltungsgericht revisible Recht», *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)*, 1992, págs. 97 y ss.

⁵ Cfr. P. KIRCHHOF, «Revisibles Verwaltungsrecht», en *Festschrift für Menger*, 1985, págs. 813 y ss., en particular 822.

⁶ Cfr. Auto de 12 de junio de 1970, publicado en *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE)*, vol. 35, págs. 277 y ss., concretamente 278.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán, el Derecho federal revisable en casación ante dicho Tribunal está integrado por las siguientes normas y reglas jurídicas ⁷:

— las normas y reglas jurídico-constitucionales contenidas en la Ley Fundamental de Bonn (LFB);

— las Leyes formales federales vigentes en todo el ámbito territorial de la Federación y dictadas con base en un título competencial de la misma, ya se trate de una competencia legislativa exclusiva, concurrente o de una competencia-marco;

— las normas federales de rango infralegal (*Rechtsverordnungen des Bundes*) vigentes en todo el ámbito territorial de la Federación y dictadas con base en una previa habilitación legal federal que determine suficientemente su alcance, contenido y objeto (art. 80.1 LFB);

— las normas estatales (o de los *Länder*) de rango infralegal dictadas con base en una habilitación legal federal (salvo que se trate de normas dictadas por entes autoadministrados no federales), cuando el recurso de casación se funde en que tales normas rebasan los límites de la habilitación federal;

— las reglas generales del Derecho internacional (*allgemeine Regeln des Völkerrechts*), en la medida en que el artículo 25 LFB las declara parte integrante del Derecho federal;

— los Tratados internacionales transformados en Derecho interno en virtud de su ratificación parlamentaria por Ley Federal (art. 59.2 LFB);

— las normas de Derecho comunitario europeo que rijan de manera inmediata en los Estados miembros, al tratarse de normas que, si bien no han emanado de órganos federales, rigen de manera común en todo el ámbito territorial de la Federación;

— las remisiones normativas estatales a una normación federal, siempre que éstas abarquen, respectivamente, a todo un ámbito material de regulación (es decir, que no se trate de meras remisiones estatales puntuales a determinados preceptos federales);

— los principios generales del Derecho, siempre que en el supuesto concreto completen la legislación federal; sin embargo, si se trate de principios positivizados en el Derecho federal (por ejemplo, y sobre todo, en la LFB),

⁷ Cfr. M. BERTRAMS, *op. cit.*

estos principios son revisables en casación ante el Tribunal Supremo Federal aunque en el caso concreto completen la legislación estatal.

Forman parte de estos principios generales, entre otros, los siguientes:

- el principio de interdicción de la arbitrariedad (*Willkürverbot*),
- el principio de proporcionalidad (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*),
- el principio de la buena fe (*Grundsatz von Treu und Glauben*),
- el principio de ponderación (*Abwägungsgebot*), sobre todo en el ámbito de la ordenación del territorio,
- el principio de restablecimiento de las situaciones jurídicas ilegalmente alteradas (*Grundsatz der Folgenbeseitigung*),
- el principio de la interpretación del ordenamiento jurídico (y, por tanto, también de los ordenamientos estatales) de manera conforme a la Constitución (federal), esto es, a la LFB;
- el principio de la interpretación de los ordenamientos estatales de manera conforme al ordenamiento federal, cuando, particularmente en ámbitos de competencias legislativas compartidas entre la Federación y los *Länder*, los ordenamientos estatales deban ajustarse al ordenamiento(-marco) federal;
- los principios y reglas de la interpretación de las normas jurídicas (incluso estatales) directamente vinculadas al principio (constitucional federal) del Estado de Derecho;
- por último, la interpretación de conceptos jurídicos nucleares del Derecho federal, aun cuando sean utilizados por el legislador estatal, tales como el concepto de «partido político».

Como ya se dijo, sólo es revisable en casación ante el Tribunal Supremo Federal, en principio, el Derecho federal y, excepcionalmente, aquellos preceptos de las Leyes estatales de Procedimiento Administrativo cuyo tenor literal sea idéntico al del correspondiente precepto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. Sin embargo, cabe también la posibilidad, obviamente, de que por Ley federal posterior se declare revisable en casación ante el Tribunal Supremo Federal otras normas estatales, además de aquellas otras, recién mencionadas, a las que alude el artículo 137.1.2º VwGO. Igualmente, el artículo 99 LFB prevé la posibilidad de que sea el propio legislador estatal el que ordene la revisabilidad en casación federal de normas de su propio ordenamiento. Veamos brevemente a continuación en qué casos una y otra cosa han sucedido:

— en primer lugar, el legislador federal ha estimado conveniente asegurar la unidad en la aplicación e interpretación del Derecho de la Función Pública, declarando revisable en casación ante el Tribunal Supremo Federal las normas estatales en dicha materia (art. 127.2º de la Ley Federal Marco de la Función Pública, *Beamtenrechtsrahmengesetz, BRRG*);

— y por lo que a la segunda de las posibilidades recién aludidas se refiere, hay que señalar que han sido sólo los *Länder* de Baviera, Berlín y Schleswig-Holstein los que por Ley estatal y al amparo del artículo 99 LFB han declarado revisables en casación ante el Tribunal Supremo Federal sus respectivas Leyes estatales de Procedimiento Administrativo en su integridad, es decir, no sólo aquellos preceptos cuyo tenor literal sea idéntico al de los correspondientes preceptos de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

3. *La casación contencioso-administrativa en el Estado autonómico español*

A) **La exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en casación ordinaria y en casación en interés de la ley (arts. 93.4 y 102 b.2 LJCA)**

a') *Sentido general*

La LOPJ señala, en su artículo 58.2º,3º y 4º, los recursos de casación de los que conoce la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, y lo hace distinguiendo diferentes supuestos (núms. 2º, 3º y 4º) en función, primero, del órgano jurisdiccional que haya dictado la sentencia de instancia contra la que tal recurso de casación se dirija (bien la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional [núm. 2º], bien la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia [núms. 3º y 4º]) y, segundo, de la procedencia orgánica del acto o disposición objeto de la misma (bien procedentes de órganos de la Administración del Estado [núm. 3º], bien procedentes de las Comunidades Autónomas [núm. 4º]).

Del aludido art. 58.2º,3º y 4º LOPJ se infiere, en primer lugar, que sólo cabe recurso de casación contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sala C.-A.) del Tribunal Supremo (TS) contra sentencias dictadas por la Sala C.-A. de la Audiencia Nacional (AN) y sentencias dictadas en única instancia por las respectivas Salas C.-A. de los Tribunales Superiores de Justicia (TSJ). Y, en segundo lugar, que cuando el objeto de una sentencia dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ sea un acto o disposición de

la correspondiente Comunidad Autónoma, sólo cabrá recurso de casación contencioso-administrativo si dicho recurso se funda en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquélla (art. 58.4º).

Los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA, incorporados a la Ley Jurisdiccional por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (LMURP), que introduce y regula el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo, desarrollan lo establecido en el artículo 58.4º LOPJ, precisando que las sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ en relación con actos y disposiciones de las CC.AA. sólo serán susceptibles de recurso de casación cuando el recurso se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas que sea relevante y determinante del fallo de la sentencia. A *sensu contrario*, se infiere que no cabe recurso de casación contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ en relación con actos y disposiciones de las CC.AA., cuando el recurso se funde esencial o básicamente en la infracción de normas emanadas de aquéllas, es decir, en la infracción del Derecho autonómico. Es en este sentido (negativo), precisamente, en el que la Ley (art. 102 b.2) formula la exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en casación ante la Sala C.-A. del TS cuando alude al recurso de casación en interés de la ley.

¿Cuál es el sentido de la exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en casación ante la Sala C.-A. del TS?

Pues sencillamente que sean las Salas C.-A. de los TSJ, en cuanto órganos jurisdiccionales que culminan la organización judicial en el ámbito territorial de las respectivas CC.AA. (art. 152.1 CE) –y no la Sala C.-A. del TS en cuanto órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes y con jurisdicción en todo el Estado (art. 123.1 CE)– las que tengan la última palabra respecto de la aplicación e interpretación de su respectivo ordenamiento propio⁸. Se trata, en definitiva, tal y como se indicó en las líneas introductorias al presente trabajo, de excluir en el Estado compuesto el Derecho sustantivo propio de los entes territoriales descentralizados de una casación de ámbito nacional, federal, etc. (es decir, ejercida por un tribunal superior con jurisdicción en todo el Estado nacional, central o federal), de tal forma que sea sólo el Derecho sustantivo que de manera común rija en todo su ámbito territorial el que sea revisable en dicho marco.

⁸ Cfr., por todos, L. MARTÍN REBOLLO, «Los recursos de casación y revisión en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley 30/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», en *Cívitas. Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 76, octubre-diciembre 1992, págs. 533 y ss., en particular 543, nota 11, donde habla de la intención de convertir a los Tribunales Superiores de Justicia en «Tribunales Superiores del Derecho autonómico».

En términos parecidos se ha pronunciado también, por cierto, la propia Sala C.-A. del TS⁹, al afirmar que:

«las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no son nunca susceptibles de recurso de casación ordinario (...) en lo atinente a la *aplicación e interpretación de los ordenamientos jurídicos autonómicos, que está reservada a dichas Salas y no a este Tribunal Supremo*»¹⁰.

b') *Requisitos*

Actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas

En primer lugar, y atendiendo de momento exclusivamente al tenor literal de los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA, sólo no cabe recurso de casación fundado esencial o básicamente en la infracción de normas emanadas de los órganos de las CC.AA. cuando la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ, tuvo por objeto un *acto o disposición de la Comunidad Autónoma*.

Por tanto, surge inmediatamente la duda, a la que nos referiremos más adelante con detenimiento, de si debe inferirse a *sensu contrario* de los mencionados preceptos que sí cabe recurso de casación fundado en la infracción del Derecho autonómico cuando la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ, no tuvo por objeto un acto o disposición de la Comunidad Autónoma, sino, por ejemplo, un acto o disposición emanados en aplicación del Derecho autonómico de un ente local de dicha Comunidad¹¹.

Contra la hipótesis implícita en la cuestión formulada cabría alegar, ciertamente, que en tales supuestos la Sala C.-A. del TSJ no conocería en única instancia (como, sin embargo, se exige para que sus sentencias sean susceptibles de recurso de casación), si en primera instancia lo hicieran los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como, por cierto, parece sugerirlo el sistema de delimitación y articulación competencial entre los Juzgados y Tribunales integrantes de la Jurisdicción contencioso-administrativa diseñado por la LOPJ en sus artículos 74.1.b), c) y 2, así como 91.

⁹ En Auto de 28 de octubre de 1992 (Sección 1.ª).

¹⁰ El subrayado es nuestro.

¹¹ Al respecto, cfr. J. A. XIOL RÍOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo sobre el nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», en *Estudios de Jurisprudencia. Revista COLEX*, núm. 7, septiembre-octubre 1993, págs. 27 y ss. en particular 45 y ss.

Sin embargo, es lo cierto que, mientras no se establezcan los Juzgados (unipersonales) de lo Contencioso-Administrativo, son las Salas C.-A. de los TSJ las que *en única instancia* conocen de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra actos y disposiciones emanados de los entes locales ¹². Por lo tanto, tales sentencias serían en la actualidad susceptibles de recurso de casación ¹³ e incluso lo serían, a tenor de la literalidad de los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA, si el recurso se fundara en la infracción de normas emanadas de los órganos de la respectiva Comunidad Autónoma, pues dichos preceptos de la Ley Jurisdiccional sólo excluyen de la casación, cuando el recurso se funda en infracción del Derecho autonómico, sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ en relación con «actos y disposiciones de la Comunidad Autónoma» ¹⁴. Veremos más adelante si es ésta, verdaderamente, la única respuesta posible a la cuestión que aquí hemos suscitado.

Infracción del Derecho autonómico

Como acabamos de ver, no basta para excluir el recurso de casación contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ que el objeto de las mismas sea un acto o disposición de la respectiva Comunidad Autónoma. Por el contrario, es imprescindible para que dicho efecto se produzca que, *además*, el recurso de casación se funde en la infracción de normas emanadas de los órganos de aquélla, esto es, en una infracción del Derecho autonómico. En consecuencia, y a *sensu contrario*, sí cabe recurso de casación contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ en relación con actos o disposiciones de las CC.AA., si el recurso «se funda en la infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas», es decir, básicamente, en una infracción del Derecho estatal (o, en general, supraautonómico). Así lo establece expresamente el artículo 58.4º LOPJ y el artículo 93.4 LJCA para el recurso de casación en su modalidad común u ordinaria, así como, a *sensu contrario*, el artículo 102 b.2 LJCA para el recurso de casación en interés de la ley.

Juicio de relevancia cuando se alega la infracción del Derecho supraautonómico

Se ha dicho que sí cabe recurso de casación contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ en relación con actos o disposiciones

¹² Cfr., en este sentido, J. A. XIOL RIOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo...», *cit.*, págs. 47 y ss. Por otro lado, sostiene lo contrario, a los efectos de la casación, L. MARTÍN REBOLLO, «Los recursos de casación y revisión...», *cit.*, págs. 539 y ss., así como 541, nota 5.

¹³ Cfr. en este sentido, igualmente, F. C. SAINZ DE ROBLES, «El recurso de casación contencioso-administrativo», en *Estudios de Jurisprudencia. Revista COLEX*, núm. 3, nov.-dic. 1992, págs. 83 y ss., concretamente 85.

¹⁴ En este sentido, J. A. XIOL RIOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo...», *cit.*, págs. 45 y ss.

de las CC.AA., si el recurso se funda en la infracción de normas no emanadas de los órganos de aquéllas, es decir, nuevamente, en una infracción del Derecho supraautonómico y, en particular, del Derecho estatal o, por ejemplo también, del Derecho comunitario europeo.

Sin embargo, el artículo 93.4 LJCA precisa, para el recurso de casación en su modalidad común u ordinaria, que ello sólo es así si la infracción del Derecho supraautonómico que se alega «es relevante y determinante del fallo de la sentencia».

¿Qué es lo que pretende evitar esta precisión?

Pues sencillamente que se amplíe subrepticamente el ámbito de la casación, cuando lo que se discute básicamente es si el Derecho autonómico ha sido correctamente aplicado o no, a través de la alegación en el recurso de infracciones meramente *colaterales* del Derecho supraautonómico^{14bis}. Por lo tanto, es preciso realizar un *juicio de relevancia* –como el que debe llevarse a cabo cuando un tribunal ordinario plantea la cuestión de inconstitucionalidad en relación con un precepto legal aplicable al litigio del que conoce– cuando el recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ en relación con un acto o disposición de la respectiva Comunidad Autónoma se funda en infracción del Derecho supraautonómico¹⁵.

A pesar de que esta precisión o aclaración no se recoge con las mismas palabras en el artículo 102 b.2 LJCA en relación con el recurso de casación en interés de la ley, es igualmente aplicable a esta modalidad casacional. En ella el legislador no la ha omitido, sino que sencillamente ha optado por una dicción diversa, pero materialmente congruente con la recién analizada del artículo 93.4 LJCA, relativa a la casación ordinaria. Dice, en efecto, el artículo 102 b.2 LJCA que «se exceptúan las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia respecto a

^{14 bis} Vid. en este sentido la sentencia del Pleno de la Sala 3ª del TS de 24 de enero de 1996.

¹⁵ Cfr. al respecto J. A. XIOL RIOS, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal (III): la reforma del proceso contencioso-administrativo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1992, págs. 158 y ss.; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La nueva regulación del proceso administrativo*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, págs. 104 y ss.; L. MARTÍN REBOLLO, «Los recursos de casación y revisión...», *cit.*, pág. 543, nota 11; así como E. COCA VITA, «Comentario de urgencia a los aspectos contencioso-administrativos de la Ley 30/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal», en *Boletín del Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 4/1992, julio-agosto, págs. 43 y ss., en particular 44.

actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas, cuando se funden *básicamente* en normas emanadas de los órganos de aquéllas»¹⁶. Pues bien, el requisito excluyente en la casación en interés de la ley de que las sentencias se funden *básicamente* (y, por tanto, no sólo *colateralmente*) en normas autonómicas no difiere sustancialmente, a nuestro modo de ver, del que rige para la exclusión de la casación ordinaria cuando se exige que la infracción del Derecho supraautonómico en la que se funda el recurso sea «relevante y determinante del fallo de la sentencia».

b) Ventajas de una exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en casación en el marco de la regulación de los motivos de casación

Las referencias al primero de los requisitos para poder entender excluida la casación respecto de sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ en materia de Derecho autonómico (a saber: que se trate de sentencias dictadas en relación con un acto o disposición de la respectiva Comunidad Autónoma) pusieron ya de manifiesto una primera duda (la de si cabe entonces, a *sensu contrario*, el recurso de casación fundado en infracción del Derecho autonómico contra sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ en relación con actos o disposiciones emanados en aplicación del Derecho autonómico de un ente local de la respectiva Comunidad) que plantea la cuestión, más general, de si el legislador ha optado, al regular la exclusión de la casación del Derecho autonómico, por la solución más sólida y eficaz desde el punto de vista de la técnica legislativa.

Así, por ejemplo, no surgiría la duda recién aludida si el legislador español hubiera regulado la exclusión de la casación del Derecho autonómico, no como lo hizo, es decir, en el marco de la regulación de las *resoluciones recurribles* en casación, sino, por el contrario, y a semejanza de como lo hizo el legislador alemán en el ya mencionado artículo 137 de la Ley Jurisdiccional alemana¹⁷, en el marco de la regulación de los *motivos de casación*, esto es, declarando el Derecho estatal (o, en general, supraautonómico, incluido, por ejemplo, el comunitario europeo) como único Derecho revisable en casación, es decir, excluyendo la infracción del Derecho infraestatal como motivo de casación. En tal supuesto sería irrelevante si la sentencia recurrida que dictó la Sala C.-A. del TSJ se refiere o no a un acto o disposición de la respectiva Comunidad Autónoma, si, en todo caso, el recurso de casación se funda en infracción de normas emanadas de los órganos de aquélla, pues se trataría siempre de un motivo inadmisibles de casación.

¹⁶ El subrayado es nuestro.

¹⁷ *Vid. supra* I.2.b).

Por consiguiente, si fuera ese el objetivo pretendido por el legislador de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, parece que hubiera convenido lograrlo, más que por medio de la regulación de una excepción en las resoluciones recurribles, a través de una precisión (restrictiva) del primero de los motivos de casación regulados en el artículo 95.1.4º LJCA, aclarando que las «normas del ordenamiento jurídico» que han de alegarse infringidas sólo pueden ser aquellas que de manera común rijan en todo el ámbito territorial del Estado, esto es, normas del Derecho supraautonómico (insisto, sea estatal o, por ejemplo también, comunitario) ¹⁸. De este modo, quedaría excluida la infracción del Derecho autonómico (y, por cierto, también la del Derecho sustantivo propio de los entes locales) como motivo de casación, lográndose así de manera diáfana que sea sólo el Derecho sustantivo que de manera común rija en todo el ámbito territorial del Estado el que sea revisable en casación por la Sala C.-A. del TS.

c) ¿Recurso de casación para unificación de doctrina en materia de Derecho autonómico? Remisión

Otra de las cuestiones dudosas y, por eso mismo, polémicas que plantea la nueva regulación del recurso de casación contencioso-administrativo es aquella relativa a si de la omisión de una cláusula expresa de exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable en el ámbito de la regulación del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 102 a LJCA), análoga a la que el artículo 93.4 y 102 b.2 LJCA establecen respectivamente para el recurso de casación en su modalidad común u ordinaria y el recurso de casación en interés de la ley, es posible inferir a *sensu contrario* que sí cabe recurso de casación para unificación de doctrina en materia de Derecho autonómico ¹⁹. Sin perjuicio de dejar ya apuntada esta cuestión, parece oportuno abordarla en un contexto temático distinto y, por tanto, en un momento posterior de la presente exposición. Volveremos, pues, sobre ella más adelante ²⁰.

¹⁸ Básicamente así se preveía en el Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 30 de septiembre de 1995, dado a conocer con posterioridad a la elaboración del presente trabajo. Según el artículo 85.4 del mencionado Proyecto, «las sentencias que (...) hayan sido dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de disposiciones, actuaciones o actos de las Comunidades Autónomas, (...) sólo serán susceptibles de casación si el recurso pretende fundarse en el motivo 4.º del artículo 87.1, por infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido (...)» (el subrayado es nuestro).

¹⁹ Cfr. al respecto J. A. XIOL RIOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo...», *cit.*, págs. 41 y ss.

²⁰ *Vid. infra* II. 4.

d) Una cuestión a *fortiori*: ¿se excluye también el Derecho sustantivo propio de los entes locales como Derecho revisable en casación?

La exclusión de la casación contencioso-administrativa del Derecho autonómico, así como el referente comparativo de la casación federal alemana, donde en general se excluye, como hemos visto, toda infracción del Derecho infrafederal como motivo de casación, plantea inmediatamente la cuestión de si, acaso con mayor razón aún, se excluye también de la casación contencioso-administrativa española el Derecho sustantivo propio de los entes locales.

En la regulación del recurso de casación contencioso-administrativo se ha omitido, a diferencia de lo que sucede con el Derecho autonómico, cualquier referencia expresa al respecto.

Sin embargo, es cierto que si se partiera del sistema de delimitación y articulación competencial entre las Salas C.-A. de los TSJ y los Juzgados (unipersonales) de lo Contencioso-Administrativo que parece sugerir la LOPJ a la vista de sus artículos 74.1 b), c) y 2 y 91, podría llegarse a la conclusión de que, efectivamente, también se excluye de la casación contencioso-administrativa en España, si bien por una vía indirecta, el Derecho sustantivo propio de los entes locales.

¿Y cuál es la vía indirecta que, al menos sobre la base del sistema de delimitación y articulación competencial que parece sugerir la LOPJ, conduciría a la exclusión de la casación contencioso-administrativa del Derecho sustantivo de los entes locales?

Nuevamente es aquella que resulta de la regulación de las resoluciones recurribles en casación, al menos en su modalidad común u ordinaria y en casación en interés de la ley. Dado que, además de las sentencias de la Sala C.-A. de la AN, sólo son recurribles en casación las sentencias dictadas *en única instancia* por las Salas C.-A. de los TSJ (arts. 93.1, 102 b.1 LJCA), quedaría de antemano excluido de la casación el Derecho sustantivo de los entes locales, si las Salas C.-A. de los TSJ sólo pudieran conocer de los litigios suscitados en torno a sus disposiciones y actos que las aplican *en segunda instancia* (y no en primera y única), de conformidad con el artículo 74.2 LOPJ²¹. Sin embargo, ello implicaría, como es obvio, que la competencia para el enjuiciamiento de tales actos y disposiciones en primera instancia correspondiera a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, algo que, sin embargo, no ocurre, como es sabido, en la actualidad.

²¹ Así lo sostiene a los efectos de la casación, tal y como ya ha sido señalado en una nota anterior, L. MARTÍN REBOLLO, «Los recursos de casación y revisión...», *cit.*, pág. 541, nota 5.

Por consiguiente, las Salas C.-A. de los TSJ conocen hoy por hoy en única instancia de los litigios suscitados en torno a las disposiciones emanadas de los entes locales y actos de los mismos que las aplican²², por lo que, a falta de una cláusula expresa de exclusión del Derecho sustantivo de los entes locales, análoga a la que se prevé para la casación común u ordinaria y la casación en interés de la ley respecto del Derecho autonómico (arts. 93.4 y 102 b.2 LJCA), aquél sí es revisable en casación ante la Sala C.-A. del TS.

Ahora bien, resulta bastante incomprensible, a nuestro modo de ver, al menos desde el punto de vista de la *simetría* del sistema casacional, que si el Derecho autonómico (en cuanto Derecho infraestatal) no es revisable en casación (común u ordinaria y en casación en interés de la ley), sí lo sea el Derecho propio de los entes locales. Al fin y al cabo, tan razonable parece que sea el que sean los órganos jurisdiccionales que culminan la organización judicial en el ámbito territorial de las CC.AA. los que tengan la última palabra respecto de la aplicación e interpretación del Derecho autonómico como que sean también estos órganos jurisdiccionales los que tengan la última palabra respecto de la aplicación e interpretación del Derecho sustantivo propio de los entes locales situados en el ámbito territorial de sus respectivas CC.AA. Pues, insisto, de lo que se trata es de que, por principio, sólo sea revisable en una casación de ámbito nacional el Derecho que de manera común rija en todo el ámbito territorial del Estado. Por lo tanto, al hacer exclusiones, éstas deberían referirse, a nuestro entender, a todo el Derecho infraestatal, y no sólo a una parte de éste²³.

He aquí, en consecuencia, otra razón más que probablemente hubiera aconsejado excluir con carácter general la infracción del Derecho infraestatal como motivo de casación en el marco del primero de los motivos regulados en el artículo 95.1.4º LJCA, en vez de acometer la exclusión en el marco de la regulación de las resoluciones exceptuadas de la casación.

²² Cfr. en este sentido, nuevamente, J. A. XIOL RIOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo...», *cit.*, págs. 47 y ss., así como F. C. SAINZ DE ROBLES, «El recurso de casación...», *cit.*, pág. 85.

²³ En esta dirección apuntaba, por cierto, el Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 30 de septiembre de 1995, dado a conocer, como se dijo, una vez concluida la elaboración del presente trabajo. El artículo 85.4 de dicho Proyecto, ya citado parcialmente en una nota anterior, excluye, en principio, como Derecho revisable en casación contencioso-administrativa –además del Derecho autonómico– el Derecho sustantivo propio de los entes locales, así como el de los entes institucionales y corporativos. Concretamente, establece tal precepto que «las sentencias que (...) hayan sido dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, respecto de disposiciones, actuaciones o actos de las Comunidades Autónomas, de las Entidades locales, o de las Corporaciones e Instituciones públicas, sólo serán susceptibles de casación si el recurso pretente fundarse en el motivo 4.º del artículo 87.1, por infracción de normas de derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido (...)» (el subrayado es nuestro).

II. EN PARTICULAR, ALGUNOS PROBLEMAS QUE PLANTEA LA EXCLUSIÓN DEL DERECHO AUTONÓMICO COMO DERECHO REVISABLE EN CASACIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN LA VIGENTE REGULACIÓN ESPAÑOLA

1. *La aplicación del Derecho autonómico por los entes locales*

a) **¿Casación respecto de sentencias recaídas en recursos impugnatorios de actos emanados de los entes locales por supuesta inadecuación al Derecho autonómico?**

Al referirnos a los requisitos que, conforme a los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA, deben concurrir para poder considerar excluida la casación en materia de Derecho autonómico, tanto en su modalidad común u ordinaria como en la modalidad de casación en interés de la ley, quedó ya apuntada la duda, provocada por el tenor literal de tales preceptos, de si, no obstante, cabe entender que procede el recurso de casación fundado en infracción de Derecho autonómico cuando la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ, no tuvo por objeto un acto o disposición de la respectiva Comunidad Autónoma, sino, por el contrario, un acto o disposición emanados de un ente local de dicha Comunidad en aplicación del Derecho autonómico, supuestamente infringido.

Precisamente, fue esta duda la que nos llevó a considerar desafortunada la exclusión de la casación del Derecho autonómico en el marco de la regulación de las resoluciones insusceptibles de recurso de casación y a estimar que probablemente hubiese sido más eficaz, al menos desde un punto de vista técnico-legislativo, excluirlo con carácter general (esto es, con independencia de la procedencia orgánica del acto o disposición supuestamente infractores del Derecho autonómico) en el marco del primero de los motivos de casación regulados en el num. 4º del artículo 95.1 LJCA. Concretamente, se sugirió la posibilidad de formular restrictivamente dicho motivo de casación («infracción de las normas del ordenamiento jurídico»), en el sentido de que el recurso de casación sólo podrá fundarse en infracción de normas del ordenamiento jurídico que de manera común rijan en todo el ámbito territorial del Estado. De ese modo, se excluiría, como es claro, la infracción del Derecho autonómico como motivo de casación (y también, por cierto, la del Derecho sustantivo propio de los entes locales), y ello con independencia de la procedencia orgánica del acto o disposición impugnados.

Con todo, es cierto que el tenor literal de los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA provoca la conclusión, a *sensu contrario*, de que efectivamente sí

cabe recurso de casación fundado en infracción del Derecho autonómico cuando la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ, tuvo por objeto un acto o disposición emanados de un ente local de la respectiva Comunidad Autónoma en aplicación de su Derecho autonómico ²⁴.

Ciertamente, podría argüirse que la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ, también tiene por objeto una disposición de la respectiva Comunidad Autónoma cuando, en realidad, se la impugna indirectamente a través de la impugnación de un acto local aplicativo de la misma. Sin embargo, esta interpretación, además de resultar, a nuestro entender, bastante forzada, no serviría para fundamentar la exclusión de la casación, con base en los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA, cuando la infracción del Derecho autonómico alegada se refiere a una Ley autonómica, pues en tal caso no se podría hablar siquiera de que la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. del correspondiente TSJ, tuvo por objeto *indirecto* una «disposición» (es decir, una norma de rango infralegal) de la respectiva Comunidad Autónoma.

Por lo tanto, si, aun a pesar del tenor literal de los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA, desea llegarse a la conclusión de que tampoco cabe recurso de casación (común u ordinario o en interés de la ley) fundado en infracción del Derecho autonómico cuando la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ, no tuvo por objeto (directo) un acto o disposición de la respectiva Comunidad Autónoma, sino, por el contrario, un acto o disposición emanados de un ente local de dicha Comunidad en aplicación de su Derecho autonómico –como, por cierto, lo venía sosteniendo hasta el último momento el TS en el recurso de apelación– ²⁵ entonces no queda más salida, en el marco de las teorías generales de la interpretación jurídica, que propugnar lo que en la metodología jurídica se denomina una interpretación *teleológicamente extensiva* de la norma, en función de su sentido y finalidad objetivos, a saber: excluir como Derecho revisable en casación contencioso-administrativa el Derecho autonómico, con independencia de la procedencia orgánica del acto que lo aplique. Una interpretación tal perseguiría el fin, precisamente, de no circunscribir la excepción regulada en los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA a los supuestos en los que la sentencia recurrida tuvo por objeto un acto o disposición de la Comunidad Autónoma, sino de extenderla también a aquellos en los que la sentencia recurrida tuvo por objeto un acto o disposición emanados de un ente local en aplicación del Derecho autonómico.

²⁴ En este sentido, J. A. XIOL RIOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo...», *cit.*, pág. 45, así como *La reforma del proceso contencioso-administrativo*, *cit.*, pág. 158.

²⁵ Cfr., por ejemplo, STS de 4 de febrero de 1992.

b) En particular, ¿casación al amparo del artículo 93.3 LJCA respecto de sentencias recaídas en supuestos de impugnación indirecta de reglamentos locales por presunta inadecuación al Derecho autonómico?

La cuestión formulada en el título del presente apartado del trabajo constituye una variante de la cuestión general, recién abordada en el apartado anterior, de si cabe recurso de casación (común u ordinario o en interés de la ley) fundado en infracción del Derecho autonómico cuando la sentencia recurrida, dictada en única instancia por la Sala C.-A. de un TSJ, no tuvo por objeto un acto o disposición de la respectiva Comunidad Autónoma, sino un acto o disposición emanados de un ente local de dicha Comunidad en aplicación de su Derecho autonómico. Sólo que aquí se suma al desafortunado tenor literal del artículo 93.4 LJCA (en lo que a la casación en su modalidad común u ordinaria respecta) el tenor literal de otra norma más, la del artículo 93.3 LJCA, que podría también a primera vista reforzar la conclusión, obtenida ya a *sensu contrario* del art. 93.4 LJCA, de que efectivamente sí cabe en este supuesto recurso de casación.

En efecto, dice el artículo 93.3 que «las sentencias que se dicten en virtud del recurso interpuesto al amparo de los párrafos dos y cuatro del artículo 39 LJCA serán susceptibles, *en todo caso*, de recurso de casación»²⁶. La duda estriba, pues, en si el inciso «en todo caso», que a todas luces pretende («contra») exceptuar las excepciones enumeradas en el art. 93.2 LJCA, exceptúa también la excepción del art. 93.4 LJCA, y ello incluso cuando a ésta se la entendiase en sentido amplio, es decir, en el sentido de que también rige cuando la sentencia recurrida tuvo por objeto un acto o disposición emanados de un ente local en aplicación del Derecho autonómico.

A nuestro modo de ver, es posible sostener que, por su ubicación sistemática, el art. 93.3 LJCA sólo pretende exceptuar las excepciones del art. 93.2, que son las que lo preceden, pero no así la excepción que le sigue, que es la del art. 93.4 LJCA. En consecuencia, y de acuerdo con el punto de vista que aquí se sostiene, no cabe recurso de casación (en su modalidad común u ordinaria) en materia de Derecho autonómico, ni siquiera en supuestos de impugnación indirecta de reglamentos (sean autonómicos o locales).

2. ¿Recurso de casación contra autos que pongan fin a la pieza separada de suspensión en relación con actos cuya impugnación en la pieza principal se funde en la infracción del Derecho autonómico (art. 94.1.b) LJCA)?

Como es sabido, cabe recurso de casación, a tenor del artículo 94.1.b) LJCA, contra autos, dictados por las Salas C.-A. de los TSJ, que pongan fin a la pieza separada de suspensión.

²⁶ El subrayado es nuestro.

Sin embargo, se plantea la duda, si se parte de la idea de la *accesoriedad* existente entre la pieza principal y la incidental, de si puede caber recurso de casación contra autos que pongan fin a la pieza separada de suspensión en relación con actos cuya impugnación en la pieza principal se funde en infracción del Derecho autonómico²⁷. Pues en tal caso la sentencia de fondo dictada en única instancia por la Sala C.-A. del TSJ no sería susceptible de recurso de casación, de conformidad con el artículo 93.4 LJCA. ¿Puede entonces serlo el auto que ponga fin a la pieza separada de suspensión, máxime si el criterio material determinante del otorgamiento o no de la tutela cautelar es el del *fumus boni iuris*, que justamente implicaría un juicio prospectivo provisional de legalidad material (¡autonómica, en este caso!) del acto impugnado?

Aplicando rigurosamente el principio de accesoriedad entre la pieza principal y la incidental, dos Autos de la Sección 4ª de la Sala C.-A. del TS de 2 de febrero de 1993 han afirmado, precisamente, que no procede el recurso de casación contra la resolución recaída en la pieza separada de suspensión en un proceso cuya resolución (de fondo) no sea recurrible en casación a tenor del artículo 93.4 LJCA.

Por el contrario, un Auto de la Sección 6ª, de 17 de diciembre de 1992, ha declarado que, dada la imposibilidad de saber con certeza, antes de haber sido dictada la sentencia de fondo, si el recurso de casación se basa o no en Derecho autonómico, el auto que pone fin a la pieza separada de suspensión debe poder ser recurrido en casación al amparo del artículo 94.1.b) LJCA. Además, añade este Auto, que invoca también el principio constitucional de la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en una pieza incidental como la de suspensión lo que se discute primordialmente son normas procesales estatales, en particular la correcta aplicación del artículo 122 LJCA, por lo que carecería de sentido siquiera hablar de un *efecto irradiante* del artículo 93.4 sobre el art. 94.1.b) LJCA.

3. Posibilidades de reconducir infracciones del Derecho autonómico a una infracción del Derecho estatal y sus límites: la experiencia de la casación alemana

Hemos visto que el Derecho federal, que, en principio, es el único revisable en casación en Alemania, no sólo está integrado por las normas positivas federales de rango legal o reglamentario, sino también por el conjunto de normas constitucionales (federales), particularmente por los derechos fundamentales

²⁷ Cfr. al respecto J. A. XIOL RIOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo...», *cit.*, pág. 46 y ss.

de la Ley Fundamental de Bonn y los principios generales del Derecho que han quedado constitucionalizados en la misma, tales como, entre otros, la interdicción de la arbitrariedad, derivada del derecho fundamental a la igualdad (art. 3.1 LFB), o la proporcionalidad y la protección de la confianza legítima, derivados de la cláusula de Estado de Derecho (art. 20.3 LFB). Ello ha permitido, sin duda, como lo demuestra la experiencia de su casación, abrir la casación federal a amplios ámbitos en los que, al menos a primera vista, sólo parece estar en juego una infracción del Derecho estatal (o de los *Länder*). Tal resultado se logra reconduciendo la infracción del Derecho estatal positivo a una infracción *implícita* o *latente* de un derecho fundamental federal o de un principio general del Derecho constitucionalizado en la LFB ²⁸.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán de lo Contencioso-Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) ha sido bastante generosa en este sentido, renunciando, por tanto, a distinguir –como sí lo hace, por ejemplo, la Jurisdicción constitucional entre cuestiones de mera legalidad ordinaria y cuestiones de estricta constitucionalidad– entre meras infracciones encubiertas del Derecho estatal (o de los *Länder*) e infracciones del Derecho federal en sentido estricto ²⁹.

Dada la similitud entre la LFB y nuestra propia Constitución en lo que a la eficacia de los derechos fundamentales y a la constitucionalización de principios generales del Derecho respecta, cabría pensar que el esquema alemán en esta materia, al que nos acabamos de referir, fuera también reproducible en nuestro sistema.

Sin embargo, hay un elemento en nuestro sistema casacional, al que ya hemos aludido con anterioridad, que con buen criterio dificultaría (sin imposibilitarla) la reconducción de infracciones del Derecho autonómico a una infracción del Derecho estatal, en particular constitucional: se trata del requisito de que la infracción del Derecho estatal (o, en general, supraautonómico) alegada sea «relevante y determinante del fallo de la sentencia» recurrida (art. 93.4 LJCA), o, en dición del artículo 102 b.2 LJCA y en lo que al recurso de casación en interés de la ley se refiere, de que el recurso no se funde «básicamente» en infracción del Derecho autonómico. Como se dijo, este requisito obliga a realizar un *juicio de relevancia* cuando el recurso de casación (ordinario o en interés de la ley) se funda en infracción del Derecho supraautonómico, cuya finalidad es, precisamente, excluir de la casación meras infracciones *colaterales* del Derecho supraautonómico en supuestos en los que básicamente está en juego la correcta aplicación del Derecho autonómico. Por lo tanto, no basta con poder reconducir la

²⁸ Cfr. H. U. PAEFFGEN, «Art. 30, 70, 101 GG - vernachlässigbare Normen? - Zur Revisibilität von Landesrecht durch das BVerwG und vorbeugende Verbrechensbekämpfung», en *Juristen-Zeitung* (JZ), núm. 9/1991, págs. 437 y ss., en particular 439, nota 20.

²⁹ Cfr. F. KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung (Kommentar)*, 9.^a ed., Munich, 1992, § 137, núms. margs. 5 y ss.

infracción del Derecho autonómico que se entiende cometida a cualquier tipo de infracción implícita o latente del Derecho estatal. Bien al contrario, debe tratarse de una infracción implícita o latente del Derecho supraautonómico que, en todo caso, sea «relevante y determinante del fallo de la sentencia» recurrida ^{29bis}.

4. *¿Recurso de casación para unificación de doctrina en materia de Derecho autonómico?*

Ya quedó anteriormente apuntada la duda de si de la omisión en el art. 102 a LJCA, en el que se regula el recurso de casación para unificación de doctrina, de una cláusula expresa de exclusión del Derecho autonómico como Derecho revisable, análoga a la que el artículo 93.4 y 102 b.2 LJCA establecen respectivamente para el recurso de casación en su modalidad común u ordinaria y el recurso de casación en interés de la ley, es posible inferir a *sensu contrario* que sí cabe recurso de casación para unificación de doctrina en materia de Derecho autonómico.

Ciertamente, existe un argumento formal, ligado a la interpretación del tenor literal del art. 102 a.2 LJCA, que podría permitir sostener que, en realidad, no existe tal omisión, pues dicho precepto establecería sólo positivamente y, además, de forma agotadora las sentencias susceptibles de recurso de casación para unificación de doctrina. En este sentido, es cierto que si se interpreta de esta manera el art. 102 a.2 LJCA, que no incluye *positivamente* el supuesto recogido en el art. 93.4 LJCA, no cabría considerar susceptibles de recurso de casación para unificación de doctrina sentencias dictadas en única instancia por las Salas C.-A. de los TSJ relativas a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas cuando el recurso se funda en infracción del Derecho autonómico. Pues, en efecto, sólo son susceptibles de recurso de casación para unificación de doctrina, a tenor del art. 102 a.2 LJCA, sentencias que no lo sean de recurso de casación ordinario, pero, ¡cuidado!, no todas (entre ellas, por ejemplo, las del artículo 93.4 LJCA), sino sólo aquellas que no lo sean en virtud del art. 93.2 LJCA y siempre, además, que su cuantía exceda de un millón de pesetas y no se trate de sentencias a que se refieren los apartados a), c) y d) del art. 93.2 LJCA.

Sin embargo, existe un argumento de fondo, más convincente que los argumentos formales y probablemente, además, decisivo, que permite reforzar el argumento formal consistente en admitir el recurso de casación para unificación de doctrina en materia de Derecho automático con base en una deducción a *sensu contrario*: y es que por su finalidad específica, el recurso de casación para unificación de doctrina por lo general no se fundará tanto, como sí sucede en

^{29 bis} Al respecto cfr. nuevamente la sentencia del Pleno de la Sala 3ª del TS de 24 de enero de 1996.

cambio en la modalidad común u ordinaria del recurso de casación y en la casación en interés de la ley, en una infracción de ley o de doctrina legal, cuanto en una vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 CE), que, por cierto, sí es una norma estatal. Por consiguiente, no tendría ningún sentido excluir de la casación para unificación de doctrina el Derecho autonómico, si de lo que se trata no es tanto de que éste (y no otro) haya sido infringido o no, cuanto sencillamente de la garantía de la igualdad en su aplicación³⁰.

Ahora bien, la Sala C.-A. del TS no lo ha entendido así hasta la fecha. En efecto, el TS ha sostenido con apoyo en una fundamentación poco elaborada que, al igual que ocurre con las otras dos modalidades casacionales a tenor de los artículos 93.4 y 102 b.2 LJCA, tampoco cabe en materia de Derecho autonómico recurso de casación para unificación de doctrina. En este sentido, el alto tribunal, en su Auto de 28 de octubre de 1992 (Sala 3ª, Sección 1ª), basa su punto de vista –algo apodícticamente, insisto– en que «las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia no son nunca susceptibles de recurso de casación ordinario, ni de recurso de casación para unificación de doctrina, en lo atinente a la *aplicación e interpretación de los ordenamientos jurídicos autonómicos, que está reservada a dichas Salas y no a este Tribunal Supremo*»³¹. Lamentablemente, la Sala C.-A. del TS no explicita la razón por la cual considera que ello es así también, aun a pesar de que en el art. 102 a LJCA se omite una exclusión expresa del Derecho autonómico, en el recurso de casación para unificación de doctrina³².

III. UNA CUESTION DE LEGE FERENDA: ¿ES ACONSEJABLE Y CONSTITUCIONALMENTE VIABLE CREAR UNA CASACION DE DERECHO AUTONOMICO EN EL PROPIO NIVEL INSTITUCIONAL DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS?

La premisa (funcional) de que sólo el Derecho sustantivo que de manera común rija en todo el ámbito territorial del Estado debe ser revisable en una

³⁰ En este sentido, igualmente, J. A. XIOL RIOS, «Primeras decisiones del Tribunal Supremo...», *cit.*, págs. 41 y ss, así como *La reforma del proceso contencioso-administrativo, cit.*, págs. 230 y ss.

³¹ El subrayado es nuestro.

³² El Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 30 de septiembre de 1995, dado a conocer después de la terminación de este trabajo, ha afrontado la cuestión de la unificación de doctrina en materia de Derecho autonómico de manera distinta. A tales efectos creaba dicho Proyecto en su artículo 98 un *recurso de apelación para unificación de doctrina* del que serían susceptibles las sentencias de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que contasen con más de una Sala (art. 98.1). Este recurso sólo podrá fundarse en infracción de normas emanadas de la Comunidad Autónoma (art. 98.1) y conoce de él una Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo compuesta por el Presidente de dicha Sala, que la presidirá, por el Presidente o Presidenté de las demás Salas de lo Contencioso-Administrativo y por los Magistrados suficientes para completar un total de cinco miembros (art. 98.3).

casación (ordinaria) de ámbito nacional suscita inmediatamente la cuestión ulterior de si procede crear una casación de Derecho infraestatal en el propio nivel institucional de los entes territoriales descentralizados. Antes de aventurar una respuesta, habría que preguntarse, sin embargo, si ello sería constitucionalmente viable ³³.

Una casación de Derecho autonómico en el propio nivel institucional de las CC.AA. podría articularse, básicamente, de las dos formas siguientes: o bien mediante la conversión de las Salas C.-A. de los TSJ (previa modificación del art. 74 LOPJ) en «meros» tribunales de casación, cuando conozcan de recursos interpuestos contra sentencias dictadas por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (lo que, desde luego, no sería constitucionalmente inviable -salvo probablemente en el ámbito del Derecho sancionador -, pero sí, en cualquier caso, poco aconsejable, pues supondría renunciar con carácter general a la segunda instancia procesal en la jurisdicción contencioso-administrativa), o bien creando, para evitar lo anterior, Tribunales autonómicos de casación ante los que fueran recurribles en casación las sentencias dictadas (en única o segunda instancia) por las Salas C.-A. de los TSJ, cuando el recurso se fundara específicamente en infracción del Derecho autonómico. Sin embargo, y como resulta evidente, ello sí que sería constitucionalmente inviable a tenor del párrafo segundo del art. 152.1 CE, dado que de acuerdo con éste los TSJ culminan la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En consecuencia, no cabe *de constitutione lata* crear en el ámbito territorial de las CC.AA. Tribunales jerárquicamente superiores a los TSJ.

Pero, en todo caso, es dudoso que fuera aconsejable crear una casación de Derecho autonómico si (junto con la posibilidad de unificar de oficio la doctrina en materia de Derecho autonómico en el propio seno de los TSJ por la vía del artículo 197 LOPJ ³⁴) se admitiera la procedencia del recurso de casación para unificación de doctrina ante la Sala C.-A. del TS en materia de Derecho autonómico.

³³ Cfr. esencialmente al respecto I. DE OTTO Y PARDO, *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1986, págs. 190 y ss., así como 193 y ss.

³⁴ O a través de un específico *recurso de apelación para unificación de doctrina* en materia de Derecho autonómico (del que habría de conocer una Sección especial de la Sala C.-A. de aquellos TSJ que cuenten con más de una), como el que se preveía en el artículo 98 del Proyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 30 de septiembre de 1995.