

# Reflexiones ante el “eslalon” jurisprudencial del Tribunal Supremo

Álvaro Cuesta Martínez  
Vocal del Consejo General  
del Poder Judicial

**Sin** entrar en el fondo de las resoluciones judiciales acordadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, ya lo sean por su Sección Segunda o por la Sala en Pleno, sobre la imputabilidad del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y la condición de sujeto pasivo en los préstamos con garantía hipotecaria, y desde el respeto más exquisito a la independencia del Poder Judicial y a la función jurisdiccional que ejercen sus magistrados, al hilo del debate público y social se han suscitado algunas cuestiones que podríamos denominar “previas” y sobre las que considero conveniente reflexionar.

En primer lugar, hemos de plantearnos, aunque sea evidente y elemental, cuál es el papel que representa la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dentro del sistema español de fuentes del Derecho. ¿Qué lugar ocupa la Jurisprudencia en la jerarquía de fuentes dentro de un sistema jurídico complejo como es el sistema español, integrado en la Unión Europea y en la sociedad y economía de la globalización? Las normas jurídicas del Derecho interno cobran una nueva vida cuando se aplican en una nueva contextualización europea y global, es decir, ofrecen una nueva visión o coloración cuando se les superpone lentes sobrevenidas. Pero, ¿estamos ante el juez-legislador?, ¿ante una “jurisprudencia de creación libre del Derecho”?

Es cierto que la aplicación e interpretación del Derecho, función de los Tribunales de Justicia, no es una tarea fácil ni automática y está sometida a un sistema armónico y complejo de normas para integrar el Derecho a la metodología del caso, en consonancia suprema y siempre a la luz de la Constitución, ya desde que Savigny diseñara la teoría de la interpretación de las leyes. En nuestro sistema La

Jurisprudencia tiene la función y trascendencia normativa de complementar el ordenamiento jurídico, sin olvidar la primacía de la ley.

En un libro titulado *Las Sentencias fundamentales del Tribunal Supremo en materia contencioso-administrativa* coordinado por el Magistrado del TS José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat y por el Catedrático Luciano Parejo Alfonso, destacan ambos autores el papel decisivo del legislador en el desarrollo de nuestro Derecho Administrativo, sosteniendo, no obstante, que no menos importante ha sido la doctrina del Tribunal Supremo. Sostienen los mencionados autores que en el ámbito del Derecho Administrativo existe una flexibilización del principio de legalidad, llegando a hablar de “la pluralización heterárquica de las fuentes del Derecho” y, por tanto de la ruptura de la unidad y jerarquía del ordenamiento estatal.

En efecto, como afirman los eminentes juristas citados, no podemos negar que existe una debilitación progresiva de la capacidad del legislador para establecer en la actual sociedad del riesgo y la incertidumbre, en evolución e innovación trepidante generada por la ciencia y la técnica, reglas con densidad y estabilidad suficientes para cumplir el estándar tradicional del principio de legalidad. A ello se une la reducción del papel del legislador formal en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión Europea. Las normas muchas veces son amplias, generales e imprecisas, o emplean conceptos tan abstractos y flexibles que se acaba dejando en manos del juzgador una cierta libertad de decisión para establecer la solución concreta del caso. Es más, el legislador a veces delega el desarrollo normativo en los tribunales, existiendo entre legislador y Tribunales, ley y jurisprudencia, una

interactuación bilateral en la función legislativa o creativa del Derecho.

No podemos negar en nuestros días la relevante aportación de la doctrina jurisprudencial a la precisión, consolidación y evolución del Derecho Administrativo. Pero tampoco podemos desconocer que el legislador tiene la llave, pues en nuestro sistema, como afirma en la parte general de su *Curso de Derecho Civil* el insigne profesor Carlos Lasarte cuando analiza las fuentes del Derecho y el valor complementario de la jurisprudencia, "el Juez no tiene habilitación alguna para crear libremente el Derecho según sus propias convicciones y criterios ético-jurídicos".

En segundo lugar, la jurisprudencia no es inmutable. Sostiene la Magistrada Pilar Teso Gamella en la obra jurisprudencial citada anteriormente que como se deriva de la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, la motivación es especialmente intensa a la hora de cambiar el criterio que el órgano jurisdiccional había venido

siguiendo. Se trata de exteriorizar en los fundamentos de la sentencia no solo las razones que explican la decisión contenida en el fallo, sino

*La Independencia judicial como requisito del Estado de Derecho exige a los poderes públicos, y especialmente al órgano de gobierno del Poder Judicial, una conducta de escrupuloso respeto, de no interferencia y, por lo tanto, de no intervención, ni disciplinaria ni de ningún orden respecto de los pronunciamientos y materias jurisdiccionales.*

también aquellas otras razones que han llevado el juez o tribunal a variar un criterio expresado con anterioridad. Es preciso que se evidencie que el órgano jurisdiccional es consciente de que está cambiando de criterio y explique por qué razones lo hace. Los pronunciamientos dispares sobre cuestiones idénticas lesionan la igualdad en la aplicación de la ley, por lo que ese "plus" de motivación ha de ser rigurosamente observado. Es





**Deseo una suscripción a la Revista TEMAS**

Suscripción anual España (12 números) ..... 50,00 €

Suscripción anual Europa y América (correo superficie) ..... 75,00 €

Deseo recibir las tapas para encuadernar el año ..... 10,00 €

Nombre .....

Domicilio .....

Población ..... Provincia ..... C.P. ....

Correo electrónico ..... Teléf. .... Móvil .....

**Forma de pago**

Les envío el importe (talón/giro postal) a **Iniciativas Editoriales Sistema, S.A.**

Espero recibir la factura (pago por transferencia)

Deseo domiciliar el pago en mi cuenta: .....

Sr. Director del Banco/Caja Postal .....

Agencia/Dirección .....

Población ..... C.P. ....

Sr. Director, le agradeceré que con cargo a mi cuenta/libreta atienda los recibos que anualmente les presentará **Iniciativas Editoriales Sistema, S.A.**

Tarjeta de Crédito: VISA  MASTERCARD  AMERICAN EXPRESS  EUROCARD  Atentamente,

TITULAR .....

Núm. .... -CCV ... CADUCA ... / ... Fdo.: .....

..... a ..... de ..... de 2018

muy interesante, sobre la necesaria *“motivación y el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación en la aplicación de la ley”*, la sentencia de 22 de noviembre de 2006 de la Sala Tercera del TS en el recurso número 3961/2003. En el mismo sentido, y sobre la fuerza vinculante de la jurisprudencia existe reiterada jurisprudencia, en el sentido de que *“el principio de vincularidad”, de la jurisprudencia” se interpreta flexiblemente, por lo que destacaré la STS de 6 de noviembre de 2012(RC 362372009), al decir: “un cambio de orientación o de criterio de una determinada línea jurisprudencial es perfectamente posible... siempre que el cambio de criterio no sea fruto de un mero voluntarismo casuístico sino consciente, justificado y razonado”*.

Lo más que puede hacer un presidente de un órgano gubernativo, del Tribunal Supremo o del Consejo, una vez actuada y producida una resolución judicial, es prestar y poner a disposición del Tribunal Sentenciador medios para que puedan comunicar y hacerse entender, si el juzgador lo estima oportuno, y con carácter general, remover los obstáculos para que ejerzan con independencia su función jurisdiccional.

El tenor del artículo 117.3 de la Constitución o del 176.2 de la LOPJ y la reiterada jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, así como el propio Tribunal Constitucional, dejan clara la idea de que la cuestión jurisdiccional es un territorio exento de cualquier interferencia del CGPJ, siendo reiterada



En tercer lugar, las resoluciones judiciales citadas y el eslalon jurisprudencial nos llevan a evocar el principio de Independencia del Juez en la acción de juzgar y ejecutar lo juzgado. *“¿Qué hizo el Consejo?”—se dijo—. ¿Por qué no se corrigió al Presidente de la Sala Tercera?*

La independencia judicial como requisito del Estado de Derecho exige a los poderes públicos, y especialmente al órgano de gobierno del Poder Judicial una conducta de escrupuloso respeto, de no interferencia y, por lo tanto, de no intervención, ni disciplinaria ni de ningún orden respecto de los pronunciamientos y materias jurisdiccionales.

El Consejo del Poder Judicial debe regirse por la dinámica de *“manos atadas”* y, como mucho, por la regla de la modulada, prudente y sana crítica.

doctrina que, una vez que un órgano judicial adopta una determinada decisión, o estando pendiente de ello, no puede el propio Consejo General intervenir para modificar su contenido. La actividad inspectora del Consejo ha de respetar la exclusividad que sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a jueces y magistrados. La función investigadora debe limitarse a las disfunciones burocráticas de la organización judicial y a la constatación del cumplimiento de las obligaciones profesionales que estatutariamente corresponden a jueces y magistrados en su faceta de empleados públicos. En la actuación de los jueces y magistrados son de diferenciar dos aspectos: El de empleados públicos sujetos a un estatuto profesional y el de titulares de la potestad jurisdiccional, que

es ajena a la actividad inspectora o gubernativa del Consejo.

En cuarto lugar, la cuestión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo nos lleva al tema de la designación de los magistrados de dicho Tribunal. ¿Quién y cómo los nombra? El Consejo General del Poder Judicial, de forma motivada, y bajo el control jurisdiccional del Tribunal Supremo. ¿Y quién nombra en un sistema parlamentario al Consejo General? ¿Es lógico que sea el Parlamento o eso genera una perversa politización? ¿Se puede sostener en un régimen democrático y parlamentario que lo que provenga del Parlamento sea intrínsecamente perverso por estar politizado? Sobre esta cuestión mucho se ha especulado estos días, y conviene aclarar algunos extremos, a los que ya me he referido en el anterior artículo del mes de octubre publicado en esta revista, titulado "Sentido y destino del Consejo General del Poder Judicial".

En Consejo no representa a los Jueces, ni es titular del poder judicial ni se superpone a los jueces en las funciones jurisdiccionales, no es de los jueces ni es un órgano sindical. Es un órgano constitucional y de gobierno. La Constitución y el Tribunal Constitucional no se oponen a que todo el Consejo sea elegido por el Parlamento. No son los países con Consejos más corporativos los más y mejores defensores y los que tienen más credibilidad en la independencia judicial. Los jueces no son un Estado dentro del Estado, no son un estamento, ni España es un régimen estamental que deba preservar institucionalmente los privilegios de los Estamentos del Antiguo Régimen, como se sostenía a finales de la Ilustración y del siglo XVIII. De la época de la Ilustración en la justicia, solo deben quedar los palacios y edificios singulares, y a ser posible modernizados y adaptados a las necesidades presentes.

En quinto lugar, el gran problema de los nombramientos deriva a veces de una deficiente regulación en la valoración de los requisitos de mérito y capacidad. En España no hay un diseño de una "carrera profesional" en la judicatura. Existe un artículo en la Ley Orgánica, el artículo 433 bis que hablando de una formación especializada e individualizada afirma: "El cumplimiento de los objetivos del Plan especializado de Formación de cada uno de los Jueces y Magistrados será evaluado por el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de ascensos y promoción profesional". Nadie se pregunta por qué no se

desarrolla y aplica dicho artículo. Tampoco figura en la plataforma de la huelga de jueces.

Con todo ello creo que tenemos una magnífica carrera judicial, basada en el mérito y la capacidad, con una gran cualificación jurídico-técnica y, en general, salvo caprichos corporativos al margen, al Tribunal Supremo llegan extraordinarios profesionales. Pero se podría mejorar el sistema de nombramientos. Creo que la peor "puerta giratoria" no es la de la política a la Judicatura, pues sus nocivos efectos son limitables y evitables con el régimen de las incompatibilidades y de las prohibiciones, así como con la abstención y la recusación, con la transparencia, el gobierno de lo público en público y con la observancia y aplicación del código ético de la carrera judicial. La peor puerta giratoria es la que conduce de la Judicatura a los Grandes despachos, a los servicios jurídicos financieros o a las grandes corporaciones, y el retorno posterior.

*Es preciso reclamar mejores leyes y más claras, más participación social y corporativa en la elaboración de las leyes, así como mejorar y reforzar las funciones consultivas de órganos como el Consejo del Poder Judicial.*

Por último, la jurisprudencia también cumple un papel fundamental: debe excitar el ánimo y el celo del legislador, para seguirla o para apartarse de ella.

En el cuarenta aniversario de la Constitución es de Justicia recordar y releer *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*, del profesor y gran maestro de padres de la Constitución, Elías Díaz, y que tanto enseñó y reflexionó sobre la Justicia en el sistema de "pesos y contrapesos" que equilibran el régimen de división de Poderes del Estado, desde la primacía del poder legislativo, y el carácter insustituible de la Independencia del Poder Judicial". Es preciso reclamar mejores leyes y más claras, pues también ayudan, es preciso reclamar más participación social y corporativa en la elaboración de las leyes, mejorar y reforzar las funciones consultivas de órganos como el Consejo del Poder Judicial, reforzar también la democracia deliberativa, la técnica legislativa, el control del impacto legislativo expost y priorizar, después de cuarenta años, en la justicia, que no solo es un servicio público crucial para la igualdad, sino también una garantía para la tutela de los derechos de los que menos tienen, y un valor superior de nuestra Constitución. **TEMAS**