

Creación judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de la ley

Una crítica desde una perspectiva económica y evolutiva

Gabriel Doménech Pascual

Facultad de Derecho
Universitat de València

*Abstract**

El artículo 100 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa otorga al Tribunal Supremo un insólito poder normativo. La doctrina fijada en las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley se publica en el Boletín Oficial del Estado y, a partir de su inserción en él, vincula a los restantes Tribunales y Juzgados de la referida Jurisdicción. El autor analiza críticamente, desde una perspectiva económica y evolutiva, dicha potestad. En la primera parte del trabajo se estudian las razones que podrían esgrimirse a favor o en contra de que los jueces puedan dictar normas jurídicas generales. En la segunda se aborda el caso concreto de las sentencias que estiman recursos de casación en interés de la ley. Y se muestra por qué la configuración legal de los mismos, ciertamente desafortunada, propicia la emanación de doctrinas judiciales de contenido sesgado.

Article 100 of the Spanish Administrative Jurisdiction Act confers on the Supreme Court a law-making power which is quite unusual in civil law systems. Under this provision, the doctrine established by the Supreme Court when upholding certain appeals is to be published in the Official State Bulletin and is strictly binding for the rest of the Administrative Courts. This paper analyzes such power from an economic and evolutionary point of view. Firstly, it reviews the reasons for giving or not giving law-making power to judges. Secondly, it examines in particular the power regulated in the above mentioned legal provision, and shows why the resulting case-law tends to be biased and inefficient.

Title: Making law by deciding “cassation appeals in interest of the law”. A critical appraisal from an economic and evolutionary point of view.

Palabras clave: proceso contencioso-administrativo, recurso de casación en interés de la ley, valor normativo de la jurisprudencia, precedente judicial, teoría de la evolución

Keywords: judge made law, evolutionary theory of the law, judicial precedent

* Una versión de este trabajo se publicará próximamente en el libro homenaje al profesor Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR. El autor agradece los comentarios y las sugerencias de dos revisores anónimos.

Sumario

1. Introducción
2. Razones para dar o no dar poder normativo a los jueces
 - 2.1. Objeciones al poder normativo de los jueces
 - a. La independencia judicial
 - b. El principio de separación de poderes
 - c. El principio democrático
 - d. El principio de justicia
 - e. El artículo 12.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial
 - f. La desprotección de los sujetos que, a pesar de no haber sido partes en un proceso, se ven afectados por la resolución dictada en el mismo
 - 2.2. Principios que pueden justificar el otorgamiento de poder normativo a los jueces
 - a. Igualdad
 - b. Seguridad jurídica
 - c. Interdicción de la arbitrariedad
 - d. Imparcialidad y objetividad
 - e. Economía procesal
 - 2.3. El diablo está en los detalles
3. Excurso: la hipótesis según la cual el Derecho de origen judicial tiende a evolucionar hacia la eficiencia
 - 3.1. Explicaciones basadas en el comportamiento de los litigantes
 - 3.2. Explicaciones (complementarias) basadas en la existencia de un determinado marco institucional
 - a. Fragilidad del precedente judicial
 - b. Competencia entre jurisdicciones
 - c. Protagonismo del Derecho dispositivo y de la costumbre
 - 3.3. Recapitulación: probablemente el Derecho de origen judicial tiende a ser eficiente, pero sólo en algunas circunstancias
4. La desacertada configuración del recurso de casación en interés de la ley
 - 4.1. Sólo algunos de los potencialmente afectados están legitimados activamente
 - 4.2. La intangibilidad de la situación jurídica derivada de la sentencia recurrida elimina los incentivos que los litigantes ocasionales tienen para personarse en el procedimiento
 - 4.3. Sólo tienen efectos vinculantes generales las sentencias estimatorias
 - 4.4. Los efectos vinculantes de la doctrina legal fijada en las sentencias estimatorias son mucho más fuertes que los de la jurisprudencia ordinaria
 - 4.5. Difícilmente pueden los justiciables escapar a la doctrina fijada en interés de la ley
 - 4.6. La Administración no siempre defiende el interés general
5. Resultado: un campo abonado para la emanación de normas judiciales sesgadas, ineficientes y gravemente dañosas para los intereses generales
6. Conclusiones
7. Jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Introducción

Resulta indiscutible que los órganos jurisdiccionales, en el ejercicio de la potestad que el artículo 117.3 de la [Constitución española](#) (en adelante, CE) les ha otorgado, dictan normas jurídicas, entendidas éstas en un sentido kelseniano. Las sentencias expresan un deber jurídico, obligan, vinculan, fijan derechos y obligaciones para quienes han sido partes en el proceso. La sentencia establece una norma jurídica individual, concretizando una norma jurídica de carácter general y creando para un caso particular una situación jurídica que no existía antes de la sentencia (KELSEN, 1960, pp. 242 y ss.).

Sin embargo, en el lenguaje jurídico corriente suele utilizarse el término “norma” para hacer referencia no a cualesquiera regulaciones jurídicas, sino únicamente a las que tienen carácter general y abstracto, a las dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos y aplicables a una pluralidad indeterminada de casos (GUASTINI, 1999, pp. 94 y 95).

Algunos autores han considerado “lógicamente imposible” que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional puedan dictarse tales normas. Se ha sostenido que las normas jurídicas, que “son reglas que poseen un importante grado de generalidad y abstracción”, “no pueden aparecer o manifestarse nunca en las sentencias, que son siempre decisiones concretas sobre casos concretos” (DÍEZ-PICAZO, 1983, p. 280). Esta afirmación incurre en una evidente petición de principio, pues lo que está por demostrar es, precisamente, que las sentencias contienen siempre regulaciones concretas y singulares, que producen efectos jurídicos sólo para las partes procesales. Otorgar a los jueces la potestad de dictar semejantes normas tal vez sea desacertado, o incompatible con los principios de un determinado ordenamiento jurídico, pero de ninguna manera resulta lógicamente imposible.

De hecho, nuestro Derecho positivo permite a los órganos jurisdiccionales dictar, en determinadas circunstancias, tales normas. Hay decisiones judiciales que vinculan a todos los sujetos pertenecientes a un cierto colectivo, no sólo a quienes han intervenido en el proceso en calidad de parte, y que deben ser aplicadas a una pluralidad indeterminada de casos. Cabe citar, a título ilustrativo, las resoluciones del Tribunal Constitucional¹ y las sentencias firmes que anulan disposiciones reglamentarias².

Este trabajo tiene por objeto analizar justamente la posibilidad, prevista en el artículo 100 de la [Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa](#) (BOE núm. 167, de 14.7.1998) (en adelante, LJCA), de que los Tribunales establezcan normas jurídicas generales a través de las sentencias que resuelven recursos de casación en interés de la ley. Dispone este precepto que la sentencia que estime un recurso tal “fijará en el fallo la doctrina legal (...) se publicará en el Boletín Oficial del Estado, y a partir de su inserción en él vinculará a

¹ Véase el art. 5.1 de la [Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial](#) (BOE núm. 157, de 2.7.1985) (en adelante, LOPJ), y SANTOS VIJANDE (1995).

² Véase el art. 72.2 LJCA, así como PÉREZ ANDRÉS (2000, pp. 162 y ss.); DOMÉNECH PASCUAL (2002, pp. 371 y ss.); ROSENDE VILLAR (2002, pp. 152 y ss.).

todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional". Como muy bien advierte el profesor SANTAMARÍA PASTOR (2010, p. 1032), aquí el legislador "confiere al Tribunal Supremo un auténtico poder normativo, al permitirle declarar, con carácter vinculante, cuál sea la única interpretación correcta de una norma; y tal declaración, se vea como se vea, constituye una auténtica norma jurídica, que complementa el texto literal de la disposición objeto del proceso". También el artículo 101 LJCA y las disposiciones reguladoras de otros procesos distintos del contencioso-administrativo contemplan similares recursos de casación en interés de la ley³, pero nuestro análisis se centrará en el previsto por el citado artículo 100 LJCA, en aras de la simplicidad y en atención al hecho de que éste es, sin duda, el que mayor relevancia práctica tiene⁴.

En la primera parte del trabajo estudiaremos qué razones podrían esgrimirse a favor o en contra de que los jueces dicten normas jurídicas generales. En la segunda analizaremos el caso de las sentencias estimatorias de recursos en interés de la ley. Y veremos por qué este recurso, tal como está configurado, con gran desacierto, en nuestro Derecho vigente, constituye un campo abonado para el florecimiento de doctrinas jurisprudenciales sesgadas a favor de los intereses de los gobernantes.

2. Razones para dar o no dar poder normativo a los jueces

2.1. Objeciones al poder normativo de los jueces

a. La independencia judicial

Se ha estimado que atribuir poder normativo a los jueces choca contra el artículo 117 CE, donde se dice que la potestad jurisdiccional se ejercerá por Jueces y Magistrados independientes, sometidos únicamente al imperio de la ley (TAJADURA TEJADA, 2008, pp. 188 y ss., en relación precisamente con el art. 100 LJCA).

Esta objeción no es atendible. El citado precepto no debe interpretarse en el sentido de que la ley es la única norma jurídica que los órganos jurisdiccionales deben aplicar. De los artículos 9.1 y 106.1 CE se deduce claramente que han de aplicar el entero ordenamiento jurídico, que no se reduce a las leyes en sentido estricto. Los reglamentos, la costumbre y los principios generales del Derecho no son leyes, pero forman parte del ordenamiento y obligan a los jueces. El que éstos deban aplicar, por ejemplo, las disposiciones reglamentarias válidamente dictadas por la Administración no menoscaba en absoluto su independencia, ya que la independencia judicial significa dependencia exclusiva del Derecho, del que forman parte dichas normas.

³ Véanse los arts. 490-493 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 8.1.2000) (en adelante, LEC); así como el art. 219 *in fine* de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social (BOE núm. 245 de 11.10.2011).

⁴ Véase un estudio integral y exhaustivo del recurso de casación en interés de la ley, en diferentes periodos históricos y órdenes jurisdiccionales, en MICÓ BONORA (2012).

El artículo 117 CE exige que los jueces se atengan exclusivamente al ordenamiento jurídico para juzgar y ejecutar lo juzgado, pero no dice nada acerca de cuáles son o pueden ser los elementos integrantes del mismo. Al afirmar que la independencia judicial se opone a la existencia de normas jurídicas de origen jurisdiccional abstractas y generales se cae, de nuevo, en un razonamiento circular, ya que se presupone que los órganos jurisdiccionales no pueden dictar normas de esa índole, que es justamente lo que hay que probar [en sentido similar, LAPORTA (1997, p. 277); MUÑOZ MACHADO (2006, pp. 118, 119 y 128)].

Lo que la expresión “sometidos únicamente al imperio de la ley” significa es, simplemente, que los jueces ordinarios no pueden inaplicar por sí solos las leyes que consideren inconstitucionales, sino que para ello han de plantear una previa cuestión de inconstitucionalidad y aguardar la resolución de la misma. Y sólo si el Tribunal Constitucional la estima podrán desobedecerlas (REQUEJO PAGÉS, 1989, pp. 140 y ss.). El que los órganos jurisdiccionales no estén sometidos al “imperio de las normas reglamentarias” no quiere decir que puedan desobedecer las dictadas válidamente por la Administración, sino que pueden inaplicar por sí mismos las que, en su opinión, infrinjan el ordenamiento jurídico (art. 6 LOPJ).

Sea como fuere, el Tribunal Constitucional, en su [Sentencia 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7º, MP: Manuel Aragón Reyes](#), ha tenido la oportunidad de declarar justamente que la eficacia vinculante general de las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley no vulnera el principio de independencia judicial. Para ello esgrime cuatro argumentos: el primero es que el legislador dispone de una cierta “libertad de configuración” para establecer el régimen jurídico de los recursos; el segundo es que dicha vinculación persigue “preservar intereses constitucionalmente garantizados, como son el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y la aplicación igual del Derecho en todo el territorio nacional (arts. 1.1, 14 y 139.1 CE)”; el tercero es que este recurso tiene un “carácter excepcional”, “tanto por la limitación de los legitimados para su interposición, como por su finalidad específica: corregir las sentencias de los Tribunales inferiores que se estiman ‘gravemente dañosas y erróneas’”; el último es que dicha vinculación no es absoluta, pues todos los órganos jurisdiccionales tienen la posibilidad de elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra la doctrina legal sentada al estimar uno de tales recursos o, dicho más exactamente, contra la correspondiente ley, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal Supremo⁵.

b. El principio de separación de poderes

Quienes aducen el principio de división de poderes en contra del poder normativo de los jueces (v. gr., MENDOZA OLIVÁN, 1964, p. 43) incurren en una petición de principio análoga. El art. 117.4 CE dice que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que la potestad jurisdiccional y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. Pero no dice que en el ejercicio de esa potestad jurisdiccional no puedan dictarse normas jurídicas abstractas y

⁵ Esta doctrina ha sido reiterada en las SSTC [75/2012, de 16 de abril, MP: Manuel Aragón Reyes](#); [91/2012, de 7 de mayo, MP: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel](#); [93/2012, de 7 de mayo, MP: Javier Delgado Barrio](#); [94/2012, de 7 de mayo, MP: Ramón Rodríguez Arribas](#), y [98/2012, de 7 de mayo, MP: Manuel Aragón Reyes](#).

generales (DE OTTO, 1995, p. 302). Eso es precisamente lo que está por elucidar.

c. El principio democrático

Se ha sostenido que la creación judicial del Derecho “no es compatible con un Estado democrático en el que el nombramiento de los Jueces y la provisión de los distintos órganos judiciales es totalmente independiente de los poderes públicos representativos”, como es el caso del Estado español (L. M. DíEZ-PICAZO, 1991, p. 127).

Esta objeción tampoco resulta pertinente, por varias razones. Por de pronto, en virtud del mismo argumento habría que entender incompatible con el principio democrático el que nuestros jueces fuesen titulares de cualquier tipo de poder público, lo que evidentemente resulta absurdo. No se adivina la razón por la cual dicho principio les prohíbe dictar sentencias con eficacia *erga omnes* y, en cambio, les permite adoptar resoluciones con efectos meramente *inter partes*. En segundo lugar, cabe entender que los órganos jurisdiccionales sí gozan de una cierta legitimidad democrática, si bien ésta no deriva de su carácter representativo, sino de su sometimiento exclusivo al ordenamiento jurídico [L. M. DíEZ-PICAZO (1991, p. 129); REQUEJO PAGÉS (1989, p. 114)]. En tercer lugar, debe notarse que la eficacia vinculante general de ciertas sentencias incrementa ciertamente el poder de algunos jueces –los competentes para dictarlas–, pero reduce el poder de otros muchos –los que están vinculados a las mismas–⁶. Por último, y como FERRERES COMELLA (2009, p. 68) ha señalado, otorgar a algunos Tribunales el poder de dictar normas vinculantes para otros, unificando así la interpretación y aplicación judicial del ordenamiento jurídico, es seguramente más democrático que privarles de esa posibilidad, pues en el primer caso “el Parlamento puede ‘dialogar mejor’ con el poder judicial: al observar la glosa jurisprudencial con la que el Supremo especifica y completa las leyes, el Parlamento está en mejor posición para decidir si es necesario introducir modificaciones legislativas que corrijan esa glosa. El Parlamento tiene un mayor incentivo institucional para hacer el seguimiento de la jurisprudencia si sabe que ésta es vinculante para todos los jueces, que si sabe que no lo es”.

d. El principio de justicia

Se ha venido a decir que otorgar carácter vinculante a una resolución judicial iría en contra del principio de justicia o de progreso: “la interpretación judicial no podría evolucionar. La primera sentencia adoptada sería un rígido molde para las decisiones posteriores” (BOQUERA OLIVER, 1996, p. 125).

Este razonamiento parte implícitamente del presupuesto de que las normas vinculantes no pueden ser modificadas. Sin embargo, el que una norma vincule no quita que pueda ser derogada o adaptada a las cambiantes circunstancias, incluso por la misma persona a la que la norma vincula. Y viceversa, la posibilidad de derogar bajo ciertas condiciones una norma no

⁶ Según dice DE OTTO (1995, p. 303), hay un “manifiesto contrasentido en invocar el principio democrático contra una institución [el carácter normativo de la jurisprudencia] cuya ausencia conduciría a incrementar la libertad de los jueces cuya falta de legitimación se denuncia”.

significa que carezca de obligatoriedad. Los reglamentos, por ejemplo, son indiscutiblemente normas jurídicas, que obligan incluso a la Administración que los dictó⁷, lo cual no es obstáculo para que ésta pueda en cualquier momento derogarlos o modificarlos a través del procedimiento legalmente establecido.

Dicho lo cual, conviene resaltar que cuanto más difícil y costoso resulte cumplir los requisitos legalmente establecidos para modificar una norma judicial –cuanto más fuertes sean sus efectos vinculantes– más difícil será corregir las equivocaciones eventualmente cometidas al dictarla; y mayor el peligro de que la misma se “osifique” y no pueda ser modificada para dar una respuesta cabal a las necesidades de cada momento.

e. El artículo 12.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Dispone este artículo que “tampoco podrán los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial dictar instrucciones, de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”. En atención al tenor literal de esta disposición, se ha sostenido que resulta difícilmente admisible otorgar eficacia jurídica general a las sentencias dictadas por los Tribunales [BOQUERA OLIVER (1996, p. 126); RIVERO ORTEGA (2002, p. 110)].

No nos parece, sin embargo, que tal precepto impida con carácter absoluto la atribución de poder normativo a los jueces. Como muy bien estima LAPORTA (1997, p. 277), lo que aquí se prohíbe “es que los órganos judiciales, de cualquier clase que sean, puedan reunirse para crear normas vinculantes en forma de instrucciones generales o particulares *al margen del proceso*” [la cursiva es nuestra]. Así resulta, por lo pronto, de interpretar este precepto sistemáticamente, atendiendo a su contexto. Téngase en cuenta que el artículo 12.2 LOPJ establece que “no podrán los Jueces y Tribunales “corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por sus inferiores en el orden jerárquico judicial *sino cuando administren justicia* en virtud de los recursos que las leyes establezcan” [la cursiva es nuestra]. Lo que prohíben los apartados 2 y 3 del artículo 12 LOPJ es que los órganos judiciales superiores interfieran en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de los inferiores dirigiéndoles instrucciones o rectificando sus resoluciones *al margen de un concreto proceso*. Tales apartados no excluyen que los Juzgados y Tribunales, en virtud de su propia potestad jurisdiccional, cuando administran justicia en el seno de un proceso, puedan corregir la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico llevada a cabo por otros órganos judiciales o dicten normas, generales o particulares, vinculantes para éstos.

No resulta razonable entender que la LOPJ ha querido eliminar, por ejemplo, la posibilidad, consagrada en nuestro ordenamiento jurídico desde 1956, de que los Tribunales conozcan de recursos directos contra reglamentos y los declaren inválidos con efectos jurídicos *erga omnes* si

⁷ Véase el art. 52.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE núm. 285, de 27.11.1992) (en adelante, Ley 30/1992), así como GARCÍA DE ENTERRÍA (1958); NÚÑEZ LOZANO (2000).

los estiman ilegales (arts. 25, 27 y 72.2 [LJCA](#)), o la posibilidad de que un juez determine –v. gr., al resolver una cuestión prejudicial– el sentido de la resolución que deba adoptarse en un proceso por otro órgano jurisdiccional (v. gr., arts. 40-43 [LEC](#)).

Hay además otra buena razón por la cual debe entenderse que el artículo 12.3 [LOPJ](#) no prohíbe absolutamente que los jueces puedan dictar normas generales en el marco del proceso. Este precepto debe interpretarse de conformidad con la Constitución, algunos de cuyos principios pueden justificar, como luego veremos, que se otorguen ciertos efectos jurídicos generales a determinadas resoluciones judiciales.

f. La desprotección de los sujetos que, a pesar de no haber sido partes en un proceso, se ven afectados por la resolución dictada en el mismo

A nuestro juicio, la pega más seria que cabe oponer a la eficacia jurídica general de las resoluciones judiciales es que la misma implica una cierta indefensión de los sujetos que se encuentran vinculados por ellas a pesar de no haber participado en los procesos en los que fueron dictadas, lo cual puede propiciar que dichas resoluciones menoscaben sus derechos o intereses legítimos.

En efecto, las partes procesales tuvieron amplias posibilidades de defender sus derechos ante el órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre los mismos. Pudieron influir en la resolución finalmente adoptada. Pudieron efectuar las alegaciones que consideraron oportunas, proponer pruebas pertinentes, escuchar los argumentos esgrimidos por las otras partes, contradecirlos, criticarlos, refutarlos, etc. El juez hubo de tener en cuenta y ponderar la información que aquéllas le presentaron en defensa de sus intereses legítimos a lo largo del procedimiento. Todas estas garantías procesales mitigan notablemente el riesgo de que los jueces adopten decisiones ilegales, desacertadas, arbitrarias, lesivas para alguna de las partes.

Atribuir a las resoluciones judiciales un alcance vinculante general implica que éstas afectarán a los intereses legítimos de sujetos que no han podido defenderse previamente frente a las mismas, que no han podido hacerse escuchar por el órgano jurisdiccional encargado de decidir sobre sus derechos, que no han disfrutado de las mismas garantías que otras personas que sí fueron partes en el proceso en cuyo seno se dictó la resolución que ahora los vincula a ellos. Lo cual incrementa, obviamente, el riesgo de que tales decisiones no ponderen adecuadamente sus intereses, de que no tengan en cuenta toda la información pertinente para establecer una solución equilibrada, de que establezcan regulaciones lesivas para sus derechos y sesgadas en favor de quienes sí participaron en el procedimiento y pudieron influir sobre los jueces.

Éste es, precisamente, uno de los argumentos esgrimidos contra el recurso de casación en interés de la ley por el Magistrado Manuel Vicente GARZÓN HERRERO, en su voto particular a la STS, 3ª, Secc. 2ª, de 10 de mayo de 2006 (rec. 29/2004; RJ 2006\6327; MP: Manuel Vicente Garzón Herrero): “es patente el carácter ‘admonitorio’ que el pronunciamiento exigido por el artículo 100.7 de la [Ley Jurisdiccional](#) tiene para los pleitos futuros, lo que, se quiera o no, yugula, y de raíz, la proclamación sobre la tutela judicial contenida en el cardinal artículo 24 de la [Constitución](#) para los demandantes que en el futuro

pretendan idénticas pretensiones a las deducidas en este proceso”.

Un problema similar, aunque seguramente no tan agudo, se plantea en relación con otras normas generales. Repárese en las leyes. Millones de individuos pueden verse afectados por ellas. Y existe el riesgo de que el legislador promulgue regulaciones desequilibradas, que perjudican desproporcionadamente a algunos ciudadanos en beneficio de otros. Pero para enervar ese riesgo se han arbitrado diversas garantías. Las leyes son aprobadas por un órgano de amplísima composición cuyos miembros han sido elegidos por sufragio universal, libre, igual, directo, secreto y proporcional. Y son elaboradas a través de un procedimiento transparente, capaz de movilizar a la opinión pública, participativo, en el que pueden intervenir prácticamente todas las fuerzas políticas, incluidas las minoritarias. Todo lo cual no imposibilita, pero sí dificulta significativamente, que se dicten leyes abusivas, arbitrarias, discriminatorias. Esa configuración del Parlamento y del procedimiento legislativo constituye una importante garantía para los derechos y los intereses de todos los ciudadanos.

Repárese asimismo en las disposiciones reglamentarias. Los órganos del poder ejecutivo competentes para dictarlas (el Consejo de Ministros, los Plenos de los Ayuntamientos, etc.) suelen tener una cierta legitimidad democrática, como consecuencia de que sus miembros han sido mediata o inmediatamente elegidos por el pueblo. Y en el procedimiento de su elaboración debe garantizarse también la participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones que los representen. En ese procedimiento deben realizarse igualmente diversos estudios encaminados a garantizar el acierto y la legalidad de la disposición que se va a dictar. De esa manera no se elimina por completo la posibilidad de que se aprueben reglamentos ilegales o desacertados, por descontado, pero sí se reduce la probabilidad de que tal ocurra.

2.2. Principios que pueden justificar el otorgamiento de poder normativo a los jueces

a. Igualdad

Es claro que conferir efectos vinculantes generales a las interpretaciones del ordenamiento jurídico efectuadas por los Tribunales puede favorecer la aplicación uniforme del mismo y, a la postre, la igualdad de los justiciables, al propiciar que casos sustancialmente iguales sean resueltos de la misma manera. Así ocurre, especialmente, cuando la ley aplicable a un determinado tipo de casos no los ha regulado de una manera precisa e inequívoca, de modo que los encargados de aplicarla disponen *de facto* de un amplio margen de discrecionalidad para escoger entre las varias interpretaciones o soluciones razonables que la ley admite. En tales circunstancias se corre el serio riesgo de que diversos órganos jurisdiccionales interpreten o apliquen de manera diferente la ley.

Este riesgo queda mitigado si se atribuye a un Tribunal la potestad de establecer con efectos vinculantes generales cómo hay que interpretar y aplicar la disposición legislativa en cuestión. De esta manera se reduce la probabilidad de que se adopten decisiones judiciales discordantes sobre el particular.

b. Seguridad jurídica

Al reducir la probabilidad de que en casos sustancialmente iguales se interprete y aplique la ley de manera distinta, ese poder normativo incrementa también la seguridad jurídica. Permite a los ciudadanos predecir con mayor certeza cómo decidirán los jueces y, por lo tanto, cuáles serán las consecuencias jurídicas de sus actuaciones.

c. Interdicción de la arbitrariedad

Al estrechar el margen de apreciación o discrecionalidad de que los órganos jurisdiccionales disponen para interpretar y aplicar la ley en el caso concreto, las normas de origen judicial reducen el riesgo de que tales órganos cometan arbitrariedades y abusos en el desempeño de sus funciones.

Nótese, sin embargo, que este argumento es en cierta medida ambivalente. En efecto, al otorgar un alcance vinculante general a las decisiones adoptadas por ciertos Tribunales “superiores” se amplifican los efectos de las arbitrariedades y los abusos que éstos puedan cometer en el ejercicio de su poder normativo. Cabe razonablemente pensar, con todo, que la probabilidad de que estos Tribunales “superiores” incurran en una arbitrariedad o una equivocación es, seguramente, más baja que la de que los Tribunales “inferiores” hagan lo propio. Y ello, cuando menos, por dos razones. En primer lugar, porque la organización de aquéllos está diseñada precisamente para lograr dicho objetivo: tales órganos están integrados por un mayor número de magistrados, dotados de mayor experiencia y, presumiblemente, de mayor competencia, etc. En segundo lugar, porque las decisiones de los Tribunales superiores suscitan mayor atención mediática, están más “vigiladas” por la opinión pública, lo que representa un freno para la comisión de ciertas irregularidades.

Aunque, por otro lado, el hecho de que las posibilidades de revisar las decisiones de los Tribunales inferiores sean bastante más amplias que las de recurrir las adoptadas por los superiores es un factor que propicia que éstas últimas puedan incurrir en mayores arbitrariedades. Y tampoco debe pasarse por alto que para los *lobbies* interesados en influir sobre el contenido de las normas creadas por los jueces seguramente resulta más fácil, *ceteris paribus*, presionar a un solo órgano jurisdiccional que tener que hacer lo propio con decenas, cientos o miles de ellos.

d. Imparcialidad y objetividad

Se ha sostenido que la circunstancia de que una resolución judicial tenga efectos jurídicos *erga omnes* puede empujar al Tribunal que la dicta hacia una mayor imparcialidad y objetividad. En palabras de FERRERES COMELLA (2009, p. 46), si un Tribunal “sabe que su decisión sienta jurisprudencia vinculante, tenderá a distanciarse de las particularidades del caso para ver los problemas que éste plantea desde una perspectiva más general. Como el Tribunal no puede saber de antemano qué personas protagonizarán los pleitos que se entablen en el futuro, se ve empujado a adoptar la solución que sinceramente cree correcta bajo el Derecho vigente, haciendo

abstracción de los concretos sujetos que son parte en el proceso actual y de sus circunstancias específicas”.

No es descabellado suponer, en efecto, que, si se otorga eficacia jurídica general a las decisiones de un Tribunal, éste se sentirá probablemente “presionado” para asegurarse de que los criterios que en ellas aplique y establezca puedan ser universalizados “a la Kant”, de manera que permitan resolver adecuadamente los casos similares que en adelante surjan.

e. Economía procesal

Es probable que las normas jurisdiccionales tiendan a reducir la litigiosidad. Al aclarar cuál es la solución jurídica que hay que dar a un determinado tipo de casos, mitigan el riesgo de que los justiciables mantengan opiniones contrapuestas sobre el particular y, en consecuencia, acaben litigando para resolver sus discrepancias.

Además, dichas normas facilitan la labor de los órganos jurisdiccionales a los que vinculan, en la medida en que, al determinar en cierto grado el sentido de sus decisiones, al estrechar su margen de maniobra interpretativo, les ahorran la tarea de considerar las soluciones que quedan fuera de dicho margen, pero que quedarían dentro si no se hubieran dictado aquellas normas (véase, *mutatis mutandi*, DÍEZ SASTRE, 2008, pp. 43 y ss.).

Conviene tener presente, no obstante, que tales normas también incrementan los costes en que han de incurrir los jueces al adoptar determinadas decisiones. Por ejemplo, en algunos ordenamientos jurídicos, la eficacia vinculante del precedente judicial se traduce en que el Tribunal que conoce de un caso debe resolverlo de acuerdo con la regla sentada anteriormente por otro Tribunal en un caso muy parecido, aunque puede apartarse de la misma si explica con especial rigor por qué los dos asuntos son en verdad distintos y merecen una solución diferente, o las razones por las cuales hay que abandonar dicha regla. La vinculación al precedente hace que la motivación requerida para apartarse del mismo sea, por lo tanto, más estricta y costosa que la que se exigiría en un sistema en el que no existiera en absoluto tal vinculación.

2.3. El diablo está en los detalles

De cuanto llevamos expuesto se desprende que hay razones suficientemente sólidas para conferir a los jueces el poder de dictar normas jurídicas bajo ciertas condiciones. La propia Constitución española así lo hace, cuando en su artículo 164.2 dispone que las sentencias del Tribunal Constitucional que “declaren la inconstitucionalidad de una Ley o de una norma con fuerza de Ley y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, *tienen plenos efectos frente a todos*”.

Lo problemático no es si los jueces pueden ostentar semejante potestad, sino los términos con arreglo a los cuales cabe y conviene otorgársela. Resulta muy acertado, por ejemplo, que la ley permita a determinados órganos jurisdiccionales declarar con efectos *erga omnes* la invalidez de los reglamentos ilegales. Durante décadas nuestros Tribunales tuvieron vedado tal poder

normativo. Tan sólo podían inaplicarlos en el caso concreto, con eficacia *inter partes*, lo que daba lugar a situaciones muy insatisfactorias desde el punto de vista de los principios jurídicos de seguridad, igualdad y economía procesal, así como del derecho a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos afectados. La posterior consagración legislativa de ese poder se consideró por ello una importante conquista, que hoy nadie cuestiona (DOMÉNECH PASCUAL, 2002, pp. 78 y ss.).

En cambio, parece claro que a esos mismos Tribunales no les debería estar permitido “determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen”. De hecho, lo tienen prohibido (art. 70.2 LJCA).

Puede estar justificado, en fin, que los Tribunales establezcan normas jurídicas generales, pero sólo en algunos casos, bajo ciertas condiciones y con determinados efectos vinculantes. No lo estará, en particular, cuando el riesgo de desprotección de los justiciables al que antes nos hemos referido sea excesivo, en comparación con los beneficios que para la seguridad, la igualdad y otros principios jurídicos se derivarían del ejercicio de ese poder normativo en ciertas circunstancias. El juicio que merece la potestad atribuida al Tribunal Supremo de establecer reglas generales a través del recurso de casación en interés de la ley no ha de hacerse en abstracto, pues, sino a la vista de la concreta configuración legal del mismo, teniendo en cuenta los singulares términos en los cuales se regula tal potestad.

3. Excurso: la hipótesis según la cual el Derecho de origen judicial tiende a evolucionar hacia la eficiencia

Para comprender mejor por qué la regulación del recurso de casación en interés de la ley es ciertamente desafortunada, resulta de gran ayuda repasar la abundante literatura en la que se analiza si y en qué circunstancias el *common law* -vale decir, el Derecho creado por los jueces- tiende a ser eficiente⁸.

Richard POSNER fue el primero en deslizar la hipótesis de que el *common law* tiende hacia la eficiencia; en las reglas decantadas y desarrolladas por los jueces subyace una cierta racionalidad económica; las mismas constituyen un sistema coherente de incentivos que inducen en sus destinatarios comportamientos económicamente eficientes. La explicación que del fenómeno da este autor no es, sin embargo, muy convincente: los jueces muestran una cierta preferencia por la eficiencia (POSNER, 1992, § 19.2, pp. 523 y 524). Se trata de una explicación insatisfactoria por varias razones. En primer lugar, porque es muy difícil de verificar. En segundo lugar, porque no aclara cuál es la causa de esa preferencia. En tercer lugar, porque no da cuenta de por qué en algunos periodos históricos y países la jurisprudencia parece ajustarse a lo que requiere la eficiencia económica, mientras que en otras épocas y lugares sucede justamente lo contrario (ZYWICKI, 2003, p. 1563). Y, finalmente, porque el hecho de que los jueces -vamos a suponer-

⁸ No vamos a tratar aquí dos cuestiones relacionadas: la de si los sistemas jurídicos de *common law* son más eficientes que los de *civil law* y la de si las reglas de origen judicial son más eficientes que las de origen legislativo. Sobre la primera cuestión, véase GAROUPA y GÓMEZ LIGÜERRE (2011a). Sobre la segunda, KESSLER (ed.) (2011).

tengan tal preferencia no implica que sus decisiones sean realmente eficientes, habida cuenta de la extrema dificultad que para cualquiera y desde luego para ellos entraña determinar exactamente los costes y beneficios sociales de las mismas (RIZZO, 1980).

Esta hipótesis, con todo, ha suscitado un vivo debate doctrinal. Varios autores han formulado teorías alternativas, mucho más plausibles que la anterior, dirigidas a explicar o refutar dicha tendencia evolutiva.

3.1. Explicaciones basadas en el comportamiento de los litigantes

Algunas de esas teorías, de inconfundible sabor darwiniano⁹, se basan en el mecanismo de la *litigación selectiva*, que vendría a ser una suerte de trasunto jurídico de la teoría de la selección natural. Lo que hace evolucionar el *common law* hacia la eficiencia no es el gusto de los jueces por la misma, sino el interés económico de los justiciables, en virtud del cual deciden en qué casos litigan y en cuáles evitan el pleito. Es más, la litigación selectiva puede hacer que el *common law* evolucione hacia la eficiencia incluso cuando los jueces muestran un cierto sesgo en contra de esta última (MICELI, 2009). La explicación es como sigue.

Las reglas jurídicas ineficientes imponen mayores costes agregados para el conjunto de los justiciables que las eficientes, por lo que éstos tenderán a litigar contra las primeras, a fin de cambiarlas, más frecuentemente que contra las segundas [RUBIN (1977); PRIEST (1977); TERREBONNE (1981)]. Por la misma razón, los individuos a quienes las reglas eficientes benefician pueden invertir en defensa de las mismas más recursos, *ceteris paribus*, de los que los perjudicados pueden destinar a combatirlas (GOODMAN, 1978). Las reglas ineficientes tienen, por consiguiente, mayores probabilidades de ser rectificadas y desaparecer que las eficientes, cuyas perspectivas de perdurar son mejores. Cabe esperar, pues, que en el largo plazo haya menos normas del primer tipo y más del segundo (COOTER y KORNHAUSER, 1980).

La tesis de la litigación selectiva ha sido objeto, a su vez, de copiosas puntualizaciones, objeciones y críticas. Se ha puesto de relieve, especialmente, que la evolución hacia la eficiencia depende de la concurrencia de ciertas condiciones, que no tienen por qué darse necesariamente siempre. Se ha señalado, por ejemplo, que si en un determinado tipo de casos los intereses en juego son *asimétricos*, de manera que una de las partes tiene típicamente mayor interés que la otra en sentar un precedente para el futuro –por ejemplo, porque aquélla pleitea repetidamente en asuntos semejantes, mientras que la otra parte litiga muy ocasionalmente–, la jurisprudencia tenderá a evolucionar en sentido favorable a la primera, en tanto en cuanto a la misma le resultará más rentable invertir más recursos para litigar contra los precedentes que le perjudican y defender los que le benefician (RUBIN, 1977, pp. 55 y ss.; 1982, pp. 205 y ss.). El sentido de los precedentes, en realidad, tiende a evolucionar en favor de los litigantes más poderosos económicamente, que mejor saben organizarse en defensa de sus intereses, que mayores recursos son capaces de movilizar en contra de las reglas jurisprudenciales que les perjudican y a favor de las que les

⁹ Sobre la influencia de la teoría de la evolución de Charles Darwin en la literatura jurídica anterior, véase ELLIOTT (1985).

benefician (HIRSHLEIFER, 1980).

Se ha señalado, también, que sólo una muy pequeña porción del conjunto de todas las disputas jurídicas se resuelven ante los Tribunales, y que esa muestra no tiene por qué ser representativa del conjunto entero (PRIEST y KLEIN, 1984). Es más, resulta muy probable que no lo sea, pues los eventos y conflictos extraordinarios, no representativos –especialmente los muy salientes, que suscitan una gran atención mediática– tienen una probabilidad desproporcionadamente elevada de engendrar litigios y de determinar el contenido del Derecho de origen judicial (SCHAUER y ZECKHAUSER, 2011). Adicionalmente, los beneficios y costes que los afectados tienen para litigar pueden no coincidir –de hecho, por lo general no coinciden– con los costes y beneficios sociales que de esta actividad se derivan, en cuyo caso puede ocurrir que se pleitee excesivamente o demasiado poco, o que no se litigue en casos en los que la litigación sería socialmente deseable a fin de que los Tribunales establecieran ciertos precedentes vinculantes (SHAVELL, 1997). Todo lo cual puede propiciar que las reglas judiciales resultantes establezcan soluciones no eficientes, desequilibradas, escoradas hacia un lado de la balanza (HADFIELD, 1992).

Otros autores, en esta línea, han advertido que el derecho de origen judicial tiende a evolucionar en favor de aquellos litigantes –normalmente, los actores– que pueden ejercer un mayor control sobre el nacimiento del pleito y sobre la determinación del órgano competente para conocer del mismo. La explicación es como sigue. Los jueces gozan normalmente de un margen de apreciación, más o menos amplio, a la hora de aplicar la ley. Y sus circunstancias personales –principalmente, las ideológicas– determinan en cierta medida el sentido de las decisiones que adoptan dentro de ese marco que la ley les deja. Hay así jueces que simpatizan más con las posiciones de los demandantes que con las de los demandados (o viceversa) y que, por lo tanto, son, *ceteris paribus*, más proclives a estimar las pretensiones de los primeros que a hacer lo propio con las de los segundos (o viceversa). Los justiciables, además, pueden acabar detectando si un determinado juez tiene una cierta inclinación “pro-demandante” o “pro-demandado”. Así las cosas, es natural que aquellos justiciables que tienen mayor capacidad de provocar un pleito y de elegir el correspondiente fuero –por lo general, los actores– tiendan a litigar más frecuentemente ante aquellos jueces que se hayan mostrado más favorables a sus posturas. El resultado es que tales jueces conocerán, *ceteris paribus*, de un número mayor de asuntos que sus restantes colegas y, por lo tanto, asumirán un papel exageradamente relevante en la creación judicial del Derecho, cuyas normas, a largo plazo, reflejarán sus sesgos, evolucionando en un sentido favorable a las referidas posturas (FON y PARISI, 2003). Cabe pensar que esta tendencia se acentuará cuanto mayores sean: el margen de apreciación que la ley deja a los jueces para decidir; la diversidad ideológica existente entre los mismos; y la capacidad de alguna de las partes para identificar qué jueces se muestran sistemáticamente más favorables a sus intereses y elegir el fuero correspondiente.

En algún estudio histórico se aportan datos indicativos de que la existencia de una cierta “competencia entre jurisdicciones” provocada por la existencia de fueros electivos, unida a la circunstancia de que gran parte de la remuneración de los jueces procediera de aranceles pagados por las partes, propició que en la jurisprudencia inglesa de los siglos XVII y XVIII surgieran un

número especialmente elevado de doctrinas favorables a los demandantes, que eran las partes a las que normalmente se reconocía la posibilidad de elegir el fuero (KLERMAN, 2007).

También se ha puesto de relieve que, al igual que sucede en el mundo de los seres vivos, las circunstancias en que se originan las normas jurídicas, la fuerza de la inercia y los sucesos accidentales sobrevenidos pueden impedir que dichas normas evolucionen hacia la perfecta eficiencia. El hecho de que una norma jurídica esté vigente no siempre obedece a que se trata de la regla que más eficientemente podría resolver cierto problema, sino que puede haber sido determinado por otros factores: por las peculiares condiciones iniciales en que surgió la misma; por la inercia; y por una concreta cadena de acontecimientos y accidentes que provocaron que se impusiera en el pasado (*path dependence*), a veces en detrimento de otra regla cuya aplicación arrojaría hoy mejores resultados, si no fuera por los significativos costes de transición que se derivarían del cambio normativo (ROE, 1996).

En esta línea, GAROUPA y GÓMEZ LIGÜERRE (2011b) han llamado la atención sobre el hecho, sumamente significativo, de que los diversos ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del *common law* hayan evolucionado, desde un mismo tronco común, hacia soluciones notablemente divergentes en muchos puntos. Podría pensarse que todas ellas son eficientes, que constituyen las mejores respuestas a las diferentes condiciones sociales bajo las que se han desarrollado los correspondientes sistemas jurídicos. O, por el contrario, que sólo una de aquéllas lo es mientras que las otras no lo son, pues varios factores pueden impedir que un sistema avance por el camino de la eficiencia: una excesiva polarización de la judicatura, las presiones de grupos de interés, la debilidad del precedente judicial, etc. La hipótesis más verosímil es que en algunos ámbitos ocurre lo primero –se llega a múltiples puntos de equilibrio, en función de las particulares circunstancias– y en otros lo segundo –aparecen soluciones desequilibradas–. Parece, en cualquier caso, ciertamente dudoso que el *common law* haya de engendrar siempre resultados inexorablemente eficientes, con independencia del contexto.

En fin, interesa resaltar que el contenido del Derecho de origen judicial puede evolucionar en un sentido u otro en función de muchos factores, a veces irrelevantes a primera vista. Se ha puesto de relieve, por ejemplo, cómo la regla, tradicional en los Estados Unidos de América, según la cual cada parte se paga sus costas favorece la innovación y la inestabilidad de ese Derecho, mientras que la regla contraria, de imposición de las costas de acuerdo con el criterio del vencimiento, propicia su consolidación, la conservación del *status quo* [PRICHARD (1988); LUPPI y PARISI (2012)]. Esta última regla desincentiva las pretensiones procesales cuya probabilidad de éxito es *a priori* escasa, como son muchas veces las que plantean por primera vez problemas jurídicos nuevos y que provocan que el Derecho cambie y avance.

3.2. Explicaciones (complementarias) basadas en la existencia de un determinado marco institucional

A la vista de cuanto llevamos expuesto, parece claro que el simple mecanismo de la litigación selectiva no tiene por qué generar necesariamente normas jurisprudenciales eficientes. Para llegar a este resultado hace falta que concurren circunstancias adicionales. Se ha sostenido así que la

eficiencia económica de las clásicas reglas del *common law* se explica en buena medida por el marco institucional existente durante el periodo histórico en el que las mismas se originaron. La concurrencia de varias condiciones legales e institucionales hizo posible que tal fenómeno tuviera lugar. La ulterior desaparición de ese concreto marco institucional determinó que las reglas jurisprudenciales resultantes ya no fueran tan eficientes (ZYWICKI, 2003).

a. Fragilidad del precedente judicial

La primera de esas condiciones era la debilidad del valor jurídico vinculante que a la sazón se asignaba a los precedentes judiciales en el Derecho inglés (ZYWICKI, 2003, pp. 1565 y ss.). Durante el periodo formativo del *common law* (siglos XII-XVIII) éstos tenían una fuerza vinculante mucho más atenuada que en la actualidad. Lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta, de un lado, la falta de publicaciones que recogieran, sistematizaran y permitieran a los aplicadores del Derecho conocer las resoluciones judiciales y, de otro, la existencia de numerosas jurisdicciones que podían juzgar los mismos casos, y que eran totalmente independientes las unas de las otras. La aparición, el desarrollo y el perfeccionamiento de los repertorios jurisprudenciales posibilitaron que los órganos jurisdiccionales ponderaran cada vez más los criterios sentados en casos precedentes, especialmente cuando habían sido reiterados en múltiples ocasiones. Pero todavía no se llegó al punto en que dichos precedentes fueran considerados vinculantes por sí mismos.

La doctrina del *stare decisis*, según la cual la solución sentada por un Tribunal en un caso debe considerarse en principio vinculante para los Tribunales que a partir de entonces decidan casos similares, surge y se consolida ulteriormente, durante el siglo XIX. Antes, las decisiones judiciales adoptadas en un asunto concreto no se entendían obligatorias para futuros procesos. Los precedentes no creaban Derecho, sino que ilustraban los principios del mismo. Y los Tribunales se sentían libres para rechazar las soluciones establecidas anteriormente cuando las consideraban equivocadas. En el Derecho de los Estados Unidos de América la evolución es parecida (ZYWICKI, 2003, pp. 1575 y ss.).

Semejante fragilidad del precedente judicial hacía que a los justiciables no les resultara muy rentable invertir demasiados recursos en tratar de que los Tribunales sentaran un precedente favorable a sus intereses, habida cuenta de su escasa fuerza jurídica y de que nada garantizaba su perdurabilidad. Esta circunstancia reducía notablemente los incentivos que los litigantes –en especial, los que intervenían en múltiples pleitos– podían tener para presionar y manipular el sistema judicial en su favor, forzando el establecimiento de reglas ineficientes, sesgadas, inclinadas hacia su lado de la balanza. El posterior fortalecimiento del precedente, provocado por la doctrina del *stare decisis*, incrementó su valor para los justiciables y, en consecuencia, los incentivos económicos que éstos tenían para tratar de influir estratégicamente en su producción.

b. Competencia entre jurisdicciones

El *common law* se originó en un sistema “policéntrico”, en el que varios órganos jurisdiccionales, independientes los unos de los otros, podían conocer de los mismos casos y, de hecho, competían entre sí por resolver la mayor cantidad posible de ellos, como consecuencia de que los jueces tenían un notable incentivo económico a estos efectos, pues una buena parte de su remuneración

provenía de los aranceles que les pagaban las partes (ZYWICKI, 2003, pp. 1581 y ss.).

Para atraer litigios y engordar sus carteras, los Tribunales en competencia trataban de prestar a los justiciables un “servicio” de resolución judicial de conflictos de la manera más imparcial, razonable, precisa y rápida posible. Y los litigantes tenían la posibilidad de “votar con los pies”, acudiendo a los órganos que mejor justicia administraban. En palabras de Adam SMITH (1776, p. 301):

“The fees of court seem originally to have been the principal support of the different courts of justice in England. Each court endeavoured to draw to itself as much business as it could, and was, upon that account, willing to take cognisance of many suits which were not originally intended to fall under its jurisdiction (...) it came, in many cases, to depend altogether upon the parties before what court they would choose to have their cause tried; and each court endeavoured, by superior dispatch and impartiality, to draw to itself as many causes as it could. The present admirable constitution of the courts of justice in England was, perhaps, originally in a great measure formed by this emulation which anciently took place between their respective judges; each judge endeavouring to give, in his own court, the speediest and most effectual remedy which the law would admit for every sort of injustice”.

Esta competencia tuvo, en efecto, una benéfica influencia en la formación y evolución del *common law* [TERREBONNE (1981, pp. 406 y 407); ZYWICKI (2003, pp. 1589 y ss.)]. Los jueces se esforzaban – pues mucho les convenía – en utilizar y desarrollar reglas lo más justas posible, que más eficientemente satisficieran los intereses de todos sus “clientes”. La existencia de varios Tribunales independientes propiciaba la innovación, la experimentación; permitía inventar, probar y comparar diversas reglas diseñadas para tratar de resolver los mismos problemas. Las decisiones adoptadas por los justiciables en el ejercicio de su libertad para elegir el fuero permitían identificar qué Tribunales y, por lo tanto, qué soluciones jurisprudenciales daban una mejor respuesta a sus necesidades. Y, a continuación, todos los Tribunales tenían la posibilidad de imitar los mejores productos de sus competidores, incorporando a su acervo jurídico las reglas que habían acreditado tener mayor éxito.

Pudiera pensarse que semejante sistema incentivaba la creación judicial de reglas ineficientes, sesgadas, que no maximizaban el tamaño global de la “tarta” que habían de repartirse los justiciables, sino sólo la “ración” de los demandantes, ya que éstos eran normalmente los sujetos que tenían la posibilidad de elegir el fuero y, por lo tanto, aquellos a los que los jueces debían “mimar” para atraer litigios y ganar así más dinero. Sin embargo, no hay evidencias de que la jurisprudencia de la época mostrara un claro favoritismo hacia las posiciones de los actores, o al menos no en la medida en que cabría suponer (LANDES y POSNER, 1979, p. 255). Lo cual seguramente se explica por varias razones, cuando menos por las siguientes (ZYWICKI, 2003, pp. 1607 y ss.):

Muchas veces, el Tribunal a cuya jurisdicción se sujetaban las partes había sido elegido, explícita o implícitamente, antes de que surgiera la correspondiente disputa. Ello se debía a que una gran parte de los pleitos se originaban en el marco de una previa relación contractual. Esta elección *ex ante* y de común acuerdo del fuero eliminaba los incentivos que los jueces pudieran tener para establecer doctrinas ineficientes, desequilibradas en beneficio de una de las partes. En efecto, si

las doctrinas establecidas por un Tribunal hubiesen favorecido sistemática e injustamente a una de las partes de cierto tipo de relaciones -v. gr., al comprador-, la parte contraria -el vendedor- nunca hubiese aceptado la competencia de ese órgano jurisdiccional. Dicho sistema de elección fomentaba, al contrario, que los jueces trataran de aplicar reglas económicamente eficientes, que maximizaran los beneficios netos que las dos partes podían esperar de la relación, es decir, criterios que hacían máximo el tamaño global de la “tarta” y que implicaban un reparto equilibrado de la misma.

Además, muchas de esas relaciones tenían una naturaleza recíproca. Quienes desarrollaban actividades mercantiles, por ejemplo, ocupaban unas veces una parte de la relación y otras la contraria. Ora actuaban como demandantes ora como demandados. No podían tener la certeza, pues, de que siempre se iban a encontrar en un lado de sus disputas y nunca en el contrario, por lo que carecían de un interés especial para presionar a los Tribunales al objeto de que éstos adoptaran reglas sesgadas en un sentido u otro.

En tercer lugar, la mayoría de los pleitos enfrentaban normalmente a dos individuos en pie de igualdad. No era frecuente que una poderosa organización pleiteara masivamente, ocupando la misma posición procesal, contra diversos litigantes ocasionales. Rara vez, pues, una de las partes tenía un interés notablemente superior a la otra en el establecimiento de un precedente judicial del que pudiera aprovecharse en el futuro.

c. Protagonismo del Derecho dispositivo y de la costumbre

Se ha sostenido que el hecho de que el *common law*, en su periodo formativo, estuviera integrado principalmente por normas de Derecho dispositivo favorecía su tendencia hacia la eficiencia. La explicación es sencilla: si las reglas establecidas por los jueces no regulaban óptimamente las relaciones trabadas entre dos o más individuos, éstos podían sortearlas de común acuerdo sustituyéndolas por reglas contractuales más ajustadas a sus particulares necesidades, que incrementaran su bienestar (ZYWICKI, 2003, pp. 1621 y ss.).

Paradójicamente, el carácter dispositivo de las normas de *common law* las hacía más resistentes a las presiones dirigidas a influir en su contenido en beneficio de espurios intereses particulares. La posibilidad de zafarse de las mismas hacía relativamente escasa la rentabilidad futura que para los justiciables podía representar la obtención de un precedente favorable, lo que determinaba que no tuvieran demasiados incentivos para presionar a los Tribunales con el objeto de cosechar doctrinas inclinadas hacia sus posiciones [POSNER (1980, pp. 503 y ss.); ZYWICKI (2003, pp. 1623 y ss.).

La gran confianza que el *common law* depositaba en la costumbre también actuaba en el mismo sentido (ZYWICKI, 2003, pp. 1625 y ss.). De un lado, porque las propias normas consuetudinarias, especialmente cuando resultan de la reiterada interacción entre individuos que se hallan en posiciones simétricas y recíprocas, son también el producto de un proceso evolutivo en el que tienden a permanecer las reglas que mejor satisfacen las necesidades de los afectados. De otro lado, porque la costumbre, como consecuencia de su “fluidez”, es muy resistente a los eventuales

intentos de grupos de presión de manipular su contenido en beneficio propio. Esos intentos de manipulación resultan excesivamente costosos como para que merezcan la pena, ya que requieren influir sobre la conducta de demasiadas personas.

3.3. Recapitulación: probablemente el Derecho de origen judicial tiende a ser eficiente, pero sólo en algunas circunstancias

Del debate doctrinal al que terminamos de referirnos cabe extraer al menos dos conclusiones. La primera es que la forma puede determinar decisivamente la sustancia. El contenido material de las normas jurídicas de origen judicial viene condicionado de manera muy significativa por el Derecho procesal, por las normas que regulan el procedimiento a través del cual se preparan las resoluciones jurisdiccionales, por los incentivos que estas últimas reglas representan para las partes y los propios jueces.

La segunda conclusión es que el Derecho de origen judicial puede evolucionar hacia la eficiencia, pero no es inexorable que así suceda. El que este Derecho se mueva en un sentido u otro depende fundamentalmente de las circunstancias y, muy especialmente, del marco procesal e institucional en el cual los jueces toman sus decisiones. Es probable que, bajo ciertas condiciones, las reglas decantadas por los jueces tiendan a satisfacer equilibradamente los intereses de todos los justiciables. Pero, en otros contextos, lo que cabe esperar es justamente lo contrario: que el contenido de esas reglas se revele ineficiente, desequilibrado, sistemáticamente inclinado hacia uno de los lados de la balanza, que muestre una querencia favorable hacia los intereses de algunos litigantes. Este último es, seguramente, el caso de la doctrina fijada a través del recurso de casación en interés de la ley.

4. La desacertada configuración del recurso de casación en interés de la ley

4.1. Sólo algunos de los potencialmente afectados están legitimados activamente

La primera razón por la que resulta desafortunada la regulación del recurso de casación en interés de la ley es que sólo algunas de las personas que pueden verse afectadas por la doctrina vinculante que mediante ellos se fije están legitimadas para interponerlo [BLANQUER CRIADO (1993, p. 230); IGLESIAS CANLE (2005, pp. 291 y ss.)]. De acuerdo con el artículo 100 LJCA, únicamente quedan facultadas para presentar este recurso: la Administración General del Estado, la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto, las Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto, y el Ministerio Fiscal. El resto de los afectados, aun cuando hayan sido partes en los correspondientes procesos *a quo*, carecen de legitimación activa.

Hay que notar, además, que el Tribunal Supremo ha interpretado restrictivamente la fórmula "Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter

general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto” (cfr. DOMÍNGUEZ LUIS, 2006), negando legitimación no sólo a las entidades de naturaleza privada, tales como asociaciones profesionales¹⁰ o empresariales¹¹ y sindicatos¹², sino también a auténticas Entidades y Corporaciones de Derecho público -v. gr., colegios profesionales, cámaras oficiales, comunidades de regantes, entes públicos radiotelevisivos-, al entender que éstas sólo están legitimadas cuando “ejercen potestades o funciones públicas y en cuanto las ejercen”; sólo “cuando lo que intentan debatir es el correcto ejercicio de aquellas funciones públicas que les han sido atribuidas por el ordenamiento o delegadas expresamente por la Administración, como ocurre cuando ejercen la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial”¹³.

El Tribunal Constitucional ha considerado que tanto esta regulación como la interpretación jurisprudencial de que ha sido objeto son conformes con la Constitución. En primer lugar, porque el derecho a recurrir una resolución judicial “se incorpora al derecho a la tutela judicial efectiva en la concreta configuración que recibe en cada una de las leyes de enjuiciamiento reguladoras de los diferentes órdenes jurisdiccionales” salvo en materia penal, por lo que “el control constitucional de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad del recurso ha de ceñirse a los cánones del error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad”. En segundo lugar, porque la referida interpretación no contraviene el tenor literal de la Ley. Y, finalmente, porque tampoco es discriminatoria; según el Tribunal, resulta razonable reservar la legitimación para interponer a estos recursos a las Administraciones públicas, en la medida en que sólo ellas tienen encomendada la defensa de intereses generales¹⁴.

Conviene tener presente, asimismo, que el otorgamiento de legitimación al Ministerio fiscal resulta *de facto* inoperante. SANTAMARÍA PASTOR (2010, p. 1036) lo ha explicado muy bien:

“Salvo contadísimos casos, el Ministerio Fiscal no es parte ni interviene en los procesos contenciosos, por lo que malamente podrá conocer y valorar la corrección y alcance lesivo de los centenares de sentencias que pronuncian cada año cada uno de los Juzgados y Salas de lo contencioso-administrativo (...) Otra cosa es que la Ley hubiera previsto la posibilidad de que todas las personas no legitimadas para interponer este recurso pudieran dirigirse al Ministerio Fiscal en solicitud de [la interposición de] este recurso; lo que, por cierto, no hace”.

¹⁰ Véanse, entre otros muchos, los AATS, 3ª, Secc. 1ª, de 23 de junio de 2000 (rec. 3280/2000; RJ 2000\5634; MP: Ángel Rodríguez García) y 6 de octubre de 2000 (rec. 4970/2000; RJ 2000\9811; MP: Fernando Ledesma Bartret).

¹¹ Véase la STS, 3ª, Secc. 1ª, de 30 de abril de 1994 (rec. 62/1993; RJ 1994\4221; MP: César González Mallo).

¹² Véanse la STS, 3ª, Secc. 1ª, de 2 de marzo de 1995 (rec. 5237/1994; RJ 1995\2290; MP: Pablo García Manzano) y el ATS, 3ª, Secc. 1ª, de 16 de junio de 2000 (rec. 3281/2000; RJ 2000\5624; MP: Ángel Rodríguez García).

¹³ Véanse las SSTs, 3ª, de 16 de febrero de 1996 (rec. 3875/1993; RJ 1996\1641; MP: Ángel Rodríguez García), 25 de enero de 2005 (rec. 103/2002; RJ 2005\1826; MP: Rafael Fernández Valverde) y 6 de abril de 2010 (rec. 27/2006; RJ 2010\4589; MP: Antonio Martí García), y los AATS, 3ª, Secc. 1ª, de 21 de enero de 2000 (rec. 6106/1999; RJ 2000\1274; MP: Mariano de Oro-Pulido y López), 1 de febrero de 2002 (rec. 3446/2001; JUR 2002\120129; Enrique Cáncer Lalanne) y 17 de junio de 2004 (rec. 20/2004; JUR 2004\263925; MP: Mariano de Oro-Pulido y López).

¹⁴ [STC 121/1999, de 28 de junio, MP: Pablo Cachón Villar](#), que desestima el recurso de amparo interpuesto por un sindicato.

En la práctica, por consiguiente, sólo tienen la posibilidad efectiva de recurrir algunas Administraciones públicas, que, como es natural, únicamente utilizarán este instrumento procesal para defender los intereses que dichas organizaciones persiguen de hecho¹⁵, y que, como luego veremos, no siempre coinciden realmente con los intereses a los que las mismas deberían servir.

4.2. La intangibilidad de la situación jurídica derivada de la sentencia recurrida elimina los incentivos que los litigantes ocasionales tienen para personarse en el procedimiento

Es cierto que, aunque carezcan de legitimación para recurrir en interés de la ley, quienes han sido parte en el proceso resuelto con la decisión impugnada deben ser emplazados, con el objeto de poder comparecer en el recurso y defender sus posiciones (aps. 4 y 5 del art. 100 LJCA). Pero hay una circunstancia que elimina casi cualquier incentivo que estos sujetos pudieran tener para personarse efectivamente y sostener una postura contraria a la mantenida por la Administración recurrente. Según lo dispuesto por el artículo 100.7 LJCA, la sentencia que se dicte en el recurso “respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida”.

Las partes que vencieron en el proceso *a quo* saben que, aun en el caso de que la casación en interés de la ley sea estimada, el fallo de la sentencia recurrida es firme; no puede ser revisado ni modificado. Los derechos que éste les reconoció no dependen en absoluto de la suerte que corra el recurso. Lo cual reduce enormemente el interés que dichas personas pueden tener para comparecer. ¿Qué ganan oponiéndose a la Administración si, pase lo que pase, ya no van a perder aquello por lo que han luchado y que finalmente han conseguido? ¿Para qué van a embarcarse en un nuevo procedimiento judicial, con los costes que ello implica, si ya no tienen nada más que ganar ni perder en él?

Supuesto que son seres racionales, tales sujetos comparecerán únicamente si la resolución del recurso puede afectarles con la suficiente probabilidad e intensidad *en el futuro*. Sólo si consideran que la doctrina que el Tribunal Supremo pueda fijar va a tener para ellos una repercusión futura bastante relevante contarán con los alicientes necesarios para seguir pleiteando. Si, por el contrario, son litigantes ocasionales, que probablemente no van a verse envueltos en conflictos parecidos más veces, seguramente no les saldrá a cuenta personarse y efectuar alegaciones. Esto último es lo que suele ocurrir en la práctica¹⁶.

La situación resultante es insana. Por lo general, el Tribunal Supremo escucha únicamente los argumentos que le ofrece la Administración, sin que nadie pueda contradecirlos efectivamente. Es cierto que, después de que hayan efectuado alegaciones “las partes”, debe darse audiencia al Ministerio Fiscal por un plazo de diez días. Pero a nadie se le escapa que difícilmente dicho órgano va a argumentar eficazmente en contra de lo expuesto por el letrado de la Administración recurrente. El hecho de que sus miembros no suelen ser precisamente especialistas en la materia

¹⁵ Como observa GONZÁLEZ PÉREZ (2011, p. 985), este recurso “en la práctica no [ha cumplido] la finalidad de defensa de la legalidad objetiva, sino de los intereses de las Administraciones”.

¹⁶ Así lo advierte el Abogado del Estado ante el Tribunal Supremo RODRÍGUEZ CARBAJO (2008).

y la brevedad del referido plazo así permiten afirmarlo. La situación ha sido denunciada incluso por uno de los magistrados del Alto Tribunal.

En su voto particular a la STS, 3ª, Secc. 2ª, de 10 de mayo de 2006 (rec. 29/2004; RJ 2006\6327), de cuya ponencia él mismo se encargó, el Magistrado Manuel Vicente GARZÓN HERRERO señala que aquí: “No hay contradicción, pues no existe dualidad de partes pese a que el texto regulador aluda a las ‘partes’. La realidad demuestra que de modo excepcional las partes del proceso previo comparecen en éste, ello se explica porque la pretensión de este recurso es distinta de la del proceso previo. Tampoco la intervención del Ministerio Fiscal puede equipararse a la de una parte.

Al no haber contradicción, no hay igualdad y los principios y consecuencias del principio dispositivo no es que se incumplan, es que sencilla y llanamente se desconocen. Parece increíble, pero el denostado proceso inquisitivo se convierte en un paradigma si se le compara con este proceso. Efectivamente, en aquel proceso, al menos, se llama al demandado o acusado. En este proceso el demandante, Administración, -para quien este proceso es una segunda oportunidad para hacer triunfar sus pretensiones- con la intervención del Ministerio Fiscal, se entiende en solitario con el Juez. Los futuros litigantes ven resuelto su pleito sin haber sido oídos ni intervenido en el proceso”.

4.3. Sólo tienen efectos vinculantes generales las sentencias estimatorias

Con arreglo a lo establecido en el artículo 100.7 LJCA, sólo la doctrina legal fijada por el Tribunal Supremo en las sentencias estimatorias del recurso debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado y vincular al resto de los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo. Las interpretaciones contenidas en las resoluciones desestimatorias, por el contrario, no deben ser objeto de publicación ni producen tales efectos jurídicos.

Esta regulación hace que sean muy elevados los alicientes que las Administraciones públicas legitimadas tienen para interponer y tratar de ganar estos recursos. Así como para presionar, cuando haga falta, al legislador con el fin de que los mismos no desaparezcan de nuestro ordenamiento jurídico procesal. Y es que la casación en interés de la ley puede traerles grandes alegrías y escasos disgustos. Si vencen, consiguen una doctrina favorable a sus intereses que, en adelante, va a vincular estrictamente a todos los órganos del orden contencioso-administrativo inferiores al Tribunal Supremo, encargados de resolver los numerosísimos casos similares en los que dichas Administraciones se van a ver envueltas con toda probabilidad en el futuro. Si son derrotadas, pierden bien poco, porque la interpretación sostenida por el Alto Tribunal contraria a sus posiciones no es, en principio, vinculante para otros órganos jurisdiccionales.

Correlativamente, esta asimetría hace que la parte vencedora del proceso *a quo* tenga menos incentivos para personarse en el recurso de casación en interés de la ley y defender *pro futuro* la doctrina sentada en la sentencia recurrida, en la medida en que tal doctrina, aun en el caso de que sea acogida por el Tribunal Supremo al resolver el recurso, carecerá de los intensos efectos vinculantes que se anudan a las reglas establecidas en una sentencia estimatoria.

4.4. Los efectos vinculantes de la doctrina legal fijada en las sentencias estimatorias son mucho más fuertes que los de la jurisprudencia ordinaria

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sentada en otras resoluciones y procesos – digamos en la “jurisprudencia ordinaria”– puede tener también ciertos efectos vinculantes generales¹⁷, si bien mucho más matizados y “suaves” que la fijada en las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley.

Principios jurídicos como los de seguridad, igualdad e interdicción de la arbitrariedad pueden fundamentar una cierta vinculación a los precedentes judiciales y, especialmente, a los establecidos por el Tribunal Supremo¹⁸. Pero al margen de eso, de hecho –y esto es, a fin de cuentas, lo que realmente importa– todos los órganos judiciales tienen muy en cuenta y siguen normalmente la jurisprudencia emanada del Alto Tribunal. Debe resaltarse, sin embargo, que dicha vinculación no es en la práctica tan intensa como la prevista por el artículo 100.7 LJCA¹⁹. Así lo ha declarado explícitamente el Tribunal Constitucional, en su citada [Sentencia 37/2012, de 19 de marzo, FJ 7º](#):

“La independencia judicial (art. 117.1 CE) permite que los órganos judiciales inferiores en grado discrepen, mediante un razonamiento fundado en Derecho, del criterio sostenido por Tribunales superiores, e incluso de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (...) sin que con ello se vulnere el principio de igualdad en aplicación de la ley (...) y tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva, con la excepción, justamente, del supuesto de la doctrina legal que establezca el Tribunal Supremo al resolver el recurso de casación en interés de la ley”.

Esa diferencia de intensidad se explica por diversos factores. El primero es que no hay precepto legal alguno que establezca inequívoca y categóricamente el carácter vinculante *erga omnes* de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a diferencia de lo que ocurre en el caso del recurso de casación en interés de la ley. Es evidente que el referido artículo 100.7 ha querido dar un plus de eficacia jurídica a las sentencias que estiman este tipo de recursos (MORENO CÁTENA, 2004, p. 213). Adicionalmente, la mayoría de nuestros jueces y magistrados se ha formado en el seno de una tradición que muestra fuertes reticencias a reconocer que la jurisprudencia tiene carácter normativo. Sea como fuere, lo cierto es que éstos no se consideran absolutamente vinculados por la jurisprudencia ordinaria del Tribunal Supremo. Al contrario, suelen entenderse facultados para efectuar su propia interpretación de la ley, aun cuando difiera de la sostenida por aquél. Ciertamente, saben que si así lo hacen se arriesgan a que sus decisiones acaben siendo revisadas y revocadas, pero también contemplan la posibilidad de que el Alto Tribunal reconsidere su posición y cambie de criterio, lo cual sucede con relativa frecuencia (BLASCO GASCÓ, 2000, pp. 85 y ss.).

¹⁷ La literatura relativa al tema es inabarcable. Véanse, entre otros, PUIG BRUTAU (2006); BLASCO GASCÓ (2000); SAMPER JUAN (dir.) (2001); MORAL SORIANO (2002); FERRERES COMELLA y XIOL RÍOS (2009); OROZCO MUÑOZ (2011).

¹⁸ Véanse, entre otras muchas, las SSTs, 3ª, Secc. 2ª, de 18 de enero de 1990 (RJ 1990\396; MP: Rafael de Mendizábal Allende) y 2 de febrero de 1990 (RJ 1990\1067; MP: Rafael de Mendizábal Allende).

¹⁹ En contra, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011, p. 705) estiman que “no hay base material alguna para poder sostener esa diferencia”.

La segunda causa por la que la doctrina fijada en interés de la ley tiene mayor fuerza vinculante *de facto* es que puede conocerse más fácilmente. Las sentencias estimatorias de tales recursos tienen una gran visibilidad, como consecuencia de que deban ser publicadas en el Boletín Oficial del Estado y de que se dicta un número relativamente reducido de ellas. La jurisprudencia ordinaria, en cambio, es mucho más difícil de seguir y, en consecuencia, de respetar, de un lado, porque de ordinario no es objeto de semejante publicación y, de otro, porque está integrada por un conjunto de resoluciones cientos de veces más numeroso.

Esta última circunstancia propicia igualmente que la jurisprudencia ordinaria padezca en mayor grado contradicciones e inconsistencias, lo que evidentemente mina su eficacia.

La fuerza vinculante especialmente intensa de las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley acrecienta todavía más, si cabe, los alicientes que las Administraciones públicas legitimadas tienen para interponerlos y tratar de ganarlos. La victoria conlleva un premio singularmente cuantioso, ya que la doctrina que el Tribunal Supremo fije a su favor les reportará beneficios durante un periodo de tiempo extraordinariamente prolongado, dada la especial dificultad que entraña cambiarla. La única posibilidad que, en principio, les queda a los órganos jurisdiccionales inferiores para desligarse de ella es elevar una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley a que se refiere dicha doctrina²⁰. Pero este cauce sólo puede ser utilizado si el juez ordinario que está conociendo del caso considera que la ley, tal como ha sido interpretada por el Supremo, vulnera la Constitución, pero no cuando entiende que tal interpretación es simplemente incorrecta, sin llegar a ser inconstitucional. A ello se añade que los jueces muestran una natural resistencia a plantear cuestiones de este tipo, por cuanto su tramitación retrasa varios años la resolución de los casos enjuiciados.

4.5. Difícilmente pueden los justiciables escapar a la doctrina fijada en interés de la ley

Según hemos visto, las ineficiencias y sesgos de las normas jurídicas revisten menos gravedad cuando a sus destinatarios les está permitido –y les cuesta poco– evitar su aplicación de común acuerdo, sustituyéndolas mediante contrato por reglas que satisfacen más adecuadamente los intereses de todos ellos.

Esta posibilidad, sin embargo, les está usualmente vedada a los afectados por las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley. En el orden contencioso-administrativo, las normas interpretadas y establecidas mediante dichas resoluciones tienen casi siempre naturaleza imperativa, no dispositiva. Los justiciables no están facultados para sortearlas contratando con las Administraciones públicas o con otros particulares un régimen alternativo. En ocasiones, tan sólo pueden eludir su aplicación “votando con los pies”, abandonando el

²⁰ Véase la [STC 37/2012, de 19 de marzo, MP: Manuel Aragón Reyes](#). No vamos a analizar aquí cómo tienen que actuar esos órganos jurisdiccionales si la norma en cuestión, tal como ha sido interpretada por el Tribunal Supremo, es un reglamento administrativo que en su opinión vulnera la ley; o una ley que a su juicio es contraria al Derecho de la Unión Europea; o una ley preconstitucional a su juicio inconstitucional. Sobre ello, véase ALONSO MAS (2012, pp. 153 y ss.).

territorio en el que la correspondiente Administración ejerce sus competencias. Pero ésta suele ser una opción muy poco atractiva, a la vista de los elevados costes que normalmente implica.

4.6. La Administración no siempre defiende el interés general

Ni que decir tiene que, aunque las Administraciones públicas deben actuar con arreglo a Derecho y servir con objetividad los intereses generales (arts. 9.1, 103.1 y 106.1 CE), no siempre lo hacen así²¹. Con relativa frecuencia adoptan decisiones que no satisfacen óptimamente el bienestar del conjunto de todos los ciudadanos, sino el de unos pocos: el de los gobernantes o el de ciertos grupos de presión. Ésta es justamente la razón por la que la actuación administrativa está sometida sin excepciones al control de los Tribunales. Tal control judicial sobraría si los agentes públicos actuaran siempre legal y acertadamente, en el sentido más acorde con las exigencias del interés general.

Los letrados de las Administraciones públicas están constantemente tratando de convencer a los Tribunales de la legalidad de actuaciones que luego son declaradas por éstos manifiestamente ilegales y contrarias a los intereses generales. En el camino conducente a la emanación de las grandes sentencias contencioso-administrativas, que han representado importantes avances en la construcción de nuestro Derecho público, en el perfeccionamiento de las garantías de los derechos e intereses de los ciudadanos, siempre ha habido que superar la resistencia de una Administración, que sostenía en el proceso una posición que hoy consideraríamos impresentable.

5. Resultado: un campo abonado para la emanación de normas judiciales sesgadas, ineficientes y gravemente dañosas para los intereses generales

Todas las circunstancias expuestas hacen que este recurso constituya un magnífico caldo de cultivo para la proliferación de reglas judiciales ineficientes, desequilibradas, sesgadas hacia las posiciones defendidas por las Administraciones públicas y que no tienen debidamente en cuenta otros intereses legítimos en conflicto.

Esto es lo que razonablemente cabe esperar de un proceso configurado de tal modo que, pese a vincular la resolución de miles de disputas, en él sólo va a tener la posibilidad y los incentivos necesarios para intervenir una de las muchas personas afectadas por la decisión que lo resuelve. Un proceso en el que el Tribunal competente, en la práctica, sólo escucha los argumentos, las razones, la información que le presenta una de las partes en conflicto, sin que nadie que represente los intereses legítimos contrapuestos contradiga efectivamente aquellas alegaciones y formule las suyas propias. Por increíble que parezca, así se cocinan normalmente unas sentencias a las que el legislador otorga unos efectos jurídicos extraordinariamente relevantes.

²¹ Como se advierte en el voto particular del Magistrado Manuel JIMÉNEZ DE PARGA a la [STC 121/1999, de 28 de junio de 1999, MP: Pablo Cachón Villar](#), en la que se discutía la legitimación de un sindicato para interponer un recurso de casación en interés de la ley, “el interés público o general no se identifica necesariamente con el interés administrativo”.

Se comprende también el probable porqué de la excepcional resistencia a desaparecer de nuestra legislación que este recurso ha mostrado, sin que en él hayan hecho mella las abundantes y duras objeciones recibidas con todo merecimiento.

Se ha llegado a decir que este recurso constituye un “privilegio” de ciertas Administraciones públicas que “merece el más absoluto desprecio” (HERNÁNDEZ LÓPEZ, 1992, p. 446). Varios autores han postulado la desaparición del recurso, por razón de su defectuosa configuración legal: MORENO CÁTENA (1999, pp. 691 y ss.); IGLESIAS CANLE (2005, pp. 291 y ss.); ALONSO MAS (2012, pp. 166 y ss.).

La Exposición de Motivos del Proyecto de LJCA justificaba la supresión de este recurso “por entender que esta modalidad de casación presenta serias objeciones desde el punto de vista de la igualdad de las partes en el proceso, así como en relación con la independencia judicial” (BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-70-1, de 18.06.1997, p. 8). Pero el recurso reapareció en el texto legislativo durante la ulterior tramitación parlamentaria, a resultas de sendas enmiendas presentadas por IU y CiU (enmiendas 134 y 135, BOCG, Congreso de los Diputados, núm. A-70-8, de 24.11.1997).

Y es que no debe ser fácil para los gobernantes y sus letrados renunciar voluntariamente a tan útil instrumento. Es muy humano que se opongan a ello. No parece casual que las más fervientes defensas de este recurso hayan sido perfeñadas por Abogados del Estado²².

Como tampoco causa extrañeza alguna, en fin, el hecho de que las doctrinas fijadas en las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley hayan generado un volumen especialmente elevado de críticas doctrinales, en líneas generales plenamente justificadas. Sirvan algunos ejemplos.

La inefable STS, 3ª, Secc. 7ª, de 24 de abril de 1999 (rec. 5480/1998; RJ 1999\5194; MP: Ramón Trillo Torres) vino a establecer que las sanciones administrativas dictadas fuera del plazo legalmente fijado para resolver eran válidas. El Alto Tribunal aducía para ello que, si bien era verdad que en cierto proyecto de ley se contemplaba la caducidad del procedimiento para estos casos, finalmente no se había “consumado el punto de vista del proyecto” referido, por lo que quedaba “claro que el legislador no [había] optado por introducir la novedad” que representaba dicha caducidad. El Supremo ignoraba así que el referido “punto de vista” sí se había materializado legislativamente. La caducidad del procedimiento administrativo sancionador era una de las más trascendentales novedades introducidas por la Ley 30/1992, seguramente una de las dos disposiciones legales más relevantes del Derecho administrativo español. Un craso error realmente difícil de creer, si no fuera porque sabemos que se cometió al estimar un recurso de casación en interés de la ley. Por fortuna, se trataba de una decisión tan evidentemente errónea [LÓPEZ PELLICER (2000); DOMÉNECH PASCUAL (2000)] que no tardó en ser rectificada, por lo que los daños que causó a los intereses generales no fueron demasiado graves. Como observa el profesor SANTAMARÍA PASTOR (2005, pp. 45 y 46), la “escasa fuerza de convicción” de la doctrina legal sentada en esta “extraña sentencia”, basada en una argumentación “punto menos que incomprensible”, determinó que tanto el Tribunal Supremo como los Tribunales Superiores de

²² Véanse RUIZ RISUEÑO (2004, pp. 387 y ss.); MIÑARRO MONTOYA y MIÑARRO BRUGAROLAS (1998, pp. 1153 y ss.); IRURZUN MONTORO (2010, pp. 1049 y ss.).

Justicia, tras algunas vacilaciones iniciales, acabaran “prescindiendo lisa y llanamente” de la referida doctrina.

Otra interpretación seriamente cuestionada es la fijada por la STS, 3ª, Secc. 5ª, de 12 de junio de 2003 (rec. 18/2002; RJ 2003\4602; Juan Manuel Sanz Bayón): “la caducidad declarada de un procedimiento sancionador no constituye obstáculo alguno para la posibilidad de iniciar o reiniciar otro procedimiento [sancionador] sobre el mismo objeto dentro del plazo de prescripción”. Se consagra así una regla que, además de arrojar una intolerable inseguridad sobre el acusado y dilatar su “pena de banquillo” a resultas de una ilegalidad cometida por la Administración (SANTAMARÍA PASTOR, 2005, pp. 52 y ss.), vulnera manifiestamente el principio constitucional *ne bis in idem*, según el cual nadie puede ser sometido a un doble procedimiento sancionador por los mismos hechos y sobre la base del mismo fundamento jurídico (DOMÉNECH PASCUAL, 2007).

Un lugar destacado en esta “lista de la infamia” ocupa la STS, 3ª, Secc. 2ª, de 12 de julio de 2003 (rec. 42/2002; RJ 2003\5455; MP: José Mateo Díaz), relativa a la sujeción al IVA de los Registradores de la Propiedad, por la cual el Reino de España se hizo acreedor al dudoso honor de haber sido el primer Estado miembro de la Unión Europea en recibir una condena por un incumplimiento provocado por una decisión judicial²³. El Tribunal Supremo no sólo había fijado una doctrina legal contraria al ordenamiento comunitario, sino que además lo había hecho incumpliendo flagrantemente su obligación de elevar una cuestión prejudicial previa ante el Tribunal de Luxemburgo (SARMIENTO, 2012).

Recordemos igualmente la STS, 3ª, Secc. 5ª, de 28 de octubre de 2004 (rec. 70/2003; RJ 2004\6594; MP: Ricardo Enríquez Sancho). El artículo 59.2.II *in fine* de la Ley 30/1992 dispone que si nadie pudiera hacerse cargo de una notificación administrativa “se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes”. Habiendo comparecido únicamente la Administración recurrente y el Ministerio Fiscal, el Tribunal Supremo declara que la expresión “en una hora distinta” debe entenderse en el sentido de que resultaba admisible “cualquier notificación que guarde una diferencia de al menos sesenta minutos a la hora en que se practicó el primer intento de notificación”. De entre todas las interpretaciones que admite el tenor literal del citado precepto, el Tribunal Supremo escoge así la que menos garantiza la recepción efectiva de la notificación por parte de sus destinatarios, quienes obviamente no se habían personado en el procedimiento para defender otra solución, probablemente más equilibrada y acorde con el espíritu de la Ley.

Y qué decir de la doctrina que se deriva de la “explosiva suma” (ALARCÓN SOTOMAYOR, 2012, p. 286) de las SSTs, 3ª, Secc. 5ª, de 15 de diciembre de 2004 (rec. 97/2002; RJ 2005\4800; MP: Rafael Fernández Valverde) y 22 de septiembre de 2008 (rec. 69/2005; RJ 2008\4545; MP: Eduardo Calvo Rojas), en virtud de la cual el hecho de que una Administración incumpla su obligación de resolver puntualmente los recursos formulados contra las sanciones por ella impuestas, dejando

²³ Véase la STJUE de 12 de noviembre de 2009 (*Comisión c. España*, C-154/08).

transcurrir en vía de recurso los plazos fijados por el legislador para la prescripción de las infracciones y las sanciones, no provoca la prescripción de las unas ni de las otras. Esta doctrina ha merecido justas y aceradas críticas, pues implica que la Administración puede aprovecharse de haber incumplido la referida obligación para dejar indefinidamente abierta en el tiempo, *sine die*, la posibilidad de ejecutar una sanción. Se trata de una solución difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica y que, además, incentiva los abusos y las torpezas de las autoridades administrativas²⁴.

Para poner fin a esta muestra ilustrativa mencionaremos la STS, 3ª, Secc. 5ª, de 28 de enero de 2009 (rec. 45/2007; RJ 2009\1471; MP: Jesús Ernesto Peces Morate), por la que se declara que “no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística”. Esta doctrina vacía de significado la configuración del silencio positivo que, en aras de la seguridad jurídica, establece el artículo 43.2 de la [Ley 30/1992](#). En opinión del Tribunal Supremo, la misma Administración que ha incumplido su obligación de resolver expresamente dentro de plazo sobre la licencia solicitada por un ciudadano puede, en cualquier momento, si considera que lo solicitado es ilegal, actuar como si no hubiese estimado la licencia por silencio positivo –en contra del tenor literal del citado precepto legal–, sin necesidad de tramitar un procedimiento de revisión de oficio²⁵.

6. Conclusiones

El que las sentencias estimatorias de recursos de casación en interés de la ley produzcan efectos vinculantes generales no es criticable por la mera razón de que supone atribuir poder normativo a un órgano jurisdiccional. Conferir semejante poder a los Tribunales encierra, ciertamente, el riesgo de desproteger los intereses de los sujetos que, a pesar de no haber sido partes en el correspondiente proceso, se vean afectados por la resolución dictada en el mismo. Pero ese riesgo, en determinadas circunstancias, puede ser relativamente reducido y quedar compensado por los beneficios que para los principios de igualdad, seguridad, imparcialidad, interdicción de la arbitrariedad y economía procesal se derivan de dar eficacia jurídica general a ciertas decisiones judiciales. Es razonable pensar, además, que en algunas circunstancias el contenido de las reglas de origen judicial tiende a ser eficiente, a maximizar la satisfacción de los intereses de los justiciables.

Lo cuestionable es la concreta configuración legal de este recurso, las condiciones bajo las cuales el Tribunal Supremo puede sentar doctrina legal vinculante con carácter general a través del mismo. Lo criticable es: que se haya reservado la legitimación para interponerlo a ciertas

²⁴ Véanse FERNANDO PABLO (2004); BRIONES (2007); SERRANO DE TRIANA (2008); COBO OLVERA (2009); GÓRRIZ GÓMEZ (2010); CANO CAMPOS (2012); ALONSO MAS (2012). Véanse, también, los cuatro votos particulares formulados a la [STC 37/2012, de 19 de marzo, MP: Manuel Aragón Reyes](#).

²⁵ Véanse los comentarios críticos de CANTÓ LÓPEZ (2009); GARCÍA-VALDECASAS ALEX (2009); GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2009); FERNÁNDEZ TORRES (2010); GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2011); AGUADO CUDOLÀ y NETTEL BARRERA (2012); y MONTAÑÉS CASTILLO (2012). Véase una crítica *avant la lettre* de esta doctrina en SANZ RUBIALES (2006). En sentido favorable, véase RAZQUIN LIZARRAGA (2009).

Administraciones públicas; la intangibilidad de la situación jurídica derivada de la sentencia recurrida; que sólo vincule con carácter general la doctrina sentada en las sentencias estimatorias; y la extraordinaria fuerza que tiene dicha vinculación. Así las cosas, las Administraciones públicas legitimadas, que no siempre persiguen de hecho los intereses generales, tienen unos alicientes sumamente intensos para interponer tales recursos y tratar de convencer al Tribunal Supremo de que los estime. Los vencedores de los procesos *a quo*, en cambio, carecen muchas veces de los incentivos necesarios para personarse y defender *pro futuro* las posiciones contrarias. Todo lo cual propicia que el Tribunal Supremo, en la práctica, acabe escuchando los argumentos que le presenta una de las partes en conflicto, la Administración recurrente, sin que nadie que represente las posiciones legítimas contrapuestas pueda contradecirlos efectivamente. Lo cual, a su vez, hace que este recurso constituya un campo abonado para la proliferación de doctrinas desequilibradas, sesgadas hacia las posturas defendidas por las Administraciones públicas y que no tienen debidamente en cuenta los intereses legítimos con los que muchas veces estas últimas chocan, intereses que a la postre quedan desprotegidos y menoscabados. Dichas doctrinas, además, son difícilmente rectificables.

7. Jurisprudencia citada

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

| <i>Tribunal, Sala y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Partes</i> |
|-------------------------------|-------------------|--------------------|
| STJUE, 3ª, 12.11.2009 | As. C-154/08 | Comisión c. España |

Tribunal Constitucional

| <i>Tribunal y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|-------------------------|-------------------|--------------------------------------|
| STC, 1ª, 28.6.1999 | 121/1999 | Pablo Cachón Villar |
| STC, Pleno, 19.3.2012 | 37/2012 | Manuel Aragón Reyes |
| STC, Pleno, 16.4.2012 | 75/2012 | Manuel Aragón Reyes |
| STC, Pleno, 7.5.2012 | 91/2012 | Francisco Pérez de los Cobos Orihuel |
| STC, Pleno, 7.5.2012 | 93/2012 | Javier Delgado Barrio |
| STC, Pleno, 7.5.2012 | 94/2012 | Ramón Rodríguez Arribas |
| STC, Pleno, 7.5.2012 | 98/2012 | Manuel Aragón Reyes |

Tribunal Supremo

| <i>Tribunal, Sala, Sección y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|--|-------------------|------------------------------|
| STS, 3ª, Secc. 2ª, 18.1.1990 | RJ 1990\396 | Rafael de Mendizábal Allende |
| STS, 3ª, Secc. 2ª, 2.2.1990 | RJ 1990\1067 | Rafael de Mendizábal Allende |

| | | |
|-------------------------------|---------------------------------|-------------------------------|
| STS, 3ª, Secc. 1ª, 30.4.1994 | rec. 62/1993; RJ 1994\4221 | César González Mallo |
| STS, 3ª, Secc. 1ª, 2.3.1995 | rec. 5237/1994; RJ 1995\2290 | Pablo García Manzano |
| STS, 3ª, Secc. 1ª, 16.2.1996 | rec. 3875/1993; RJ 1996\1641 | Ángel Rodríguez García |
| STS, 3ª, Secc. 7ª, 24.4.1999 | rec. 5480/1998; RJ 1999\5194 | Ramón Trillo Torres |
| ATS, 3ª, Secc. 1ª, 21.1.2000 | rec. 6106/1999; RJ 2000\1274 | Mariano de Oro-Pulido y López |
| ATS, 3ª, Secc. 1ª, 16.6.2000 | rec. 3281/2000; RJ 2000\5624 | Ángel Rodríguez García |
| ATS, 3ª, Secc. 1ª, 23.6.2000 | rec. 3280/2000; RJ 2000\5634 | Ángel Rodríguez García |
| ATS, 3ª, Secc. 1ª, 6.10.2000 | rec. 4970/2000; RJ 2000\9811 | Fernando Ledesma Bartret |
| ATS, 3ª, Secc. 1ª, 1.2.2002 | rec. 3446/2001; JUR 2002\120129 | Enrique Cáncer Lalanne |
| STS, 3ª, Secc. 5ª, 12.6.2003 | rec. 18/2002; RJ 2003\4602 | Juan Manuel Sanz Bayón |
| STS, 3ª, Secc. 2ª, 12.7.2003 | rec. 42/2002; RJ 2003\5455 | José Mateo Díaz |
| ATS, 3ª, Secc. 1ª, 17.6.2004 | rec. 20/2004; JUR 2004\263925 | Mariano de Oro-Pulido y López |
| STS, 3ª, Secc. 5ª, 28.10.2004 | rec. 70/2003; RJ 2004\6594 | Ricardo Enríquez Sancho |
| STS, 3ª, Secc. 5ª, 15.12.2004 | rec. 97/2002; RJ 2005\4800 | Rafael Fernández Valverde |
| STS, 3ª, Secc. 5ª, 25.1.2005 | rec. 103/2002; RJ 2005\1826 | Rafael Fernández Valverde |
| STS, 3ª, Secc. 2ª, 10.5. 2006 | rec. 29/2004; RJ 2006\6327 | Manuel Vicente Garzón Herrero |
| STS, 3ª, Secc. 5ª, 22.9.2008 | rec. 69/2005; RJ 2008\4545 | Eduardo Calvo Rojas |
| STS, 3ª, Secc. 5ª, 28.1.2009 | rec. 45/2007; RJ 2009\1471 | Jesús Ernesto Peces Morate |
| STS, 3ª, Secc. 4ª, 6.4.2010 | rec. 27/2006; RJ 2010\4589 | Antonio Martí García |

8. Bibliografía

Vicenç AGUADO CUDOLÀ y Alina del Carmen NETTEL BARRERA (2012), "Silencio administrativo positivo, resoluciones extemporáneas y revisión de oficio", en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, Vol. I, pp. 425-447.

Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR (2012), "La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, pp. 263-287.

María José ALONSO MAS (2012), "La eficacia vinculante de las sentencias estimatorias del recurso de casación en interés de ley", *Revista de Administración Pública*, núm. 189, pp. 139-171.

-- (2012), "La relevancia de la falta de resolución expresa del recurso de alzada contra una sanción administrativa a efectos de la prescripción", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, pp. 143-172.

David BLANQUER CRIADO (1993), "El llamado recurso en interés de ley: la legitimación y su

fundamento extraprocesal; la postulación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 130, pp. 223-248.

Francisco de P. BLASCO GASCÓ (2000), *La norma jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia.

José María BOQUERA OLIVER (1996), *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid.

José BRIONES (2007), “¿Puede la Administración impunemente utilizar el silencio y el tiempo en el trámite del recurso contra las sanciones administrativas?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 133, pp. 177-192.

Tomás CANO CAMPOS (2012), “La imprescriptibilidad de las sanciones recurridas o la amenaza permanente del *ius puniendi* de la Administración”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 31.

María Teresa CANTÓ LÓPEZ (2009), “La inaplicación del silencio positivo como vía para la obtención de licencias urbanísticas *contra legem* (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009)”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, pp. 449-480.

Tomás COBO OLVERA (2009), “El día del cómputo del plazo de prescripción de las sanciones y el silencio administrativo”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 6, pp. 895-904.

Robert COOTER y Lewis KORNHAUSER, “Can Litigation Improve the Law without the Help of Judges?”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 9, núm. 1, 1980, pp. 139-163.

Ignacio DE OTTO (1995), *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona.

Luis Díez-PICAZO (1983), “La jurisprudencia”, en *El Poder judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, t. I, pp. 263-284.

Luis María Díez-PICAZO (1991), *Régimen constitucional del Poder judicial*, Civitas, Madrid.

Silvia Díez SASTRE (2008), *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid.

Gabriel DOMÉNECH PASCUAL (2000), “Validez de sanciones dictadas fuera del plazo establecido para resolver”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 37, pp. 151-164.

-- (2002), *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, Valencia

-- (2007), “¿Es compatible con el principio *ne bis in idem* reabrir un procedimiento sancionador caducado?”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 136, pp. 727-755.

José Antonio DOMÍNGUEZ LUIS, "El interés legitimador en el recurso de casación en interés de la ley contencioso-administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 132, 2006, pp. 695-723.

E. Donald ELLIOTT (1985), "The Evolutionary Tradition in Jurisprudence", *Columbia Law Review*, Vol. 85, núm. 1, pp. 38-94.

Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (2010), "La operatividad del silencio administrativo positivo en materia de planeamiento y de licencias en la última jurisprudencia", *Revista de Urbanismo y Edificación*, núm. 21, pp. 275-292.

Marcos FERNANDO PABLO (2004), "Un resto prebeccariano en la ordenación de las sanciones administrativas: sobre la prescripción de las infracciones sancionadas y recurridas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 124, pp. 553-572.

Vincy FON y Francesco PARISI (2003), "Litigation and the evolution of legal remedies: A dynamic model", *Public Choice*, Vol. 116, núm. 3-4, pp. 419-433.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos", *Revista de Administración Pública*, núm. 27, 1958, pp. 63-88.

Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011), *Curso de Derecho Administrativo*, 12ª ed., Civitas, Madrid, t. II.

Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO (2011), "El fin del silencio positivo en las licencias", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 268, pp. 13-32.

José Antonio GARCÍA-TREVIJANO GARNICA (2009), "Silencio administrativo y licencias urbanísticas", *Diario La Ley*, núm. 7156.

Francisco Javier GARCÍA-VALDECASAS ALEX (2009), "El silencio 'positivamente negativo' en la solicitud de licencias urbanísticas como contributivo de corrupción urbanística: réquiem por el silencio positivo en este ámbito", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12, pp. 1762-1768.

Nuno GAROUPA y Carlos GÓMEZ LIGÜERRE (2011a), "The Syndrome of the Efficiency of the Common Law", *Boston University International Law Journal*, Vol. 29, núm. 2, 2011, pp. 287-335.

-- (2011b), "The Evolution of the Common Law and Efficiency", *Illinois Law, Behavior and Social Science Research Papers Series*, núm. LBSS11-15.

Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (2011), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, Madrid.

John C. GOODMAN (1978), "An Economic Theory of the Evolution of the Common Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 7, núm. 2, pp. 393-406.

Benjamín GÓRRIZ GÓMEZ (2010), "Ejecutividad de sanciones, prescripción de infracciones y sanciones, y silencio administrativo", *Diario La Ley*, núm. 7352.

Riccardo GUASTINI (1999), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, trad. Jordi FERRER I BELTRÁN, Gedisa, Barcelona.

Gillian K. HADFIELD (1992), "Bias in the Evolution of Legal Rules", *Georgetown Law Journal*, Vol. 80, núm. 3, pp. 583-616.

Vidal HERNÁNDEZ LÓPEZ (1992), "La reforma procesal contencioso-administrativa (y III)", *Actualidad Administrativa*, núm. 37, pp. 431-450.

Jack HIRSHLEIFER (1980), "Evolutionary Models in Economics and Law: Cooperation Versus Conflict Strategies", *UCLA Economics Working Papers*, 170.

Inés Celia IGLESIAS CANLE (2005), *Los recursos contencioso-administrativos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Fernando IRURZUN MONTORO (2010), en VV.AA., *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Cizur Menor.

Maria Angela JARDIM DE SANTA CRUZ OLIVEIRA Y Nuno GAROUPA (2012), "Stare decisis and certiorari arrive to Brazil: A Comparative Law and Economics Approach", *Illinois Law, Behavior and Social Science Research Papers Series*, núm. LBSS13-07.

Hans Kelsen (1960), *Reine Rechtslehre*, 2ª ed., Franz Deuticke, Wien.

Daniel P. KESSLER (ed.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, University of Chicago Press, Chicago, 2011.

Daniel KLERMAN (2007), "Jurisdictional Competition and the Evolution of the Common Law", *University of Chicago Law Review*, Vol. 74, núm. 4, pp. 1179-1226.

William M. LANDES y Richard A. POSNER (1979), "Adjudication as a Private Good", *Journal of Legal Studies*, Vol. 8, núm. 2, pp. 235-284.

Francisco Javier LAPORTA SAN MIGUEL (1997), "Vindicación del precedente judicial en España", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 1, pp. 267-278.

José Antonio LÓPEZ PELLICER (2000), "La actuación extemporánea de la administración en el procedimiento sancionador", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 105, pp. 105-117.

Barbara LUPPI y Francesco PARISI (2012), "Litigation and legal evolution: does procedure matter?", *Public Choice*, Vol. 152, núm. 1-2, pp. 181-201.

Víctor MENDOZA OLIVÁN (1964), "El recurso en interés de la ley en lo contencioso-administrativo", *Revista de Derecho Procesal*, núm. 4, pp. 29-46.

Thomas J. MICELI (2009), "Legal Change: Selective Litigation, Judicial Bias, and Precedent", *Journal of Legal Studies*, Vol. 38, núm. 1, pp. 157-168.

Daniel MICÓ BONORA (2012), *El recurso en interés de ley*, Universitat de València, Valencia.

Ricardo MIÑARRO MONTOYA y Catalina MIÑARRO BRUGAROLAS (1998), "El recurso de casación en interés de la ley", en Enrique ARNALDO ALCUBILLA y Rafael FERNÁNDEZ VALVERDE (dirs.), *Jurisdicción contencioso-administrativa*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, pp. 1153-1167.

Lourdes Yolanda MONTAÑÉS CASTILLO (2012), "Silencio 'contra legem' en materia de licencias urbanísticas. Una nueva vuelta de tuerca a la doctrina legal del Tribunal Supremo a propósito del proceso de modernización de las administraciones", en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Ricardo ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, vol. I, pp. 1727-1750.

Leonor MORAL SORIANO (2002), *El precedente judicial*, Marcial Pons, Madrid.

Víctor MORENO CÁTENA (1999), "Recursos de casación en interés de la ley", en Vicente GIMENO SENDRA ET AL., *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, pp. 690-702.

-- (2004), en Vicente GIMENO SENDRA, Víctor MORENO CÁTENA y Pascual SALA SÁNCHEZ, *Derecho procesal administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

Santiago MUÑOZ MACHADO (2006), *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general*, Iustel, Madrid, t. II.

María del Carmen NÚÑEZ LOZANO, "La inderogabilidad singular de los reglamentos en la Ley del Gobierno", en Francisco SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, 2000, t. II, pp. 1687-1704.

Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS (2000), *Los efectos de las sentencias de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, Elcano.

Richard A. POSNER (1980), "The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication", *Hofstra Law Review*, Vol. 8, núm. 3, pp. 487-507.

-- (1992), *Economic Analysis of Law*, Little, Brown & Company, Boston.

J. Robert S. PRICHARD (1988), "A Systemic Approach to Comparative Law: The Effect of Cost, Fee, and Financing Rules on the Development of the Substantive Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 17, núm. 2, pp. 451-475.

George L. PRIEST (1977), "The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules", *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, núm. 1, pp. 65-82.

George L. PRIEST y Benjamin KLEIN (1984), "The Selection of Disputes for Litigation", *Journal of Legal Studies*, Vol. 13, núm. 1, pp. 1-55.

José Antonio RAZQUIN LIZARRAGA (2009), "Silencio administrativo y urbanismo: imposibilidad de adquirir licencias urbanísticas por silencio administrativo *contra legem*", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2009.

Juan Luis REQUEJO PAGÉS (1989), *Jurisdicción e independencia judicial*, CEC, Madrid.

Ricardo RIVERO ORTEGA (2002), "Precedente, jurisprudencia y doctrina legal en Derecho público: reconsideración de las sentencias como fuente del Derecho", *Revista de Administración Pública*, núm. 157, pp. 89-118.

Mario J. RIZZO (1980), "The Mirage of Efficiency", *Hofstra Law Review*, Vol. 8, núm. 3, pp. 641-658.

José Ramón RODRÍGUEZ CARBAJO (2008), "Los recursos de casación en interés de la ley (a propósito de la STS de 26 de marzo de 2008)", *Actualidad Administrativa*, núm. 11.

Mark J. ROE (1996), "Chaos and Evolution in Law and Economics", *Harvard Law Review*, Vol. 109, núm. 3, pp. 641-668.

Cecilia ROSENDE VILLAR (2002), *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor.

Paul H. RUBIN (1977), "Why is the Common Law Efficient?", *Journal of Legal Studies*, Vol. 6, núm. 1, pp. 51-63.

-- (1982), "Common Law and Statute Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 11, núm. 2, pp. 205-223.

-- (2005), "Micro and Macro Legal Efficiency: Supply and Demand", *Supreme Court Economic*

Review, Vol. 13, núm. 1, pp. 19-34.

Francisco RUIZ RISUEÑO (2004), *El proceso contencioso-administrativo*, Colex, Madrid.

Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (2005), "La caducidad del procedimiento", *Revista de Administración Pública*, núm. 168, pp. 7-56.

-- (2010), *La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Iustel, Madrid.

Íñigo SANZ RUBIALES (2006), "Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico", *Revista de Administración Pública*, núm. 171, pp. 181-214.

Daniel SARMIENTO (2012), "La aplicación del Derecho de la Unión por el Tribunal Supremo en tiempos de crisis", *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, núm. 13.

Frederick SCHAUER y Richard ZECKHAUSER (2011), "The Trouble with Cases", en Daniel P. KESSLER (ed.), *Regulation versus litigation: perspectives from economics and law*, University of Chicago Press, Chicago, pp. 45-70.

Adolfo SERRANO DE TRIANA (2008), "Sanciones firmes y jurisprudencia en el Derecho administrativo sancionador", *Actualidad Administrativa*, núm. 17.

Steven SHAVELL (1997), "The Fundamental Divergence between the Private and the Social Motive to Use the Legal System", *Journal of Legal Studies*, Vol. 26, núm. 2, pp. 575-612.

Adam SMITH (1776), *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, citado por la ed. de Thomas Nelson, Edinburgh, 1843.

Javier TAJADURA TEJADA (2008), "La posición del Tribunal Supremo y el valor de la jurisprudencia: análisis desde una perspectiva constitucional", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 9, pp. 167-192.

R. Peter TERREBONNE (1981), "A Strictly Evolutionary Model of Common Law", *Journal of Legal Studies*, Vol. 10, núm. 2, pp. 397-407.

Todd J. ZYWICKI (2003), "The Rise and the Fall of Efficiency in the Common Law: A Supply-Side Analysis", *Northwestern University Law Review*, Vol. 97, núm. 4, pp. 1551-1633.