

**COMENTARIOS A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
DE 17 DE MARZO DE 2016: INCONSTITUCIONALIDAD Y NULIDAD
DEL ARTÍCULO 102 BIS, PRIMER PÁRRAFO DEL APARTADO 2, DE LA
LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA**

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha

Fecha de finalización de trabajo: Marzo de 2016

I. ANTECEDENTES

Los antecedentes fácticos del pronunciamiento del Tribunal Constitucional tienen como origen que, en diciembre del año 2010, un recurrente presentó ante los Juzgados de lo Contencioso administrativo demanda contra una Resolución de la Delegación del Gobierno por la que se decretaba la expulsión de un ciudadano del territorio nacional, con prohibición de entrada por un período de tres años en España y en los restantes territorios comprendidos en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 19 de junio de 1990.

La demanda fue turnada a un Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid, el cual, por Auto confirmó la medida cautelarísima de suspensión de la orden administrativa de expulsión, previamente acordada por un Juzgado de Instrucción de Madrid. Posteriormente, por decreto del Secretario del Juzgado, de 25 de abril de 2011, se acordó la admisión a trámite de la demanda contencioso-administrativa y, por diligencia de ordenación de esa misma fecha, se señaló para la celebración del juicio oral el 22 de abril de 2014, al amparo de lo establecido por el artículo 182 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

El recurrente interpuso recurso de reposición contra la diligencia de ordenación, de 25 de abril de 2011, al entender que lo dilatado del plazo de señalamiento para la vista vulneraba su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que se reconoce en el artículo 24.2 CE. El recurso de reposición fue desestimado por decreto del Secretario Judicial, de 26 de mayo de 2011, que confirmó la diligencia recurrida en todos sus extremos, interponiéndose entonces por la parte recurrente demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional fundamentado en la vulneración e infracción del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas garantizado en el artículo 24.2 CE, al no entender razonable que se señale para el 22 de abril de 2014 la celebración de la vista de un procedimiento abreviado contencioso-administrativo, cuando la demanda fue interpuesta el 10 de diciembre de 2010.

Como presupuesto para el ejercicio del recurso de amparo se invocaba por el recurrente que el decreto del Secretario del Juzgado de 26 de mayo de 2011 agota todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para los casos concretos, dado que, de

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

conformidad con lo previsto por los artículos 79 y 102 bis 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en adelante LJCA, (en la redacción que les dio la ley 13/2009, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial), contra el decreto que resuelve el recurso de reposición no se dará recurso alguno, siendo así imputable la vulneración del derecho al Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Madrid.

Por el Tribunal Constitucional, en adelante TC, se admitió el recurso de amparo por providencia de 15 de marzo de 2012 de la Sala Segunda del TC, continuándose la tramitación del recurso de amparo núm. 4577/2011 hasta que por providencia, de 16 de julio de 2012, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 55.2 y 35.2 LOTC, y con suspensión del plazo para dictar sentencia, se decidió oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común de diez días pudieran alegar lo que desearan sobre la pertinencia de plantear cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el artículo 102 bis.2 LJCA. Este precepto excluye del recurso directo de revisión el decreto del Secretario Judicial resolutivo del recurso de reposición contra la diligencia de ordenación que señala el día del juicio oral, lo que privaría al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano la cuestión, que afecta al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (artículo 24.2 CE).

Posteriormente, en virtud de providencia, de 8 de octubre de 2013, el Pleno del TC admitió a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad, planteada por su Sala Segunda en el recurso de amparo núm. 4577/2011, en relación con el art. 102 bis, apartado 2, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA), por posible vulneración del artículo 24.1 CE.

Hay que tener en cuenta que dicho precepto fue incorporado a la LJCA por el artículo 14.45 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, y contiene el régimen de impugnación de las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia (anteriormente denominados Secretarios Judiciales), en el proceso contencioso-administrativo, señalando textualmente que *“2. Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva. Cabrá recurso directo de revisión contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos sin que, en ningún caso, proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto. Cabrá interponer igualmente recurso directo de revisión contra los decretos en aquellos casos en que expresamente se prevea”*.

La Sala Segunda del TC fundamentaba el planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad respecto del art. 102 bis, apartado 2, de la LJCA, fundamentalmente en que *“este precepto excluye del recurso directo de revisión el decreto del Secretario Judicial resolutivo del recurso de reposición contra las diligencias de ordenación del Secretario del Juzgado, y, entre ellas, la que señala el día para la celebración de la vista en el procedimiento abreviado, privando así al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano una cuestión tan importante como es la relativa a la afcción de un derecho fundamental, que en el presente caso se refiere, como ya ha*

quedado expuesto, al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, todo lo cual, como ha señalado el Ministerio Fiscal, puede suponer una desatención del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE|| (ATC 163/2013, FJ 2).”

II. ANÁLISIS JURÍDICO DE LA SENTENCIA DE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 17 DE MARZO DE 2016

La sentencia judicial tiene por objeto principal analizar si el artículo 102 bis.2 LJCA podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva contemplada en el artículo 24.1 CE, al excluir la posibilidad que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia que resuelve el recurso de reposición contra sus propias diligencias de ordenación sea revisado por el Juez o Tribunal a través de un recurso directo de revisión, lo que supondría privar al interesado de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano una cuestión que afecta a un derecho fundamental (en el caso objeto del procedimiento principal, la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, garantizado por el artículo 24.2 CE), como consecuencia de esta desatención del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza precisamente el artículo 24.1 CE.

En primer término, como antecedente legislativo se pone en conexión el precepto objeto de análisis con el modelo de oficina judicial que fue diseñado por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que desarrolló la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, en donde reforzar la figura de los Letrados de la Administración de Justicia era una de las prioridades de la reforma legal, atribuyéndose a éstos también otras funciones adicionales en materias colaterales a la función jurisdiccional, y en concreto se les reconoció la facultad de dictar determinadas resoluciones motivadas, denominadas decretos, relevantes para el desarrollo del proceso judicial.

En cuanto al régimen legal de recursos en el proceso contencioso administrativo¹, hay que tener en cuenta que contra las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, el propio artículo 102 bis.2 LJCA establece que:

- Contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos del Letrado de la Administración de Justicia cabe recurso de reposición ante el propio Letrado que dictó la resolución recurrida, excepto en los casos en los que la ley prevea recurso directo de revisión ante el Juez o Tribunal. Añadiendo que frente los decretos del Letrado de la Administración de Justicia resolutorios del recurso de reposición promovido contra las diligencias de ordenación y decretos no definitivos no se darán recurso alguno, sin perjuicio

¹ Véase que se corresponde con las previsiones generales contenidas en los artículos 454 y 454 bis.1 LEC (este último añadido también por la Ley 13/2009 y modificado por la Ley 37/2011, de 10 de octubre); y que el art. 456.4 LOPJ, en la redacción resultante de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, determina con carácter general que las diligencias de ordenación y los decretos serán recurribles en los casos y formas previstos en las leyes procesales.

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

de reproducir la queja al recurrir, en su caso, la resolución definitiva que recaiga en el proceso contencioso-administrativo.

- Contra los decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia (esto es, aquellos por los que se ponga fin al procedimiento o que impidan su continuación) y en los demás casos legalmente previstos, cabrá recurso directo de revisión, a resolver por el Juez o Tribunal, según proceda.

La cuestión nuclear del debate de constitucionalidad que aborda la sentencia judicial estaba en determinar si es compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva que se garantiza en el artículo 24 CE, y con el denominado principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional² el hecho de que una decisión procesal que afecta a un derecho fundamental no pueda ser revisada por los Jueces y Tribunales titulares en exclusiva de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE).³

Se invoca en la sentencia judicial la jurisprudencia del propio TC⁴, y del TJUE⁵ sobre el principio de exclusividad jurisdiccional para indicar que si bien en la distribución de funciones dentro del proceso entre los Jueces o Tribunales y los Letrados de la Administración de Justicia que se prevé en desarrollo de la Ley Orgánica 19/2003, en principio, no se aprecia reproche de inconstitucionalidad, cuestión diferente sería que no se garantizase, como acontece en el supuesto examinado, que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso pudiera ser sometida al control del Juez o Tribunal, lo que resultaría una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (artículo 10.2 CE)⁶.

² El art. 117.3 CE señala que *“El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”* y derivado del principio de independencia judicial garantizado por el art. 117.1 CE *“La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”*.

³ La tutela judicial efectiva sin indefensión que a todos garantiza el art. 24.1 CE ha sido reconocida por la doctrina del Tribunal Constitucional, entre otras en: **STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 2; 71/2000, de 13 de marzo, FJ 3; 214/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; 13/2005, de 31 de enero, FJ 3; 150/2011, de 29 de septiembre, FJ 11.; y 181/2000, de 29 de junio, FJ 19**

⁴ Véase entre otras: **STC 108/1986, FJ 6; STC 37/2012, FJ 5; STC 108/1986, FJ 6; STC 37/2012, FJ 6; STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 19; y STC 190/2005, de 7 de julio, FJ 6.**

⁵ **Sentencia de 18 de febrero de 2016 (asunto C-49/14) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

⁶ Precisamente se ha planteado una petición de decisión prejudicial por el Secretario Judicial del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Terrassa (España) el 23 de septiembre de 2015, Ramón Margarit Panicello/Pilar Hernández Martínez (**Asunto C-503/15**), en donde se planteaban las siguientes cuestiones:

¿Se oponen los artículos 34, 35, 207.2 y 207.4 (Ley 1/2000), al regular el procedimiento gubernativo de Jura de Cuentas, al artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea por cuanto se veda la posibilidad de control judicial? En caso afirmativo

GABILEX
Nº 5
MARZO 2016

Para el TC el derecho fundamental garantizado por el artículo 24.1 CE, que comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea aplicado por los Jueces y Tribunales, y el principio de exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a ellos atribuidos, contemplado en el artículo 117.3 CE, impiden que se pueda excluir la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como se produce en el párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA.

Además, en el presente supuesto tampoco podría salvarse la inconstitucionalidad del citado precepto por la concurrencia de mecanismos alternativos y específicos al régimen de recursos contencioso administrativo (declaración de nulidad del artículo 240.2 LOPJ, incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ...)

Por todo ello, el TC declara que el párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA, que dispone que *“Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva”*, incurre en inconstitucionalidad al vulnerar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial, declarando de forma concluyente que:

“El derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como acontece en el cuestionado párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA.

Entenderlo de otro modo supondría admitir la existencia de un sector de inmunidad jurisdiccional, lo que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva (así, STC 149/2000, de 1 de junio, FJ 3, para otro supuesto de exclusión de recurso judicial) y conduce a privar al justiciable de su derecho a que la decisión procesal del Letrado de la Administración de Justicia sea examinada y revisada por quien está investido de jurisdicción (esto es, por el Juez o Tribunal), lo que constituiría una patente violación del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/1999, de 14 de junio, FJ 4, y 208/2015, de 5 de octubre, FJ 5). “(fundamento de derecho 7).

¿Es el Secretario Judicial, en el ámbito del procedimiento de los artículos 34 y 35 (Ley 1/2000), “órgano jurisdiccional”, a los efectos del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea?

¿Se oponen los artículos 34 y 35 (Ley 1/2000), a los artículos 6.1 y 7.2 de la Directiva 93/13/CEE y a los artículos 6.1 d) y 11 y 12 de la Directiva 2005/29/CE al vedar el control de oficio de las eventuales cláusulas abusivas o prácticas comerciales desleales que contengan los contratos celebrados entre Abogados con personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad profesional?

¿Se oponen los artículos 34 y 35 (Ley 1/2000), a los artículos 6.1, 7.2 y anexo 3.1.q) de la Directiva 93/13/CEE, al impedir la práctica de prueba en el procedimiento administrativo de “jura de cuentas” para resolver la cuestión?”

Así, el fallo de la sentencia del TC estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara la inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2 del art. 102 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en la redacción dada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

III.CONCLUSIONES

Aunque sin duda el pronunciamiento del TC refuerza las garantías de estado de derecho, como señalan expertos juristas en la materia⁷, también queda cierta sensación de falta de plenitud del fallo debido a que, por cuestiones formales, no se pudiera entrar al fondo del debate que planteaba el recurrente, que recordemos era que el dilatado del plazo de señalamiento para la vista vulneraba su derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, que es un mal endémico en nuestra Administración de Justicia debido a la carencia de medios personales y materiales, y que puede afectar directamente al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas de los ciudadanos.

En cuanto a las consecuencias jurídicas del pronunciamiento judicial, más allá de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad del primer párrafo del apartado 2 del art. 102 LJCA, en la nota informativa n.º 24/2016 del Gabinete de Presidencia del TC, de fecha 21 de marzo de 2016, textualmente se declara que *“El Pleno acuerda que, mientras el legislador no se pronuncie sobre el párrafo anulado, contra los decretos del letrado de la Administración de Justicia que resuelvan recursos de reposición cabrá la revisión por el juez o tribunal, tal y como establece para otros supuestos el propio art. 102 bis.2 LJCA”*⁸, lo que, a mi juicio, plantea serias dudas jurídicas acerca del alcance o extensión que se pretende, ya que ni en los fundamentos de derecho ni en el propio fallo de la sentencia judicial se fija o extiende el alcance que pretende darse en una nota informativa, sin valor jurídico alguno, lo que por otra parte ya ha sido cuestionado, entre otros, por la Comisión ejecutiva del Sindicato de Secretarios Judiciales (SISEJ) que además considera que de facto supone convertir al TC en poder legislador.⁹

⁷ Puede verse la entrada, de fecha 22 de marzo de 2016, del blog del magistrado especialista del TSJ de Galicia, D. José Ramón Chaves:
<http://delajusticia.com/2016/03/22/el-tc-declara-inconstitucional-la-imposibilidad-de-recursos-judiciales-frente-a-los-decretos-de-los-secretarios-judiciales/#more-950751> (consultado el 28 de marzo de 2016).

⁸ Accesible:http://www.tribunalconstitucional.es/es/salaPrensa/Documents/NP_2016_024/Nota%20informativa%20n%C2%BA%2024-2016.pdf (consultado el 26 de marzo de 2016).

⁹ En la valoración sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 marzo 2016: la necesaria reforma del régimen legal de señalamientos, la Comisión ejecutiva del Sindicato de Secretarios Judiciales (SISEJ) indica que: *“el Pleno de este órgano ha decidido “legislar”, alterando el régimen de recursos legalmente previstos mientras el legislador no se pronuncie sobre el párrafo anulado. A nuestro juicio, y siempre desde el máximo respeto a las actuaciones del Tribunal, dicho pronunciamiento, adoptado al margen de la sentencia dictada, excede de las competencias del Pleno, distorsiona el trámite procesal y no garantiza, en ningún caso, que con ello no se vulnere el derecho cuestionado, que en el fondo no es sino el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas”*. Accesible: <http://pensamientocritico.sisej.com/?p=675> (consultado el 26 de marzo de 2016).

GABILEX
N° 5
MARZO 2016