

**COMENTARIO SOBRE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20
DE DICIEMBRE DE 2006 Y 26 DE NOVIEMBRE DE 2007. A VUELTAS CON
EL VALOR VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA**

Por

ARTURO MUÑOZ ARANGUREN

Abogado

Profesor de Derecho Procesal en el Master en Derecho Privado del Ilustre Colegio de
Abogados de Madrid

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Procesal 17 (2009)

I.- LOS PROLEGÓMENOS

Son objeto del presente trabajo las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007.

No trata aquí de entrar a analizar, nuevamente, el inacabable debate sobre si la jurisprudencia del Tribunal Supremo es o no fuente del Derecho, pues excedería con mucho de los márgenes de este artículo, sino de dar cuenta de la importancia cualitativa que, para nuestro Ordenamiento jurídico, tiene la dirección seguida por las dos sentencias del Tribunal Supremo anteriormente mencionadas.

La cuestión objeto de análisis es el presunto carácter vinculante de la jurisprudencia, que viene a ser afirmado en esas dos resoluciones del Tribunal Supremo, siendo la última especialmente significativa, al haber sido dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil.

Con carácter preliminar, hemos de señalar que esas sentencias del Tribunal Supremo no se dictan de una manera, digamos, espontánea, sino que este paso adelante ha venido precedido de varias llamadas de atención por parte de un sector mayoritario de los propios magistrados del Tribunal Supremo, que venían solicitando, insistentemente, que se consagrara legalmente el carácter vinculante de su jurisprudencia, de la misma manera que el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial lo hace con respecto a la del Tribunal Constitucional.

Esta postura, asumida ahora por la mayoría de los magistrados del Tribunal Supremo, tiene su arranque más inmediato en el informe elaborado por una Comisión de magistrados del Tribunal Supremo, publicado, entre otras propuestas, con el discurso leído por el Presidente del Tribunal Supremo en el acto inaugural del año judicial 2000/2001.

En el informe unido al discurso del Presidente del Tribunal Supremo en el acto inaugural del año 2000/2001, se sostiene que “*resulta ineludible proclamar el valor vinculante de la jurisprudencia, entendiendo por tal el criterio reiterado seguido en la aplicación e interpretación de la Ley por el Tribunal Supremo, en cuanto constituye la garantía fundamental de la unidad del ordenamiento jurídico, como manifestación de la función constitucional que dicho Tribunal atribuye al artículo 123 de la Constitución como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo establecido en materia de garantías constitucionales*”

En el citado informe, titulado “*Del modo de arreglar la justicia*”, la primera modificación legal propuesta consistía en establecer una *cuestión prejudicial* que los Tribunales Superiores de Justicia tendrían el deber de plantear, en dos supuestos:

1º.- Cuando estimaran que debían resolver un asunto con criterios jurídicos diferentes a los que fueron tenidos en cuenta, para resolver sobre un asunto igual, por el propio TSJ, otros TSJ o por el TS.

2º.- Cuando tuvieran que resolver sobre un asunto respecto del que no existiera doctrina jurisprudencial.

En ambos supuestos, los criterios de aplicación y de interpretación establecidos por la sentencia del Tribunal Supremo serían vinculantes para el TSJ.

La segunda reforma propuesta consistía en **la proclamación legal del valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo**. Se argumentaba que, de estar vinculados los tribunales de instancia por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, resolverían con arreglo a la misma, por lo que serían evitadas posteriores recursos de casación ante el Tribunal Supremo, aliviándose su carga de trabajo y permitiéndole concentrarse más en la creación de doctrina jurisprudencial depuradora de las normas; esto es, en el cumplimiento de la denominada *función nomofiláctica*.

Esa tesis favorable a la fuerza vinculante de la jurisprudencia fue nuevamente ratificada en las conclusiones de las jornadas celebradas en el Tribunal Supremo en conmemoración del 25º Aniversario de la Constitución de 1978¹, y en el discurso leído

¹ “*El Tribunal Supremo en el Ordenamiento Constitucional*”, Consejo General del Poder Judicial, 2004, Pág 497.

por el Presidencia del Tribunal Supremo en el acto inaugural del año judicial el día 13 de septiembre de 2005².

En paralelo a estos pronunciamientos de los magistrados del Tribunal Supremo, importantes sectores de la doctrina alzaban su voz en contra. *García de Enterría* mostraba su preocupación por la decisión de “*invertir de potestad creadora de Derecho objetivo, vinculante para todos, a una docena de jueces*”, concluyendo que él entendía más razonable que fueran las Cortes Generales, cuyos miembros son designados por el Pueblo y ostentan el monopolio legislativo, quienes ostentaran, de manera exclusiva, la potestad creadora.³ En la misma línea, *Luis Díez-Picazo* se manifestó en contra de estas propuestas, señalando que “*una cosa es tener que interpretar las leyes para aplicarlas en los litigios, y otra tener un permanente órgano de interpretación que, en cuanto a tal, difícilmente podrá recibir el nombre de tribunal o incluso de órgano jurisdiccional.*”⁴

Estas afirmaciones doctrinales fueron contestadas por algunos Magistrados del propio Tribunal Supremo, como *Ramón Trillo*⁵, y por el propio Presidente del Tribunal Supremo⁶, que puso énfasis en que “*la seguridad jurídica es un valor esencial para el funcionamiento del Estado de Derecho*”, refiriéndose a la necesidad de “*certeza y previsibilidad de las resoluciones judiciales*”, y, por tanto “*de unificar el sentido de las decisiones judiciales en armonía plena con lo dispuesto en la Ley.*”

El antecedente más inmediato de las sentencias de la Sala de lo Civil que a continuación examinaremos fue la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 18 de enero de 2005, que vino a afirmar, literalmente, “*el carácter vinculante de la doctrina legal para los jueces y tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional*”.

Finalmente, parece que las aspiraciones de esta posición mayoritaria de los magistrados del Tribunal Supremo fueron atendidas por el legislador, habiéndose remitido a las Cortes Generales un proyecto de Ley Orgánica de fecha 27 de enero de 2006, que modificaba el art. 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para declarar formalmente la fuerza vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo para los

² “*Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho*”, Consejo General del Poder Judicial, 2005

³ Diario ABC “*Cambio radical del sistema jurídico español*” de 6 de junio de 2002.

⁴ Diario ABC. «*Jurisprudencia y Seguridad Jurídica*» de 31-7-2002.

⁵ Diario ABC “*La mirada del Estado*” de 17 de julio de 2002.

⁶ Diario ABC “*Jurisprudencia y seguridad jurídica*” de 19 de julio de 2002.

órganos jurisdiccionales inferiores⁷. Este proyecto de Ley no llegó a ser aprobado debido a que se presentó unido a otros proyectos, como los relativos a los Juzgados de proximidad y los Consejos Autonómicos, que suscitaban aún mayor polémica. Es reseñable, en todo caso, que en el discurso de investidura el Presidente del Gobierno hizo expresa referencia a este proyecto de Ley, por lo que parece probable una nueva iniciativa legislativa de contenido similar en la presente legislatura.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE DICIEMBRE DE 2006

2.1.- Origen del litigio

La cuestión discutida en este pleito era, muy esquemáticamente resumida, determinar si cabía atribuir responsabilidad civil a un consignatario en concepto de representante de un porteador, por el daño sufrido por una mercancía durante un transporte marítimo sujeto a la normativa de las reglas de *La Haya –Visby* y a la Ley de Transporte Marítimo de 1949.

La sentencia de 20 de diciembre de 2006, cuyo ponente fue *D. Jesús Corbal Fernández*, casa la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 3 de noviembre de 1999, por entender que la citada resolución se aparta de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del consignatario por los actos del porteador.

A juicio del Tribunal Supremo, la sentencia recurrida adolecía, en cuanto a su fundamentación, de una falta de justificación “*relevante, seria y consistente*” para apartarse de una doctrina jurisprudencial que, según dice el propio Tribunal Supremo, era “*reiterada y uniforme*”. Según relata la propia sentencia del Tribunal Supremo, las razones aducidas por la Audiencia Provincial de Barcelona para apartarse de esa línea jurisprudencial eran las siguientes:

A) La modificación legislativa operada por la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, que aún cuando no estaba vigente cuando ocurrieron los hechos, es utilizada por la sentencia de instancia como elemento interpretador que justifica que se aparte de la –teóricamente- doctrina uniforme del Tribunal Supremo sobre este extremo.

B) La posición favorable de la doctrina científica a excluir la responsabilidad civil del consignatario, en concepto de representante del porteador, por el daño sufrido por la mercancía durante un transporte marítimo.

⁷ El proyecto de Ley decía que “*los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo.*”

C) Finalmente se alude por la Audiencia Provincial de Barcelona a que la solución por ella postulada conduce a una “*mejor sintonía entre la norma y la realidad jurídica*”, de conformidad con la regla interpretativa contemplada en el art. 3.1 del Código Civil.

2.2.- Normas declaradas infringidas por la sentencia del Tribunal Supremo

A la vista de estos antecedentes, el Tribunal Supremo no se limita a casar la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, simplemente, porque ésta se oponga a la jurisprudencia presuntamente uniforme de la Sala Primera sobre esta materia. La sentencia da un importantísimo salto cualitativo, al estimar también el primer motivo del recurso de casación de los recurrentes, en el que se alegaba la vulneración del principio de seguridad jurídica, en relación con el **art. 1.6 del Código Civil**, al separarse la Sala *a quo* de la doctrina jurisprudencial que complementa el ordenamiento jurídico. Es decir, este motivo de recurso partía de la base del valor vinculante de la jurisprudencia, y es estimado por el Tribunal Supremo.

También se alegaban por el recurrente otras infracciones, en otros motivos del recurso, como las del **art. 586 del Código de Comercio** y el **art. 3 de la Ley de Transporte Marítimo**, así como de la jurisprudencia que los interpretaba. El Tribunal Supremo opta por examinar todos los motivos del recurso conjuntamente, sin perjuicio de lo cual, en el *Fundamento Jurídico Cuarto* declara expresamente conculcados por la sentencia de instancia el *principio de seguridad jurídica*, en relación con los **art. 9.3 y 24 de la Constitución Española y los artículos 1.6 y 7 del Código Civil**, así como el **art. 2.3 del Código Civil** en relación con el *principio de irretroactividad de las leyes*.

Esta expresa declaración de la estimación de esas infracciones viene precedida por una taxativa declaración de que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo tiene, para la Audiencia Provincial de Barcelona, “*carácter vinculante*”.

Vemos pues que, a pesar de ser innecesario para casar la sentencia recurrida –le hubiera bastado al Alto Tribunal con declarar infringidos los arts. 586 del Código de Comercio y 3 de la Ley de Transporte Marítimo-, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2006 proclama, sin ambages, el carácter vinculante de su jurisprudencia.

2.3.- Los razonamientos empleados por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de diciembre de 2006

La argumentación de la sentencia del Tribunal Supremo para declarar el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial, viene precedida de una serie de consideraciones, en relación a la sentencia casada, sobre las que conviene detenerse:

A) En primer lugar, no deja de ser llamativo que se afirme que efectivamente, un cambio normativo puede implicar un giro de la doctrina a aplicar y, por extensión, justificar un apartamiento o cambio respecto de la jurisprudencia existente, pero que ello nunca puede tener lugar cuando se vulnera el principio de irretroactividad de las Leyes. Discrepamos de esta afirmación, pues la Audiencia Provincial de Barcelona no aplica directamente el art. 73.1 de la Ley 27/1992, en su versión reformada por la Ley 62/1997, al caso debatido en la *litis*, sino que menciona esa modificación legislativa como apoyo a su postura sobre el cambio en la “*realidad social*” que proyecta al ámbito de la responsabilidad del consignatario.

Al margen de lo anterior, el Tribunal Supremo ha modificado su criterio sobre determinadas materias en base a cambios normativos no aplicables al caso debatido, pero que le sirven de apoyo para cambiar su orientación con el fin de acomodar la jurisprudencia a la “*realidad social*” del tiempo en que la sentencia tiene que ser dictada. Por poner un ejemplo reciente, entre otros muchos, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha modificado, tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, su propia doctrina jurisprudencial en relación al procedimiento de quiebra en numerosas cuestiones relevantes, como por ejemplo la exigencia de perjuicio para la masa de acreedores como requisito para declarar la nulidad de los negocios jurídicos celebrados dentro del periodo de retroacción de la quiebra (y sobre las consecuencias de tal declaración), o sobre la prevalencia del art. 34 de la Ley Hipotecaria cuando entra en colisión con el 878 del Código de Comercio⁸. En estos casos, también los litigantes iniciaron los procedimientos en la creencia de que las normas iban a ser interpretadas en un determinado sentido, y se han encontrado con que el Tribunal Supremo se ha apartado de sus decisiones precedentes, llegando a conclusiones distintas a las anteriores⁹.

B) Se achaca también a la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona que no explica cual es “*la mejor sintonía ante la norma y la realidad jurídica*” – creemos que la alusión de la Sala *a quo* a la Ley 62/1997, de 26 de diciembre tiene por objeto,

⁸ Vid STS de 13 de diciembre de 2005 o de 28 de marzo de 2007, entre otras muchas.

⁹ En relación a la eficacia retroactiva de la jurisprudencia y sus importantes consecuencias, resulta ilustrativo el voto particular del Magistrado Corbal Fernández a la reciente sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, relativo a las donaciones simuladas de bienes inmuebles, de fecha 11 de enero de 2007: “*El cambio jurisprudencial, especialmente cuando incide de modo intenso en el mundo de las relaciones jurídicas, requiere una especial ponderación de su necesidad, bien porque hay una razón nueva que lo justifica, bien porque concurren circunstancias relativas a la realidad jurídica-social que lo exigen, o aconsejan. Entiendo que, en el caso, el cambio es inoportuno (...) sobre todo, porque el cambio va a producir una importante afectación social, porque puede dar lugar a la inestabilidad de situaciones jurídicas creadas al amparo de nuestra jurisprudencia, que es tanto más perturbador en lo que atañe a las donaciones remuneratorias. Es éste el aspecto que más me preocupa, porque la «norma jurisprudencial», a diferencia de una modificación legal, no es, para tal doctrina, irretroactiva. Y ahí radica la trascendencia del cambio que se efectúa, porque el criterio mayoritario plasmado en la Sentencia de que discrepo, como Sentencia de la Sala 1ª en pleno o general, constituye «per se» Jurisprudencia.*”

precisamente, explicar esa “*mejor sintonía*” -, quizá sin tener en cuenta que la obligación que establece el art. 3.1 del Código Civil de aplicar las normas jurídicas según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu final de aquellas, va dirigido no sólo al Tribunal Supremo, sino también a sus inferiores jerárquicos.

Esto es lo que hizo la Audiencia Provincial de Barcelona, de manera sucinta, y se podrá, a nuestro modo de ver, discrepar de la apreciación de la Sala *a quo*, pero no sostener la inexistencia de un apartamiento consciente y justificado de la jurisprudencia

C) Finalmente, y a modo de *deus ex machina*, tras señalar todo lo anterior, se introduce el argumento definitivo de que la doctrina jurisprudencial tiene carácter vinculante para los órganos inferiores.

D) Para concluir, en esa sentencia también se alude a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión debatida es “*unánime y pacífica*”, lo que se contradice con la posterior sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 2007 – a la que a continuación nos referiremos-.

III.- LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO DE FECHA 26 DE NOVIEMBRE DE 2007

3.1.- Los argumentos del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

De nuevo se debatía en este pleito la cuestión relativa a la responsabilidad del consignatario en relación a los daños o pérdidas de la mercancía, frente a los cargadores o destinatarios de la carga.

Como punto de partida, debemos señalar que la propia Sala de lo Civil, ésta vez reunida en Pleno, contradice, a nuestro juicio, la afirmación de la sentencia de 20 de diciembre de 2006, al admitir la existencia de dos líneas jurisprudenciales dispares que, precisamente, hacen necesario una toma de partida “*definitiva*” por parte del Pleno del Tribunal Supremo.

En efecto, en el *Fundamento de Derecho Tercero* de esta segunda sentencia se resumen las posturas jurisprudenciales en relación con la responsabilidad del consignatario, señalándose que la jurisprudencia, en un primer momento, y siguiendo la orientación sugerida por la doctrina francesa, puso en relación las funciones del capitán del buque con las del consignatario, destacando la función originaria de éste como sustituto de aquél, con el fin de que la estancia del buque en el puerto fuera la menor posible (Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1904 y 5 de enero de 1925).

Después menciona que, en una etapa posterior, la jurisprudencia ha venido identificando al consignatario con el naviero, al efecto de hacerle responsable de los daños o pérdidas, frente a los cargadores o destinatarios de la carga, citando, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 2 de noviembre de 1983, 2 de octubre de 1995 y 23 de noviembre de 2006.

Al margen de esa doctrina, el Tribunal Supremo toma nota de que existe otra doctrina jurisprudencial divergente, representada por las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 1966, 25 de junio de 1977 y, más recientemente, de 22 de marzo de 2006, afirmando que en la última de esas resoluciones la Sala ha sentado, de manera consciente, una conclusión que se separa de la línea jurisprudencial de la “*segunda etapa*”.

Esta última sentencia declara, en síntesis, que una interpretación de las normas sobre la responsabilidad de que se trata, coherente con la lógica peculiar del mercado -con la correlación que conviene que se dé entre aquella, la imputación del daño, el control de la acción que se produce y los mecanismos jurídicos que potencian el máximo de eficiencia en las prestaciones profesionales-, lleva a situar al consignatario fuera del ámbito de los artículos 586 del Código de Comercio y 3 de la Ley de Transporte Marítimo, y a someter su responsabilidad, frente a los cargadores o destinatarios de la carga por los daños o pérdidas producidas en la ejecución de la prestación de transporte marítimo, a las normas del contrato de comisión o, en su caso, de agencia, de modo que sólo responderá por la deficiente ejecución del transporte cuando lo haya contratado en su propio nombre y no en el del principal.

El Pleno del Tribunal Supremo constata que la doctrina de la sentencia de 22 de marzo de 2006, y las que ésta a su vez cita, no siguen la postura sustentada por la sentencia de 20 de diciembre de 2006, por lo que la Sala de lo Civil, haciendo uso del instrumento que le brinda el art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se reúne en Pleno, con el fin de adoptar una decisión con el designio “*de unificar definitivamente el criterio jurisprudencial de la materia*”.

Tras unas iniciales y acertadas consideraciones en cuanto al alcance de la decisión del Pleno de la Sala, en las que puede leerse que “*la jurisprudencia no es una creación del Tribunal Supremo fundada en el ejercicio de un poder de casación extrínseco al ordenamiento, vinculante y excluyente (...) sino una reelaboración que el Tribunal hace con materiales de muy diferente procedencia, con los estudios doctrinales, con sus propias resoluciones y las de los tribunales de instancia, con las alegaciones de profesionales en la defensa de sus clientes, indagando en las estructuras lógicas que se descubren en el ordenamiento, en sus nudos de especial densidad conceptual y los sistemas de valores que conviven en conflicto en el seno de la sociedad*”, concluye

señalando, “a efectos de unificación jurisprudencial”, que “se fija como doctrina que la responsabilidad atribuida al representante del porteador que actúa en nombre de éste, como resulta de los arts. 586 del Código de Comercio y 3 de la Ley de Transporte Marítimo, es aplicable al consignatario, en cuanto representante de aquel, en relación con la mercancía transportada. Es una responsabilidad legal y directa que legitima al titular de la mercancía dañada, con independencia de la relación interna entre representante y representado, y de su carácter ocasional o permanente”.

3.2.- La consagración de la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal de 20 de diciembre de 2006

A los anteriores consideraciones no habría nada que reprochar, sino fuera porque la sentencia de 26 de noviembre de 2007, en su *Fundamento Jurídico Sexto*, estima todos los motivos del recurso de casación, debiendo tenerse en cuenta que el primer motivo era idéntico al planteado por los recurrentes en la Sentencia de 20 de diciembre de 2006: es decir, una presunta vulneración de los arts 9.3 y 24 de la Constitución Española, en relación con el art. 1.6 del código Civil, por no haber seguido la sentencia de instancia la línea jurisprudencial –podríamos decir que “*dominante*”, ya que no era, como hemos visto, “*uniforme*”- antes referida.

Esta última sentencia, de la que fue ponente el Sr. *Xiol Ríos*, Presidente de la Sala Primera, aún consagrando un cambio tan importante en nuestro Ordenamiento –de mayor calado aún que la sentencia anterior al ser la segunda en esa dirección y venir dictada por el Pleno de la Sala-, no explica las razones que le llevan a afirmar en el *Fundamento de Derecho Cuarto*, la falta de carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para después estimar infringido el **art. 1.6 del Código Civil** por haberse apartado un órgano inferior jerárquicamente de esa jurisprudencia –vacilante, por cierto- y, en definitiva, a sostener, *de facto*, dicho carácter vinculante para los órganos jerárquicamente inferiores.

IV.- JUICIO CRÍTICO DE AMBAS SENTENCIAS

Vaya por delante que el objeto del presente trabajo, como no podía ser de otra manera, parte del absoluto respeto que nos merecen los Magistrados del Alto Tribunal y su postura antes enunciada, lo que no obsta para que discrepemos, desde un punto de vista estrictamente jurídico, de la misma. Este artículo tiene por objeto, exclusivamente, exponer un punto de vista que difiere del expresado en las dos sentencias analizadas, con la finalidad de contribuir modestamente al debate jurídico sobre la cuestión.

A mi modo de ver, la línea seguida por estas dos resoluciones del Tribunal Supremo es equivocada, por las consideraciones que a continuación se exponen:

A) En primer lugar, nos parece poco prudente que el Tribunal Supremo se adelante al legislador pues, estando por aquél entonces en tramitación un Proyecto de Ley que expresamente establecía el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en tanto en cuenta esa reforma, en su caso, no fuera aprobada por el Poder Legislativo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no gozaba de tal carácter, pues en otro caso esa iniciativa legislativa sería superflua.

Y que la jurisprudencia, al día de hoy, carece de fuerza vinculante, no sólo se desprende del art. 1.6 del Código Civil, sino de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 que, en su *Exposición de Motivos*, dice literalmente lo siguiente:

“En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante – solo atribuida a la Ley y a las demás fuentes de derecho objetivo - , no carece ni deben de carecer de un relevante interés para todos la singularísima eficacia ejemplar de la doctrina ligada al precedente, no autoritario, pero si dotado de singular autoridad jurídica.”

El criterio sustentando por la sentencias del Tribunal Supremo de fechas 20 de diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007 conculca no sólo el art. 1.6 del Código Civil, sino que se aparta de la propia jurisprudencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo, recogida en, entre otras, las sentencias de fecha 20 de octubre de 1988, 3 de marzo de 1989, 3 de enero de 1990 o 5 de marzo de 1991, según la cuál *“el juzgador de instancia sólo viene obligado a fundamentar sus resoluciones en la Ley, pudiendo o no acoger la doctrina de esta Sala, ya se haya manifestado en una o varias resoluciones”*, aceptando en dichas sentencias el cambio de orientación razonable y no arbitrario para adecuar el Derecho positivo a la realidad social. Lo que ha venido a ser consagrado por la doctrina del Tribunal Constitucional que, en su sentencia 125/1986, declaró que *“la directa vinculación (de jueces y tribunales) a la ley y al Derecho no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes que nuestro ordenamiento jurídico no establece y que la Constitución no exige...”*. En una línea similar, la STC 160/1993 insiste en que los órganos judiciales pueden *“lícitamente”* discrepar del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, sin que por ello haya de estimarse vulnerado el *principio de igualdad en la aplicación de la Ley*.

De otro lado, parece ciertamente errático que el legislador del año 2000 haga esta proclama -por otra parte, acorde con nuestra tradición jurídica-, y que en el año 2006 se remita a las Cortes un Proyecto de Ley que, en sentido inverso, pretende atribuir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo fuerza vinculante.

B) Recordemos que la propuesta de la Sala al Gobierno del Tribunal Supremo antes aludida¹⁰ sostiene que “*se rechaza que se haga referencia a una supuesta facultad de los tribunales ordinarios de separarse de los criterios jurisprudenciales, alegando su disconformidad con el ordenamiento jurídico, pues esto equivaldría a dejar al arbitrio de los distintos tribunales la aplicación de los criterios jurisprudenciales, desvirtuando así su eficacia para garantizar la unidad del ordenamiento. Debe proclamarse sin más el valor vinculante de la jurisprudencia, con una fórmula similar a la contenida en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional.*”

Lo anterior supondría, a juicio de un importante sector de la doctrina, tanto como negar la independencia de los jueces integrados en los órganos jurisdiccionales de grados inferiores¹¹: los jueces dejarían de estar únicamente sujetos al imperio de la Ley, pasando a estarlo también a una especie de “*regla de enjuiciamiento*”, de rango infralegal, y en muchas ocasiones, de difícil identificación.

Como señala Ortells Ramos¹², la garantía de la independencia judicial consiste en que los criterios que el juez sostenga sobre la interpretación y aplicación de la Ley, en los casos concretos que juzga, no deben tener incidencia negativa en su carrera profesional, para evitar que el temor a esa incidencia o el deseo de la misma se utilice como instrumento de control de aquellos criterios.

El principio de seguridad jurídica, con ser importante, no puede servir como base para instaurar la vinculación de los órganos judiciales jerárquicamente inferiores a las precedentes resoluciones de los órganos superiores y, en concreto, a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo, debiendo reputarse, a nuestro juicio, inconstitucional, *ex artículo 117.1* de la Constitución Española, una Ley que introdujere en nuestro ordenamiento jurídico la regla del precedente vinculante¹³. Por mucho voluntarismo del que se haga gala y por mucho que se relativice el concepto de “*Ley*” al que alude el texto constitucional, es patente que nunca sería equiparable al de “*jurisprudencia*” y, consecuentemente, esa sumisión de los órganos jurisdiccionales a la doctrina del Tribunal Supremo no encuentra, a nuestro juicio, acomodo en nuestra Carta Magna.

¹⁰ “*Del modo de arreglar la justicia.....*”

¹¹ En ese sentido, Manuel Ortells Ramos, “*Del Tribunal Supremo español: un tribunal en busca de identidad*”. “*El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete.*” Editorial Iustel, Madrid, 2007.

¹² “*Del Tribunal Supremo español: un tribunal en busca de identidad*”. “*El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete.*” Editorial Iustel, Madrid, 2007.

¹³ “*La norma jurisprudencial (nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*”, Tirant Lo Blanch, 2000

La tesis sustentada por las sentencias del Tribunal Supremo de fecha 26 de noviembre de 2007 y 20 de diciembre de 2006 –y por el proyecto de Ley antes aludido– abre la puerta a eventuales procedimientos disciplinarios u otro tipo de “medidas desincentivadoras” contra los inferiores jerárquicos que no sigan la doctrina jurisprudencial, como ya está ocurriendo con los Registradores que se apartan de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado tras la modificación del art. 327 de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 24/2001, que afirma su naturaleza vinculante¹⁴.

Si, se según la doctrina contenida en las dos sentencias del Tribunal Supremo comentadas la jurisprudencia es vinculante para los órganos jerárquicamente inferiores, ¿cometería un delito de prevaricación –o una infracción disciplinaria– aquél Juez que se apartara conscientemente de ella, aunque fuera de forma justificada y haciendo constar las razones de su discrepancia? Vemos aquí, nuevamente, que un cambio tan sustancial como el que se postula por el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo puede llevar aparejadas importantes consecuencias colaterales que quizás no han sido suficientemente meditadas¹⁵.

Para darnos cuenta hasta que punto estaría afectada la independencia judicial, y de que la anterior advertencia no es un ejercicio de alarmismo gratuito, es suficientemente elocuente un pasaje de la intervención del por entonces Ministro de Justicia ante la *Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados*, el 14 de febrero de 2001:

“No puedo terminar este apartado (se está refiriendo al apartado de la independencia judicial) sin una mínima referencia a la derivación del papel constitucional del Juez. Los Jueces, miembros de un poder independiente, ejercen una función pública o subordinada, pues aplican en un proceso que dirigen sin interferencias, las normas de Derecho Objetivo a los casos suscitados por una petición de justicia, respetando la jerarquía de fuentes que conforman nuestro ordenamiento. Cuando yerran o desconocen la ley o la jurisprudencia, existe la posibilidad procesal de corregir su doctrina, y pueden incurrir en responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones y por el funcionamiento anormal del servicio, lo que hoy tiene una incidencia milmillonaria en el presupuesto del Ministerio de Justicia. Lo primero debe resolverse con el sistema de recursos. Lo segundo requiere una regulación más detallada que promueva una mayor atención del Juez al destino posterior de sus pronunciamientos; incida como un

¹⁴ Resoluciones de la DGR y N de 18 de enero y 28 de abril de 2008, entre otras.

¹⁵ Sobre esta cuestión, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, López Guerra, Actualidad jurídica Aranzadi, nº 442, junio 2000.

*elemento más en la carrera; y se le repercute en los casos legalmente previstos*¹⁶

Creo que lo anteriormente expuesto, que no es más que un botón de muestra de la tendencia inherente del poder ejecutivo a someter al resto de poderes del Estado, es lo suficientemente inquietante como para replantearse la opción de instaurar legalmente el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ello aún cuando se salvara, que ya es mucho salvar, el requisito de su manifiesta inconstitucionalidad.

Desde otra perspectiva, también el otorgamiento de valor vinculante a la jurisprudencia del Tribunal Supremo socavaría la independencia del Juez y su exclusivo sometimiento a la Ley ex art.117.1 CE, en la medida en que el art. 6 de la LOPJ atribuye a todos los órganos jurisdiccionales las potestades de examen de legalidad y de inaplicación de “*los reglamentos o cualquiera otras disposiciones contrarias a la Constitución, a la Ley o a los principios de jerarquía normativa.*”

Si aceptamos el valor vinculante de la jurisprudencia resultaría que, en primer lugar, los órganos jerárquicamente inferiores al Tribunal Supremo no podría inaplicar esas disposiciones *infralegales* si la jurisprudencia del Tribunal Supremo declarara expresamente su validez y eficacia; y, de otro lado, resultaría que esa potestad de inaplicación de normas *infralegales* que la **LOPJ** concede a todos los órganos jurisdiccionales no se daría respecto a la doctrina del Alto Tribunal en relación a cualquier materia, y ello a pesar de carecer la jurisprudencia de carácter “*normativo*” –al menos, en el sentido estricto de la palabra-. Esto es, parece paradójico que el Juez esté obligado a seguir a rajatabla el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre cualquier materia, mientras que pueda dejar de inaplicar reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarias a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa (siempre, claro está, que no existiera jurisprudencia sobre tal norma).

C) Pero es que, además, la cuestión se complica aún más, si tenemos en cuenta que, en relación a multitud de cuestiones (muchas más de las que *a priori* se podría pensar), ni siquiera es posible identificar una línea jurisprudencial uniforme, pues la práctica está llena de casos en que el Tribunal Supremo dicta resoluciones contradictoras (sin ir más lejos, la cuestión sometida a debate en las dos sentencias del Tribunal Supremo examinadas).

¿Cuál de esas doctrinas jurisprudenciales es la que debe vincular al inferior jerárquico?

Pongamos algunos ejemplos adicionales:

¹⁶ La referencia a esta intervención puede verse en Martínez Moya, “*La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los Juzgados de instancia*”, en “*La fuerza vinculante de la jurisprudencia*”.

1.- El Real Decreto 290/1992 de 27 de marzo, reformó los arts. 234 y 236 del Reglamento Hipotecario que, desarrollando lo establecido por el segundo párrafo del art. 129 de la Ley Hipotecaria, regulan el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, siendo dicha reforma objeto de sendos recursos contencioso-administrativos, que finalizaron por dos sentencias dictadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de fechas 16 y 23 de octubre de 1995, que desestimaron el recurso y declararon ajustada a Derecho la reforma, por ser conforme a la Ley y a la Constitución, que reserva en su art. 117.3 a la exclusiva competencia jurisdiccional la ejecución de lo resuelto por los jueces y tribunales.

Posteriormente, la Sala Primera del Tribunal Supremo, al conocer de otros tantos recursos de casación, declaró en sus sentencias de 4 de mayo de 1998 y 20 de abril de 1999 que el procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria contemplado en el párrafo segundo del art. 129 de la Ley Hipotecaria devino inconstitucional, por ser contrario a lo dispuesto en el art. 117.3 de la Constitución, de manera que el procedimiento regulado en los arts. 234 a 236 del Reglamento Hipotecario era inconstitucional y, por consiguiente, nula de pleno derecho la ejecución hipotecaria seguida ante el Notario autorizante de la misma.

Como señala el Magistrado del Tribunal Supremo Peces Morate¹⁷, la contradicción jurisprudencial resultaba palmaria y difícilmente explicable, pero la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus aludidas sentencias declaró que *“no ignoramos que, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, y más concretamente, en este Alto Tribunal, han recaído en resoluciones que aceptan la constitucionalidad y legalidad del procedimiento extrajudicial hipotecario..... no obstante, estas resoluciones que pertenecen a otro orden jurisdiccional, pese al valor ilustrativo que tienen y que obligan a la ponderación de sus razonamientos, dada su procedencia, no constituyen jurisprudencia para esta Sala de lo Civil, ni por ello, la vinculan en sus decisiones”*¹⁸.

¹⁷ *“La jurisprudencia como guía y modelo en la función de juzgar” “El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al profesor Almagro Nosete.”* Editorial Iustel, Madrid, 2007.

¹⁸ Para Peces Morate, cuyos trabajos sobre el valor *“racional”* de la jurisprudencia son especialmente esclarecedores, lo expresado por la Sala Primera del Tribunal Supremo, con independencia de otras críticas que se le puedan hacer, no se compadece con el valor vinculante de la jurisprudencia que los magistrados del propio tribunal reclaman. No olvidemos que el orden jurisdiccional que tiene atribuido el control de la legalidad de la potestad reglamentaria, es el contencioso-administrativo y por este se había declarado la constitucionalidad y legalidad de los preceptos del reglamento hipotecario que regulaban la ejecución hipotecaria extrajudicial, de modo que no se trataba meramente de doctrina jurisprudencial o criterios acogidos para decidir por un Sala del Tribunal Supremo, la Tercera, sino de la expresa declaración de legalidad y procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria, una vez rechazada su pretendida inconstitucionalidad, lo que nos aproxima más a la cosa juzgada que a la jurisprudencia.

2.- En lo que se refiere al inicio del cómputo de la prescripción de la acción de responsabilidad contra los administradores sociales, puede observarse nítidamente un criterio divergente entre la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de julio de 2008 – fecha de la inscripción del cese o renuncia-, y las de 18 de febrero y 14 de mayo de 2007 –fecha de la renuncia, si consta fehacientemente.

3.- De igual forma, la existencia de prejudicialidad civil bajo la aplicación de la antigua LEC provocó dos respuestas diferentes del Tribunal Supremo en el año 2007: la sentencia de 1 de marzo declaró que lo procedente era la suspensión del segundo procedimiento, mientras que la de 3 de mayo de ese año concluyó que lo procedente era la absolución en la instancia, al no estar legalmente prevista la suspensión.

Estas contradicciones muestran hasta que punto el silogismo empleado por los defensores de otorgar fuerza vinculante a la jurisprudencia, para deducir de ello el fin de la inseguridad jurídica en el dictado de resoluciones judiciales, no es satisfactorio.

El abultado número de sentencias que cada año dicta el Tribunal Supremo dificulta la identificación, incluso por parte de dicho Tribunal, de la doctrina jurisprudencial. Según la memoria elevada a las Cortes Generales y publicada por el CGPJ en el año 2004, sólo durante ese ejercicio la Sala Primera dictó 1254 sentencias, la Sala Segunda 1406, la Sala Tercera 4.145, la Sala Cuarta 1347 y la Sala Quinta 263.

4.- La diversidad de criterios jurisprudenciales se ha manifestado incluso dentro de una misma Sala del Tribunal Supremo: ahí está la divergente interpretación que la Sección Quinta y Sexta de la Sala Tercera hacen de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1997, de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de modo que mientras que la Sección Sexta (sentencias de 30 de octubre de 1999 y 23 de enero de 2001) sostienen que, dada la literalidad de dicha disposición final, su eficacia retroactiva se circunscribe al momento de la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 en el BOE, la Sección Quinta (sentencia de 21 de marzo de 2000), por el contrario, considera que sus efectos se extienden a todas las actuaciones urbanísticas realizadas al amparo de la Ley del Suelo y Valoraciones 8/1990 y del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

Por poner otro ejemplo, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso, en su auto de fecha 25 de enero de 2005, entiende aplicable, al proceso contencioso-administrativo, la regulación de la prueba pericial establecida por la LEC, mientras que las sentencias de la Sección Tercera de fechas 13 de febrero de 2007 y 24 de junio de 2008 sostienen exactamente lo contrario.

De lo expuesto se deduce que no siempre será sencillo para el órgano de instancia determinar cuál es el contenido exacto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre una materia concreta, ante la patente existencia de pronunciamientos contradictorios

(con la consiguiente “*tensión psíquica permanente*” del Juez de instancia, cuya desacierto en la identificación de la doctrina jurisprudencial correcta puede repercutir en su carrera profesional).

D) De otro lado, y desde un punto de vista práctico, debe hacerse notar que si mientras el Tribunal Supremo no se pronunciara sobre la conveniencia de abandonar una determinada línea jurisprudencial, no pudiesen los jueces y tribunales inferiores apartarse de la misma, la evolución de ésta experimentaría un retraso incompatible con el propio principio de seguridad jurídica que se pretende preservar, precisamente, otorgando carácter vinculante a aquella.

Si el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de fecha 26 de noviembre de 2007, admite que la jurisprudencia no es sólo obra de los magistrados del Alto Tribunal, sino también de las aportaciones de las partes y los tribunales inferiores jerárquicamente, la imposibilidad de éstos de separarse, justificadamente, de la doctrina jurisprudencial cercenaría de raíz estas “*contribuciones*”, que en el pasado -dicho sea de paso-, han dado lugar a cambios radicales en la orientación de la jurisprudencia¹⁹. El concepto de la doctrina jurisprudencial como “*obra colectiva*” de la comunidad jurídica –y no sólo del Tribunal Supremo- aconsejan, a nuestro juicio, por optar por una solución distinta a la alcanzada por las dos sentencias objeto del presente trabajo.

E) Y aún puede utilizarse un argumento más contra la postura adoptada por las dos mencionadas Sentencias: si el Tribunal Supremo no puede quedar vinculado por sus propios errores, no hay razón ni justificación para que vengan obligados a seguirlos el resto de los jueces o tribunales, por muy manifiestos que sean, hasta tanto aquél los corrija o enmiende. Cualquier juez, a la hora de resolver un pleito, si considera que existen razones fundadas para decidir de forma distinta a la propugnada hasta ese momento por la jurisprudencia, debe apartarse de ésta explicando y justificando suficientemente su modo de proceder; no se defiende aquí, lógicamente, que cada juez actúe de manera caprichosa, sino que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sea tenida en cuenta como criterio de autoridad, máxime cuando un apartamiento de la misma, puede dar lugar, en su caso, a la casación de la sentencia.

Como con acierto señala Peces Morate, la seguridad jurídica no puede convertirse en un obstáculo para la consecución de la justicia del caso, ni en una rémora para la

¹⁹ Como destaca Peces Morate, la jurisprudencia acerca del cambio de sexo en el Registro Civil, acuñada a partir de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987, se modifica en virtud de la decisión del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Las Palmas de Gran Canaria, que accedió, en contra del criterio jurisprudencial, a la rectificación del cambio de sexo en la inscripción de nacimiento, y que, revocada por la entonces Audiencia Territorial de Las Palmas, fue anulada ésta por el Tribunal Supremo y confirmada la de primera instancia. “*La jurisprudencia como guía y modelo en la función de juzgar....*”

evolución del Derecho y, si bien este principio requiere que las decisiones sean previsibles, no puede servir de explicación al mantenimiento de posiciones erróneas.

En la teoría, podrían distinguirse, siguiendo a López Guerra, tres tipos básicos de vinculación de los tribunales a la jurisprudencia: en un extremo, se situaría una vinculación meramente intelectual, basada en la convicción o fuerza persuasiva de las decisiones del Tribunal Supremo; en el extremo contrario, una vinculación formal rigurosa, como la que proclama el proyecto de Ley que fue remitido a las Cortes en el año 2006 y aplican anticipada e indebidamente –a mi juicio- las sentencias del Tribunal Supremo de 20 diciembre de 2006 y 26 de noviembre de 2007; y en una posición intermedia, que es la que defendemos nosotros y que es la que está actualmente vigente en nuestro Derecho, que sostiene una vinculación “*disuasoria*”²⁰, en el sentido de que, a pesar de que el hecho de no seguir la doctrina jurisprudencial puede acarrear la casación de la sentencia, ello no impide que el Juez, únicamente sometido al imperio de la Ley, pueda apartarse justificadamente de aquélla.

En definitiva, a nuestro juicio esa debe ser la “*vinculación*” de los órganos jurisdiccionales con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Dado que ésta deriva de la cúspide de nuestro sistema judicial, está revestida de una especial autoridad, existiendo, por tanto, el riesgo, para el inferior jerárquico que se separe de esa doctrina, de ver sus sentencias casadas. De esta manera, el imperio de la razón constituiría el fundamento último de la *auctoritas* del Tribunal Supremo y, en la medida en que su doctrina jurisprudencial conduzca a soluciones irracionales o absurdas, el Juez no sólo podrá sino que, en puridad, deberá apartarse, justificadamente, de ella, argumentando las razones de su discrepancia.

En esa línea, Rodríguez Mourullo sostiene que “*el pensamiento jurídico, que se asienta según la jurisprudencia de intereses y opera con una concepción teleológica de la norma, produce razonamientos jurídicos en los que la cadena lógico-deductiva rara vez es larga, viéndose sucesivamente interrumpida por nuevos puntos de vista valorativos, que sirven como tópicos que permiten interpretar la norma como una respuesta justa al problema debatido*”²¹.

En el fondo de esta opción, por la eficacia disuasoria de la jurisprudencia late la certeza de que la misma, como cualquier obra humana, es falible y perfectible. Nos falta todavía mucha madurez para llegar a la conclusión que, desde hace muchos años, es regla de oro del Tribunal Supremo norteamericano: “*una sentencia vale lo que valen sus razonamientos.*” Como declaró *Justice Jackson*, el célebre Magistrado integrante de

²⁰ López Guerra, “*La fuerza vinculante de la jurisprudencia*”.....

²¹ “*Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*”, Cuadernos Civitas, 1998.

dicho Tribunal, “no es que nuestra opinión sea final porque seamos infalibles, sino que somos infalibles porque la nuestra es la opinión final²².”

²² Según su voto, acompañado a la mayoría en el caso *Brown v. Allen*, 344 US 443, 540 (1953).