

EL PRECEDENTE JUDICIAL. LA PREVISIBILIDAD DE LA SENTENCIA Y LA DECISIÓN AUTOMATIZADA DEL CONFLICTO

Por

VICENTE PÉREZ DAUDÍ ¹
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de Barcelona

Revistas@iustel.com

Revista General de Derecho Procesal 54 (2021)

RESUMEN: En este trabajo se analiza la premisa para implantar mecanismos de decisión automatizada de la justicia que es la previsibilidad de las resoluciones que se van a adoptar. Para ello se desarrolla el precedente judicial y la vinculación del órgano jurisdiccional las sentencias dictadas por los tribunales superiores y por ellos mismos. Finalmente se desarrolla el fracaso de la función nomofilática de los tribunales superiores por la existencia de un ordenamiento jurídico multinivel y el intento de superación de estas dificultades con la regulación de los procedimientos testigo.

PALABRAS CLAVE: Precedente judicial, previsibilidad de las decisiones judiciales, recurso de casación, igualdad.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PREMISAS PARA LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓN JUDICIAL: LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL. 2.1. LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES. 2.1.1. LA JURISPRUDENCIA, LA VINCULACIÓN CON LA DECISIÓN DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. 2.1.2. LA VINCULACIÓN DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL A SUS CRITERIOS JURISDICCIONALES PREVIOS. 2.1.3. LA VINCULACIÓN DE LOS TRIBUNALES A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. 3. EL PRECEDENTE JUDICIAL, LA PREVISIBILIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL Y EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO. 3.1. EL FRACASO DE LA FUNCIÓN NOMOFILÁCTICA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3.2. LOS PROCEDIMIENTOS TESTIGO. 4. LOS ATAQUES A LA PREVISIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

THE JUDICIAL PRECEDENT. THE FORECAST OF THE JUDGMENT AND THE AUTOMATED DECISION OF THE CONFLICT

ABSTRACT: This paper analyzes the premise to implement automated decision-making mechanisms of justice, which is the predictability of the resolutions to be adopted. For this, the judicial precedent and the binding of the jurisdictional body to the sentences handed down by the higher

¹ Este trabajo se realiza en el ámbito del proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades PGC2018-096260-B-C21.

courts and by themselves are developed. Finally, the failure of the nomophilic function of the superior courts is developed due to the existence of a multilevel legal system and the attempt to overcome these difficulties with the regulation of witness procedures.

KEYWORDS: Judicial precedent, predictability of judicial decisions, appeal, equality.

1. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que se están debatiendo actualmente es la posibilidad de implantar los medios electrónicos en el juicio jurisdiccional. Es decir, la aplicación de la Inteligencia Artificial en la resolución de conflictos. En este trabajo no voy a analizar esta cuestión, sino su presupuesto como es la vinculación de los órganos jurisdiccionales a las resoluciones en España y la previsibilidad de la justicia como medio para dotar de mayor efectividad al proceso judicial. Es decir, las aplicaciones informáticas que afirman que pueden anticipar la resolución deben ser utilizadas para que las partes de un conflicto sean conscientes de cuál es su posible decisión por un tribunal estatal².

Una cuestión distinta se plantea cuando se intenta implementar la Inteligencia Artificial en la toma de decisiones judiciales. En mi opinión se parte de un error conceptual y es la función del Juez en la resolución de los conflictos. Tal como entendemos hoy la división de poderes el Juez ya no es la boca muerta que pronuncia las palabras de la ley, tal como afirmaba Montesquieu³, sino que es el que dicta la sentencia judicial tomando como referencia la ley y otros elementos como la determinación de los hechos probados.

En mi opinión defender que una aplicación informática puede sustituir a un Juez o Tribunal implica, entre otras cosas, resucitar la teoría del silogismo judicial⁴, que ya se demostró que no explica la formación del juicio jurisdiccional⁵. Esta posibilidad implica el triunfo de las teorías monistas del proceso sobre las dualistas. Es decir, las que afirman que el juez crea el derecho del caso concreto y no se limita a aplicar la ley. El problema es

² Las aplicaciones informáticas no pueden anticipar la decisión judicial, pero sí que pueden realizar un análisis de las probables soluciones. Esta labor le corresponde realizarla a los abogados de las partes, que podrán utilizarlas para facilitar su trabajo. En este contexto estoy de acuerdo con que será una herramienta muy útil, pero no podrán reemplazar ni la función del abogado ni del órgano jurisdiccional. En este sentido se pronuncia el CEPEJ en *la Carta ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, párrafo 97.

³ Ver PEDRAZ PENALVA, "La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu", en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, p. 919.

⁴ En este sentido también se pronuncia el CEPEJ en *la Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018, pf. 78.

⁵ Ver por todos SERRA DOMÍNGUEZ, en "El juicio jurisdiccional", en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Ariel, Barcelona, 1967, pp. 94 y ss.

que existen tantas normas concretas como casos resueltos, lo que hace muy complicado llegar a una solución general que permita la previsibilidad del resultado⁶.

En este trabajo analizaré el precedente judicial y la previsibilidad de las resoluciones judiciales como premisa para la aplicación de la Inteligencia Artificial para ayudar al órgano jurisdiccional a la adopción de sus decisiones.

2. PREMISAS PARA LA APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LA DECISIÓN JUDICIAL: LA VINCULACIÓN AL PRECEDENTE JUDICIAL

2.1. La igualdad en la aplicación de la ley por los órganos jurisdiccionales

Una cuestión previa al análisis del uso del tratamiento de los datos jurisprudenciales ya existentes en un intento de predecir la decisión judicial en el caso concreto es determinar la vinculación del órgano jurisdiccional que debe juzgar un asunto a las decisiones anteriores adoptadas por él mismo o por otros Tribunales⁷. Para responder hay que diferenciar dos cuestiones: la vinculación a las decisiones adoptadas por otros Tribunales y a las adoptadas por él mismo en supuestos similares.

Lo habitual es que no haya ni dos casos en que los hechos sean idénticos ni la misma solución jurídica. Los abogados de las partes, antes de iniciar el proceso o en el momento de contestar a la demanda analizan las leyes aplicables y la jurisprudencia existentes, además de la doctrina, para determinar las posibilidades procesales de éxito y perfilar la estrategia procesal a seguir para lograr el mejor resultado.

En esta labor de búsqueda es importante conocer la respuesta judicial que ha dado el mismo juez o Tribunal. El abogado es consciente de que no va a encontrar dos casos similares, por lo que es esencial esa labor de búsqueda para extraer los argumentos comunes que se han utilizado para resolver casos similares que permitirán defender a su cliente. Además, debe analizar en el caso concreto que hechos va a alegar y como va a

⁶ Esta cuestión integra uno de los conceptos esenciales del derecho procesal como es el juicio jurisdiccional. La doctrina que lo ha analizado se ha decantado entre la visión dualista del proceso, en el que el juez aplica la ley, y la dualista, en la que crea el derecho. Es imposible realizar una cita de los autores que se han decantado por uno u otro ya que la bibliografía existente es muy abundante. Tal como indico en el texto el intento de integrar el precedente judicial o la previsibilidad de las resoluciones judiciales en el concepto de seguridad jurídica implica una opción por el monismo ya que se reconoce que no es suficiente con la ley formal, sino que es esencial la uniformidad de la resolución de los procesos y esta función se reserva a los órganos de la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE). Para esta cuestión remito al análisis que realiza RAMOS MÉNDEZ (en *Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978), que es el pionero en España en asumir el monismo y divulgarlo en la totalidad de sus trabajos.

⁷ Ver CARRATTA, Antonio, en "Decisioni robotica e valori del processo", en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.

intentar acreditarlos ante el órgano. Una vez efectuada estas reflexiones diseñará su estrategia procesal.

Desde el punto de vista judicial la postura no es tan distinta. El Juez, en la soledad de su labor tomará la decisión jurisdiccional que estime más oportuna a la vista de los hechos que considere probados, la ley aplicable y la jurisprudencia que la ha interpretado. Es cierto que una vez tomada esa decisión puede tender a cortar y pegar los argumentos ya utilizados en otra resolución judicial, propia o ajena. Pero es indudable que previamente habrá adoptado ese juicio jurisdiccional, que es la finalidad última del proceso judicial, y lo habrá revisado a través de la motivación de la resolución judicial⁸.

En esta labor, de unos y de otros, un instrumento importante será conocer lo que han dicho los Tribunales, básicamente las resoluciones dictadas por aquéllos que deben conocer de los recursos que se puedan interponer contra la sentencia que dicte el de primera instancia. En España, al igual que en otros países, es posible acceder a la jurisprudencia de los Tribunales a través de la web del Consejo General del Poder Judicial. Incluso hay empresas privadas como westlaw, vlex o la wolters kluwer que facilitan aplicaciones informáticas a los abogados y jueces para que tengan conocimiento de las estadísticas de casos similares y los argumentos jurídicos que pueden ser utilizados.

Ante esta realidad la cuestión que se plantea es si no sería suficiente con que el órgano judicial se limitase a indicar cuáles son los hechos acreditados y la aplicación informática, teniendo en cuenta la decisión de los tribunales en casos similares, dictase la sentencia. La sociedad puede entender que esto debe ser así atendiendo a la seguridad jurídica, el principio de igualdad y la celeridad de los procesos judiciales. Sin embargo, este criterio es contrario a la independencia judicial y al principio de separación de poderes.

La previsibilidad de las decisiones judiciales es esencial para que la justicia sea eficaz⁹. Ésta aporta seguridad jurídica¹⁰ y permite que los litigantes valoren la conveniencia o no de iniciar un proceso judicial. Si el resultado de éste es aleatorio la tendencia puede ser interponer la demanda ya que la sentencia judicial no empeorará la situación preprocesal

⁸ El artículo 120.3 de la Constitución Española regula la obligación de motivar las resoluciones judiciales, reproduciéndose en los artículos 248.2 LOPJ, 218.2 LEC y 142 LECRIM. Esta exigencia la ha incluido el Tribunal Constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva (ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de mayo de 2000) y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el derecho a un proceso justo previsto en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (ver la Guía del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, derecho a un proceso equitativo -parte civil-, Consejo de Europa/Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2013, p. 48). Sobre la obligación de motivar ver por todos TARUFFO, *la motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975, pp. 319 y ss.

⁹ En este sentido ver CONSTANTINO, en "La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenza", en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.

¹⁰ FERRERES COMELLES, en "Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia", en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, p. 54.

existente, sino que tan sólo la puede mejorar. Por otro lado, desde la perspectiva del demandado el razonamiento es similar. Por ello la existencia de una doctrina jurisprudencial uniforme y constante¹¹ evita la interposición de pleitos infundados. Así se ha afirmado que puede favorecer que las partes acudan a un sistema de ADR y/o ODR¹².

Estas reflexiones las realizo con la actual situación legislativa en España. A continuación, analizaré la vinculación que tienen los tribunales con la decisión de los Tribunales Superiores y la relación con la independencia judicial, con sus resoluciones anteriores y con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.1.1. La jurisprudencia, la vinculación con la decisión de los tribunales superiores y la independencia judicial

El artículo 1.6 del Código Civil prevé que “la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del proceso”. Es decir, la jurisprudencia no es una fuente del derecho, sino un complemento de este. Su función es esencial para la interpretación y aplicación de la ley al caso concreto.

Es indudable que uno de los principios que informan la legislación es el de seguridad jurídica. El legislador refleja en las leyes aprobadas los principios esenciales de la comunidad en un momento determinado y ésta las utiliza para tomar sus decisiones. La problemática se genera cuando caben distintas interpretaciones y las partes no llegan a un acuerdo al respecto. En este caso hay que acudir a los mecanismos de resolución de conflictos para resolverlo. Si nos hallamos ante una materia de carácter dispositivo las partes podrán resolverlo llegando a un acuerdo o a través de la conciliación, mediación y arbitraje. Si no es posible será la jurisdicción estatal la que deba resolverlo aplicando e interpretando la ley aplicable a los hechos objeto de litigio y creando el derecho del caso

¹¹ Tal como afirma ROSADO IGLESIAS la previsibilidad exige un conocimiento previo de lo previsto por el ordenamiento jurídico y del modo en que se aplica el ordenamiento jurídico (en “Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia”, en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, p. 84).

¹² En este sentido se pronuncia el CEPEJ afirmando que “el cálculo de la información jurídica fundada en la jurisprudencia ayudará a las partes a evaluar la situación y a decidir si prefieren ir a los tribunales o regular sus diferencias por la vía de la regulación extrajudicial de las diferencias” (en *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019, p. 14).

concreto de forma irrevocable. Para unificar las distintas interpretaciones jurídicas se articula el recurso de casación y la función nomofiláctica del mismo.

SERRA DOMÍNGUEZ afirma que “en línea de principios, el recurso de casación resulta incluso más necesario que el recurso de apelación, en cuanto encuentra sus propias raíces en uno de los derechos más fundamentales de la persona, la igualdad ante la norma jurídica, y constituye la clave de bóveda del principio de unidad jurisdiccional”¹³. La uniformidad de la jurisprudencia se vincula con el principio de igualdad de los ciudadanos¹⁴ que se reconoce como derecho fundamental en el artículo 14 de la Constitución Española.

Desde este punto de vista las Sentencias del Tribunal Supremo tendrían fuerza vinculante para los órganos jurisdiccionales de instancia, los que no podrían apartarse de la doctrina jurisprudencial declarada por éste. Precisamente en este contexto se ha intentado la reforma del artículo 5 de la LOPJ en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial remitido por el Gobierno a las Cortes Generales el 27 de enero de 2006, y que decayó por la convocatoria de elecciones generales¹⁵. Del mismo modo el gobierno aprobó el 4 de abril de 2014 el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial que preveía en su artículo 32 la doctrina jurisprudencial vinculante del Tribunal Supremo que “será de obligada aplicación para todos los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional”¹⁶.

La cuestión que surge de forma inmediata es si realmente la aplicación uniforme del derecho por los Tribunales integra el derecho a la igualdad de los ciudadanos ante la ley o vulnera la independencia judicial de los Tribunales¹⁷. El antecedente legislativo lo hallamos en el recurso en interés de ley del proceso contencioso administrativo (art. 100.7 LJCA)¹⁸ que preveía que “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación

¹³ SERRA DOMINGUEZ, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.

¹⁴ MARINONI, “El precedente interpretativo”, en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, p. 442.

¹⁵ Ver ampliamente el análisis que efectúa MUÑOZ ARANGUREN, Arturo, en “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”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17, p. 3 de la versión digital.

¹⁶ La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el anteproyecto de 4 de abril de 2014 de LOPJ analiza este precepto y llega a la conclusión de que “no considera conveniente la incorporación de la noción de jurisprudencia vinculante, en la medida que puede llegar a alterar el sistema de fuente establecido”.

¹⁷ Ver el análisis que efectúa ARMENTA DEU (en “Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales”, en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018, pp. 28 ss) y CABAÑAS GARCÍA (en *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 32 y ss).

¹⁸ Ver por todos el análisis crítico realizado por DOMÉNECH PASCUAL, en “Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.

jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”¹⁹.

Para enfrentarnos a este conflicto debemos tener en cuenta que los derechos fundamentales no tienen carácter absoluto, sino que se pueden limitar cuando entren en conflicto con otros derechos o intereses de similar categoría y aplicando el principio de proporcionalidad. Desde esta perspectiva sería viable que se establezca como límite de la independencia judicial la seguridad jurídica²⁰.

Estos límites deben establecerse por el legislador ordinario. En mi opinión debe realizarlo a través de Ley Orgánica, ya que el artículo 81.1 de la Constitución Española prevé que “son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales” y nos enfrentamos ante la resolución de un conflicto entre dos derechos fundamentales como es la independencia judicial, que se integra en el derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica²¹.

En esta dualidad de principios se mueve el Tribunal Supremo cuando analiza el carácter vinculante de su doctrina jurisprudencial y el principio de independencia judicial. Así la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo número 927/2007, de 26 de noviembre, afirma al resolver el motivo primero del recurso de casación, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1994, que “en virtud el principio de independencia judicial y a tenor de los cambios sociales y legales producidos, es legítimo que una sentencia de un órgano jurisdiccional inferior se separe de la doctrina del Tribunal Supremo”. A continuación, desestima el motivo de casación argumentándolo en que la Audiencia Provincial “se separa de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero no la desconoce, pues la cita, pero lo hace al considerar un elemento de derecho no tenido en cuenta por el Alto Tribunal que le permite promover una reorientación de la jurisprudencia”.

TARUFFO al analizar la eficacia del precedente afirmaba que “el juez posterior no se encuentra nunca obligado a someterse al precedente. Por el contrario, está obligado a

¹⁹ Este precepto fue suprimido por la disposición final 3.2 de la ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

²⁰ Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que efectúa TAPIA FERNANDEZ, Isabel, en “¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)”, en *Justicia* 2017, número 2, p. 58.

²¹ En este sentido se pronuncia TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, op. cit., pp. 57 y 58.

justificar de manera adecuada su decisión cuando opte por no adherirse a aquel exponiendo las razones de su actuación”²².

En mi opinión el Tribunal Supremo parte de un error de concepto y es considerar que su doctrina jurisprudencial es un precedente en sentido técnico. La referencia indudable en esta cuestión es el profesor TARUFFO que ya afirmaba que la declaración de una corte suprema sobre la determinada interpretación de una norma no es un precedente²³. Tal como afirma “el precedente provee una regla – susceptible de ser universalizada, como ya se ha dicho– que puede ser aplicada como criterio de decisión en el caso sucesivo, en función de la identidad o, como sucede regularmente, de la analogía entre los hechos del primer caso y los hechos del segundo caso”, siendo el Tribunal posterior el que debe establecer si existe o no el precedente fundándose en el análisis de los hechos²⁴.

El Tribunal Supremo en España no establece precedentes, sino que dicta sentencias en las que realiza la función nomofilática que le está atribuida por el ordenamiento jurídico. Pero ésta sólo será eficaz en el caso en el que se pueda interponer recurso de casación que no siga esa regla establecida por el Tribunal. Es contraria a nuestro sistema de fuentes considerar que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo es un precedente. La oposición a la misma por parte de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial tan sólo constituye una de las causas previstas para interponer el recurso de casación²⁵

El Tribunal Constitucional se ha planteado esta cuestión en numerosas sentencias en las que ha declarado la no vinculación del órgano jurisdiccional a la jurisprudencia anterior de otros Tribunales. La excepción serían aquellos casos en los que el legislador prevé el efecto vinculante de la sentencia que dicte el Tribunal Supremo al resto de órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria. Este es el caso del suprimido artículo 100.7 LJCA del recurso de casación en interés del proceso contencioso administrativo que prevé que “La sentencia que se dicte respetará, en todo caso, la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y, cuando fuere estimatoria, fijará en el fallo la doctrina legal. En este caso, se publicará en el «Boletín Oficial del Estado», y a partir de su inserción

²² TARUFFO, en *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018, p. 17.

²³ TARUFFO, op. Cit., p. 15.

²⁴ TARUFFO, en “Precedente y jurisprudencia”, en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, p. 88.

²⁵ El artículo 477.3 LEC prevé que “se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”.

en él vinculará a todos los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional”²⁶.

El Tribunal Constitucional se pronunció sobre este precepto en la Sentencia del pleno 37/2012, de 19 de marzo, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 9689/2009, interpuesta por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Elche, descartando su inconstitucionalidad. Lo fundamenta en que:

“porque el legislador, conforme a la libertad de configuración que le corresponde al establecer el régimen jurídico de los recursos y en atención a preservar intereses constitucionalmente garantizados, como lo 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), ha establecido en el art. 100.7 LJCA el carácter vinculante de la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo al resolver recursos de casación en interés de ley, lo que, aparte de ser ejercicio legítimo de las facultades del legislador, no puede en modo alguno considerarse lesivo para la independencia judicial, que implica la sumisión al imperio de la Ley (art. 117.1 CE), y que incluye también, como ya se dijo, el respeto «a la doctrina legal del Tribunal Supremo con valor complementario del ordenamiento jurídico» (STC 133/1995, F. 5). Recuérdese, por otra parte, el carácter excepcional del recurso de casación en interés de ley, 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», de manera que el Tribunal Supremo pueda fijar, en su caso, una doctrina legal correctora y vinculante, pero respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada (STC 111/1992, F.4)”.

En España el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico no contempla la jurisprudencia como una de ellas, sino como un complemento de las mismas²⁷. La función de los Tribunales no es el dictar normas generales y abstractas, sino el resolver los casos concretos que se someten a su enjuiciamiento. Tal como afirma la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014 “la función que posee la doctrina sentada de modo reiterado por el

²⁶ Este recurso tenía su antecedente en el recurso de casación en interés de ley regulado en los artículos 1718 y ss LEC de 1881 (ver por todos el comentario que realiza SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, pp. 923 y ss.). En el proceso laboral también se regulaba el recurso en interés de ley en los artículos 185 y ss. de la Ley de Procedimiento Laboral (ver por todos CREMADES, Bernardo María, *el recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969).

²⁷ Ver por todos NIEVA FENOLL, Jordi, *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019, pp. 41 y ss.

Tribunal Supremo, tanto en nuestro sistema jurídico cuanto en aquellos otros pertenecientes a la misma concepción del Derecho, no es la de redactar normas generales, sino la de establecer el sentido que una disposición tiene ante un concreto litigio”²⁸.

Además, reconocer este carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contrario a la división de poderes que informa nuestro Estado de Derecho²⁹. Ello implicaría reconocer funciones legislativas a los tribunales y sería contrario al artículo 117.3 de la Constitución Española que recoge la función de los tribunales de Justicia³⁰.

2.1.2. *La vinculación del órgano jurisdiccional a sus criterios jurisdiccionales previos*

Para que estas aplicaciones predictivas funcionasen sería necesario que los órganos jurisdiccionales estuvieran vinculados por sus decisiones anteriores³¹. Lo expuesto tiene una relación directa con el derecho a la igualdad y de seguridad jurídica³².

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada sobre esta cuestión³³. El Auto de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 176/2005, de 5 de mayo inadmite un recurso de amparo en el que se alega la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En el fundamento jurídico segundo lo motiva con cita de sentencias anteriores del Tribunal Constitucional:

“Por lo que se refiere a la pretendida violación del derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE), debemos recordar que, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, desde la STC 8/1981, de 30 de marzo, F. 6, el derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la Ley proscribía el trato desigual carente de adecuada justificación. En el ámbito de protección de tal derecho, la doctrina constitucional ha ido perfilando una serie de criterios, que resultan

²⁸ Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, p. 33.

²⁹ En este sentido se pronuncia la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014, cit., p. 33. En este sentido ver COMOGLIO, Luigi Paolo, en “Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.).

³⁰ Tal como afirma TARUFFO en Italia “sería inconstitucional que una norma ordinaria intentara introducir en dicho ordenamiento la norma del precedente vinculante” (en *Aspectos del precedente judicial*, cit., p. 27).

³¹ Tal como he analizado anteriormente no es el caso de la jurisprudencia en el ordenamiento jurídico español. La excepción lo constituye las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que sí que tienen carácter preceptivo (artículos 5.1 LOPJ).

³² Ver ARMENTA DEU, “Recurso de casación...”, cit., pp. 28 y ss.

³³ Ver ampliamente el análisis que realiza ROSADO IGLESIAS, en “Seguridad jurídica...”. cit., pp. 89 y ss.

relevantes para el caso examinado, y que se sintetizan, entre otras muchas, en las SSTC 266/1994, de 3 de octubre, F. 3, 188/1998, de 28 de septiembre, F. 4, 240/1998, de 15 de diciembre, F. 6, y 176/2000, de 26 de junio, F. 3, tales como: a) el trato desigual debe provenir de un mismo órgano judicial; b) sólo cabe apreciar trato desigual en la decisión de casos sustancialmente iguales, y c) el tratamiento desigual ha de concretarse en la quiebra injustificada del criterio aplicativo mantenido hasta entonces por el órgano jurisdiccional, respondiendo así a una *ratio decidendi* sólo válida para el caso concreto decidido, sin vocación de permanencia o generalidad.

Como se puede comprobar la doctrina del Tribunal Constitucional llega a las siguientes conclusiones:

- un órgano jurisdiccional no está vinculado por la jurisprudencia de otro Tribunal.
- respecto de su jurisprudencia anterior tan sólo está vinculado cuando concurren los siguientes requisitos: que los casos sean sustancialmente iguales y que el trato desigual se concrete en una quiebra injustificada del criterio mantenido hasta entonces³⁴.

Cuando concurren estas circunstancias y el Tribunal no justifique su cambio de criterio estará vulnerando el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley.

2.1.3. La vinculación de los tribunales a las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Las reflexiones anteriores se realizaban en referencia a los órganos de la jurisdicción ordinaria. En la organización jurisdiccional existen otros Tribunales, cuyas decisiones tienen carácter vinculante para la jurisdicción ordinaria. Me refiero al Tribunal Constitucional y al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

El carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional está previsto en el artículo 5.1. de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la

³⁴ Ver ampliamente CABAÑAS GARCÍA, op. cit., pp. 86 y ss.

interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Tal como afirma PÉREZ GORDO el Tribunal Constitucional va a “actuar como legislador o como juez a decir el derecho, el nuevo derecho, e incluso a dar el derecho”³⁵. Estoy de acuerdo con esta conclusión que PÉREZ GORDO ya vaticinaba en 1972³⁶. El Tribunal Constitucional en su función de controlar la constitucionalidad de las leyes se ha convertido en un auténtico legislador. Y esta función se ha recogido en el artículo 5.1 LOPJ.

A diferencia de las reflexiones que he realizado anteriormente, la jurisprudencia que dicta el Tribunal Constitucional sí que tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción ordinaria³⁷. A idéntica conclusión tenemos que llegar cuando España cede parte de su soberanía al firmar un tratado internacional, que en lo que nos interesa hace referencia a la sumisión a determinados tribunales internacionales. Este es el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁸.

Uno de los aspectos más controvertidos del derecho comunitario son los efectos de las Sentencias que el TJUE dicta en toda clase de procedimientos. En este apartado podemos partir de la base que las sentencias del TJUE tiene el mismo valor que las que dictan los Tribunales Constitucionales estatales en el ámbito de su competencia³⁹.

Para comprender la función del TJUE es esencial partir de la razón de su creación, que es unificar la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea. Para que pueda

³⁵ PÉREZ GORDO, Alfonso, *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch. Barcelona, 1982, p. 32. Posteriormente analiza las sentencias interpretativas y afirma que “en la medida en que se interprete en el sentido que el Tribunal Constitucional considera como adecuado a la Constitución o no la interprete en el sentido (o sentidos) que considera inadecuados, o, incluso, integrativas, colmando insuficiencias de los textos legales a aplicar, realmente lo que hace es legislar” (op. cit., p. 64).

³⁶ PÉREZ GORDO, Alfonso, en “El control de constitucionalidad de las leyes”, *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss.

³⁷ XIOL RIOS afirma que “el artículo 5.1 de la LOPJ no trat de regula la eficacia de las sentencias del Tribunal Constitucional como mandatos (lo que entra en el concepto de cosa juzgada), sino su valor como precedente, al margen del caso concreto resuelto y de aquellos a los que el fallo afecte por extensión. El artículo 5.1 de la LOPJ consagra el precedente constitucional” (en “El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986, p. 13 de la versión digital).

³⁸ TARUFFO afirma que “es probable que se pueda hablar d un precedente en el sentido propio de la palabra” (en *El precedente judicial*, cit., p. 22).

³⁹ Sobre esta cuestión ver ampliamente el análisis que realiza JIMENO BULNES, Mar, en *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991, pp 455 y ss. Tras desarrollar la doctrina y jurisprudencia, nacional e internacional, que se ha pronunciado sobre los efectos de las Sentencias

realizarlo se obliga al órgano jurisdiccional nacional, que actúa como Juez Comunitario, a plantear una cuestión prejudicial al TJUE cuando tenga una duda sobre la interpretación o aplicación del derecho de la Unión Europea, original o derivado. Una vez que éste ha declarado la interpretación o la aplicación de una norma de la Unión, original o derivada, los jueces nacionales tienen la obligación de seguir el criterio indicado. En caso contrario estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁰.

Otro Tribunal Internacional al que España se ha sometido es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al adherirse al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Doctrinalmente se ha discutido el carácter vinculante para los jueces nacionales de su jurisprudencia. Además, a nivel interno la única norma que regula la efectividad de las sentencias que dicte es la causa de la acción de revisión de sentencias firmes⁴¹. Tal como afirma GUILLÉN LÓPEZ “el activismo el Tribunal ha logrado poner la obligatoriedad y la eficacia de sus sentencias como principio de general observancia, como concepto al que se concede una vis atractiva respecto del resto de los constructos procesales”⁴².

En la práctica judicial el Tribunal Supremo ha admitido la eficacia directa de las Sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en procesos distintos a los que se alegó la vulneración del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Así el auto del pleno del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015 se plantea si puede valorar de nuevo lo ya resuelto por sentencia firme cuando posteriormente a la misma el TEDH dicta una sentencia que puede influir en el sentido de la decisión, admitiendo el incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme que se había planteado alegando la vulneración de un derecho fundamental. Lo fundamenta en el fundamento jurídico sexto en que “La función y las competencias que los actuales arts. 32 y 46 del Convenio atribuyen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos hacen que la interpretación de los

dictadas por el TJUE al resolver una cuestión prejudicial planteada al amparo del artículo 177 TCE concluye que “el esquema previsto en la Constitución y en la LOTC con relación al valor de las sentencias constitucionales procedentes de nuestro Tribunal Constitucional puede ser trasladado al espacio comunitario” (op. cit., p. 506).

⁴⁰ Ver por todas la Sentencia del Tribunal Constitucional número 241/2015, de 5 de noviembre y el análisis que realizo en *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

⁴¹ La Ley Orgánica 7/2015, reformó las leyes de enjuiciamiento de los cuatro órdenes jurisdiccionales para incluir como causa de revisión de sentencias firmes “cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas”. Así da nueva redacción a los artículos 102 LJCA, 510 LEC, 328 Ley Procesal Militar,

⁴² GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, en “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, p. 356.

preceptos del Convenio por dicho Tribunal tenga una eficacia interpretativa muy relevante respecto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en nuestra Constitución”.

Como se puede comprobar no le reconoce directamente la eficacia directa, pero al admitir el incidente está haciéndolo implícitamente.

3. EL PRECEDENTE JUDICIAL, LA PREVISIBILIDAD DE LA RESPUESTA JUDICIAL Y EL TRATAMIENTO PROCESAL DE LAS CLAUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Un fenómeno judicial que se ha producido en los últimos años ha sido la litigiosidad masiva provocada por las cláusulas abusivas existentes en los contratos de préstamo hipotecario celebrados en la primera década del año 2000. La crisis económica que se inició a nivel global en el año 2008 provocó que los deudores hipotecarios devinieran insolventes, que se impagasen y que se ejecutasen. La LEC limitaba las posibilidades de oposición del deudor hipotecario y los Tribunales venían abocados a inadmitirlas y proseguir la ejecución iniciada, terminando con el lanzamiento del deudor hipotecario.

Los Tribunales recogieron el sentimiento social de la injusticia que se estaba produciendo ya que los acreedores eran entidades financieras que habían recibido ayudas públicas para su mantenimiento. Así promovieron distintas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, finalmente, provocó la transformación del tratamiento procesal del consumidor en el proceso civil, tanto declarativo como de ejecución⁴³. El deficiente tratamiento legislativo ha provocado una litigiosidad masiva que ha provocado el colapso de los Tribunales.

Las opciones para solventarlas han sido varias. La primera fue la utilización de las acciones colectivas. Un sector de la jurisprudencia extendió los efectos de litispendencia y de cosa juzgada a las acciones individuales de los consumidores⁴⁴. El efecto fue que éstas se desestimasen. Sin embargo, los afectados plantearon varios recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectivo en su modalidad de acceso a los Tribunales. Los Juzgados de instancia, a los que se revocaban las decisiones que habían adoptado desestimando la excepción de

⁴³ Ver extensamente el análisis que realizo en mi monografía *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

⁴⁴ Esta interpretación la realizó la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Ver por todas las resoluciones de la sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 326/2014, de 13 de octubre, que aprecia la excepción de cosa juzgada, y el auto de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona número 112/2014, de 9 de octubre, que estima la existencia de litispendencia.

litispendencia y de cosa juzgada alegada por las entidades financieras demandadas, interpusieron una cuestión prejudicial ante el TJUE⁴⁵

El TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada en la Sentencia de 14 de abril de 2016 afirmando que “las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 9/13, objetos y efectos jurídicos diferentes”. Posteriormente afirma que “sin que la articulación sin que la articulación de esas diferentes acciones deba conducir a una merma de la protección de los consumidores, tal como está prevista en la Directiva 93/13”.

En el mismo sentido se pronunció Tribunal Constitucional en las Sentencias 148/2016, de 31 de octubre y 208/2016, de 12 de diciembre, que declaró que las acciones individuales y colectivas no tienen identidad objetiva porque “lo cierto es que en ese proceso no se conoció la cláusula sueldo de su contrato”, además de no concurrir tampoco la subjetiva porque los afectados no habían sido parte en el proceso colectivo.

Lo que realmente sucedió es que las acciones colectivas ejercitadas no eran tales, o al menos tenían un talón de Aquiles que determinó la no extensión de los efectos de las sentencias dictadas en el proceso colectivo al individual, con lo que perdía toda su eficacia. Así lo reconoció el Tribunal Supremo al no reconocer efectos de cosa juzgada del primero sobre el segundo en las Sentencias 139/2015, de 25 de marzo, 357/2017, de 6 de junio, 486/2017, de 20 de julio respecto del efecto negativo de cosa juzgada. Sobre el efecto positivo se pronuncia el Tribunal Supremo en la sentencia número 367/2017, de 8 de junio, que declara que tienen efecto de cosa juzgada pero que el Tribunal que conozca de la acción individual podrá “resolver en un sentido diferente... cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se

⁴⁵ El Juzgado de lo Mercantil número 9 de Barcelona planteó las cuestiones prejudiciales C-381/14 y C-385/14, que fueron resueltas por la Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016. Su planteamiento provocó el acuerdo de Magistrados de los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona de 21 de noviembre de 2014, en que suspendían los procesos en que se hubiera alegado la litispendencia o prejudicialidad hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolviera las cuestiones prejudiciales planteadas. El motivo del acuerdo indicado era que: “los Jueces de lo Mercantil de Barcelona estamos resolviendo de forma diferente sobre las consecuencias jurídicas que tiene sobre el ejercicio de una acción individual de nulidad de una condición general de la contratación, el ejercicio de una acción colectiva de cesación y reclamación de daos y perjuicios por unas asociaciones de consumidores impugnando esa misma cláusula contra los mismos-a entidad bancaria. En unos casos desestiman las excepciones de prejudicialidad civil y en otros se archiva el procedimiento por litispendencia. Ello se debe a que las normas no son claras en esta materia, ya que las diferentes soluciones tienen una sólida fundamentación, pero lo cierto es que se están causando agravios comparativos graves entre los ciudadanos que acuden ante estos Juzgados”.

estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual”.

Es decir, produce efecto de cosa juzgada salvo que las entidades financieras acrediten que las circunstancias personales del cliente o la información suministrada provoque que los elementos fácticos que fueron tenidos en cuenta en el proceso colectivo no concurren en el caso concreto, con lo que el Juez que conozca de la acción individual podrá pronunciarse en un sentido distinto.

Este matiz de las circunstancias personales, junto con la inactividad legislativa, fue aprovechado por las entidades financieras y por algunos asesores de los afectados. Las primeras para negar la extensión de los efectos de las sentencias dictadas a los afectados por concurrir circunstancias personales que los excluían y los segundos para interponer las acciones judiciales a través de demandas estereotipadas en las que no se hacía referencias a ésta.

El resultado ya se conoce y ha sido la alta litigiosidad que provocó la creación de juzgados especializados para evitar el colapso de la Administración de Justicia.

Desde la perspectiva del objeto de este artículo, que es el análisis del precedente judicial, lo que interesa resaltar es el fracaso del Tribunal Supremo en su función nomofiláctica y la propuesta de crear procedimientos testigo.

3.1. El fracaso de la función nomofiláctica del Tribunal Supremo

En el sistema procesal español el Tribunal Supremo tiene la función nomofiláctica a través del recurso de casación. De esta forma se intenta lograr una interpretación y aplicación uniforme de la norma jurídica para dotar de seguridad jurídica a los justiciables. Sin embargo, los tribunales no están vinculados a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Autónomas. Para lograr su efectividad las partes pueden interponer el recurso de casación, siendo uno de los motivos que pueden alegar el interés casacional consistente en que la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

Actualmente el Tribunal Supremo ya no es en todos los casos el máximo intérprete del ordenamiento jurídico. Cuando se aplica, directa o indirectamente, el Derecho de la Unión esta función está reservada al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La problemática se plantea por el hecho de que las partes no pueden interponer ningún recurso ante el mismo, sino que es el juez nacional el que tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial si tiene alguna duda sobre su interpretación o aplicación. Cuando el TJUE las resuelve no se pronuncia sobre el caso concreto, sino que responde a la pregunta que le

ha formulado el juez nacional, que actúa como juez comunitario, y es éste el que debe aplicarla dictando la sentencia definitiva.

El problema que se plantea es que la aplicación que haga el juez nacional de la interpretación realizada por el TJUE también puede generar dudas y decisiones contradictorias. Actualmente tenemos un ejemplo de este sistema la posibilidad de considerar o no como abusiva la cláusula de un préstamo hipotecario que referencia al IRPH el interés remuneratorio. Cronológicamente las resoluciones judiciales han sido las siguientes:

- La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, afirma que la cláusula de interés variable que referencia al IRPH es un índice definido y regulado legalmente, pero que no se define contractualmente, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales. El Tribunal Supremo afirma que es la Administración Pública la que debe controlar que estos índices se ajustan a la normativa, por lo que quedan fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil y no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE al estar excluido en su artículo 1.2.

- La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, que interpreta que “la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia” (pf. 36).

- La sentencia del Tribunal Supremo número 581/2020, de 6 de noviembre, que lo analiza al aplicar la doctrina de la Sentencia del TJUE citada, pero desestima el recurso de casación interpuesto afirmando que “no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación del predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un

desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.”

- Contra esta interpretación del Tribunal Supremo el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona ha vuelto a plantear una cuestión prejudicial mediante auto de 2 de diciembre de 2020, asunto Gómez del Moral Guasch II (C-655/20).

Lo cierto es que a pesar del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE la aplicación de la misma por los jueces nacionales generan problemas de interpretación. El Tribunal Supremo ha intentado en varias ocasiones unificar la aplicación del derecho interno para adecuarlo al derecho de la Unión, pero la posibilidad de que los Tribunales de instancia formulen cuestiones prejudiciales ante el TJUE permite que éstos cuando tengan dudas de la solución aportada por el Tribunal Supremo interpongan cuestiones prejudiciales, con lo que el TJUE revisa la decisión adoptada por el TS. Esta situación recuerda al conflicto que se generó entre el TS y el TC⁴⁶. El TS debe aceptar que el máximo intérprete de la legislación de la Unión Europea, directa o indirecta, es el TJUE. Es cierto que de manera formal ya lo reconoce, pero es irremediable que la interpretación que realice del Derecho de la Unión pueda ser revisada posteriormente por el TJUE, lo que dará lugar a discrepancias. Y el perjudicado será la previsibilidad de las resoluciones judiciales, que incide en una falta de seguridad jurídica y en un incremento de la litigiosidad.

Esta circunstancia se produce por el sistema normativo multi nivel. El TJUE recuerda constantemente que la aplicación de la interpretación del derecho de la Unión que realiza en sus sentencias es competencia del Juez nacional, que lo realizará aplicando la doctrina del TJUE a su normativa interna. El problema es que, por un lado, la función nomofiláctica del derecho nacional la tiene el Tribunal Supremo y, por otro, el máximo intérprete del derecho de la Unión es el TJUE. La coordinación de ambas normativas, desde la perspectiva que estamos analizando que es fijar unos criterios uniformes de interpretación que pueda ser aplicado por los Tribunales, no está prevista. Y ello provoca que la fijación de esta doctrina jurisprudencial uniforme que aporte seguridad jurídica no se realiza de una manera sencilla.

La debilidad del derecho de la Unión es que las partes no pueden recurrir al TJUE ante una sentencia que sea contraria al mismo, sino que la revisión del criterio judicial se realiza en el ámbito judicial nacional. También debo advertir que a nivel interno el Tribunal

⁴⁶ Ver ampliamente el análisis que realice en *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011, pp. 101 y ss.

Constitucional ha reforzado la aplicación del derecho de la Unión y la interpretación que realiza el TJUE declarando que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva las sentencias nacionales que no las aplican. Siendo cierto, también lo es que deja al margen numerosos procesos en los que el juez nacional no planteó la cuestión prejudicial ante el TJUE y dictó una sentencia aplicando un criterio que luego el TJUE ha afirmado que vulnera el derecho de la Unión⁴⁷.

3.2. Los procedimientos testigo

Los artículos 37.2 y 3, 110 y 111 de la Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa desarrollan el procedimiento testigo. Esta regulación se incorporó al ordenamiento jurídico español con la aprobación de la ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁴⁸. En el apartado III in fine de la Exposición de Motivos el legislador justifica la regulación en “La preocupación por agilizar la tramitación de las causas es dominante y, en particular, explica la regla que permite al Juez o Tribunal suspender la tramitación de los recursos masivos que tengan idéntico objeto y resolver con carácter preferente uno o varios de ellos. De esta manera se puede eludir la reiteración de trámites, pues los efectos de la primera o primeras sentencias resultantes podrían aplicarse a los demás casos en vía de ejecución o, eventualmente, podrían inducir al desistimiento de otros recursos”⁴⁹.

La Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la Comisión General de Codificación ha advertido que la eficacia de este

⁴⁷ Sobre esta cuestión ver ampliamente al análisis que realizo en mi monografía sobre *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

⁴⁸ Estos preceptos han sido objeto de diversas modificaciones legislativas, siendo la última de ellas las de la ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, que dio nueva redacción a los artículos 37.2 y 3 y 110.4, y la ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado que modifica el artículo 110.1 LJCA.

⁴⁹ Ver el análisis que realiza NOYA FERREIRO, Lourdes, en “La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.

instrumento ha sido nula y ha provocado un incremento de los litigios⁵⁰, realizando una serie de propuestas de mejora, entre las que destaco:

- Extender los efectos del pleito testigo no sólo a los supuestos de sentencia favorable, sino a todas ellas.
- Que sea la Administración y no el órgano judicial el que acuerde extender los efectos de la sentencia.

Además, la doctrina ha puesto de manifiesto numerosas dudas que genera la aplicación de estos preceptos. Así GASCON INCHAUSTI analiza hasta diez cuestiones no resueltas por el legislador, que son las siguientes: la imprecisión del legislador al no indicar el número de recursos que justifique el recurso al procedimiento testigo; el criterio al qué debe atenderse el órgano jurisdiccional para seleccionar el proceso o procesos que han de servir de tipo y que se tramitarán de forma preferente; si se tramita más de un proceso de forma preferente cómo debe tramitarse; si se ha de esperar a la firmeza de la sentencia testigo para proceder a su notificación y dar cabida a la triple opción de los litigantes de los procesos suspensos; el plazo del que disponen los litigantes de los procesos suspensos para solicitar la extensión de la eficacia, la continuación del procedimiento o el desistimiento; si debe incoarse el proceso de ejecución de la sentencia testigo; las consecuencias que tiene en el proceso suspenso la extensión de la eficacia de la sentencia-testigo; cuándo se entiende que la pluralidad de recursos tiene objeto idéntico; quién debe y en que momento procesal analizar la concurrencia de la identidad de objetos; y la eficacia de la sentencia testigo cuando la doctrina determinante de su fallo fuera contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo o a la doctrina de los TSJ en el recurso de casación para unificación de doctrina al amparo del artículo 99 LJCA⁵¹.

En el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros el 16 de diciembre de 2020, se regula el pleito testigo en el orden civil. Lo que se pretende es solucionar la problemática planteada por la litigiosidad masiva derivada de las condiciones generales de la contratación. En la exposición de motivos justifica la reforma a que los actores utilizan demandas o plantillas

⁵⁰ Tal como afirma la Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de a Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “el resultado final es que, lejos de disminuir, el número de recursos se ha incrementado en todas las instancias y también se ha multiplicado el número de recursos de casación que se pronuncian sobre temas referidos a la extensión de efectos, llegando a generar cientos de sentencias del Tribunal Supremo que han congestionado algunas secciones” (en *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 53).

⁵¹ GASCON INCHAUSTI, Fernando, “Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo”, en *Tribunales de Justicia*, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/>.

iguales o similares para el ejercicio de las mismas pretensiones, de modo que un gran número “termina litigando con demandas prácticamente idénticas”. Afirma que “este procedimiento testigo reducirá notablemente la litigación en masa”.

La propuesta de regulación la realiza en un nuevo artículo 438 ter LEC, que se inserta como una especialidad del juicio verbal porque también modifica el artículo 250.1 LEC añadiendo el inciso 14º para remitir a este procedimiento la tramitación de las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia”.

La especialidad del procedimiento testigo está en que cuando el Juez aprecie que una demanda “incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores planteados por otros litigantes que no es preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante y que las condiciones generales de la contratación cuestionadas tienen identidad sustancial”, lo suspenderá mediante auto hasta que se dicte sentencia firme. Contra este auto se puede interponer recurso de apelación.

Una vez que se dicte sentencia firme en el proceso que se ha elegido como procedimiento testigo, el actor del juicio suspendido podrá:

- Desistir de sus pretensiones.
- Solicitar la continuación del procedimiento suspendido, indicando las razones que deben ser, a su juicio, resueltas.
- La extensión de efectos de la sentencia dictada en el procedimiento testigo, remitiéndose al incidente del artículo 519 LEC.

Como se puede comprobar la regulación propuesta en el anteproyecto incurre en los mismos defectos que la regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y que han provocado el fracaso de la regulación del procedimiento testigo.

Al margen de ello hay que plantearse la vinculación de esta regulación con el de las acciones colectivas. Tal como he expuesto en el apartado anterior éstas están previstas en el ordenamiento jurídico español, pero de forma deficiente. Actualmente estamos pendientes de la trasposición de la Directiva UE 2020/1828, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y por la que se deroga la

Directiva 2009/22/CE, que debe ser traspuesta por los Estados miembros antes del 25 de diciembre de 2022, tal como prevé en su artículo 24 .

La regulación propuesta incide directamente en la institución del precedente judicial y, en mi opinión, está abocada a su ineficacia. Tal como ha sucedido en el orden contencioso administrativo si se aprueba al menos se duplicarán los litigios:

- El primero será el incidente de suspensión de procedimiento en el que el órgano judicial acuerda suspender el proceso, en el que se puede interponer recurso de apelación si se acuerda.

- El segundo será o bien la continuación del proceso judicial o la solicitud de aplicar el resultado del proceso testigo al suspendido, de conformidad con lo previsto en el artículo 519 LEC.

Además, hay que recordar que el Tribunal Supremo declara la eficacia de las sentencias dictadas en los procesos en los que se ha ejercitado la acción colectiva, salvo que se acredite la concurrencia de circunstancias subjetivas en el caso concreto que justifiquen su no aplicación. Las entidades financieras se han acogido a ella para no reconocer la existencia de cláusulas abusivas a los afectados y de esta forma seguir aplicándola, no dejando otra opción que la reclamación judicial. Y en estos procesos una de los hechos controvertidos es la información y conocimiento que tenía el deudor.

La opción por el procedimiento testigo implicaría imponerlo a las partes, lo que podría ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el derecho de las partes a obtener una resolución de fondo fundada en derecho.

4. LOS ATAQUES A LA PREVISIBILIDAD DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

En España no se puede hablar técnicamente del precedente judicial, salvo las excepciones de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Tal como he expuesto debemos hablar de previsibilidad de las decisiones judiciales, que es esencial para lograr una justicia efectiva.

Lamentablemente en muchos de los temas que se están planteando ésta no existe, lo que provoca una mayor litigiosidad.

En este último apartado quiero realizar una reflexión sobre los ataques a la previsibilidad de las decisiones judiciales, que considero que son los siguientes:

- La existencia de un ordenamiento jurídico multinivel.
- La frenesís legislativa.
- La sumarización del proceso.
- La no recurribilidad de las resoluciones judiciales ante los tribunales superiores.
- Los intentos de excluir del conocimiento judicial determinados litigios.

En la actualidad una de los principales inconvenientes que se plantean es la existencia un sistema normativo multinivel y policéntrico⁵². En España las leyes las dicta el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias. Además, también se dictan normas legales por la Unión Europea, que son aplicables directamente (los Reglamentos) o a través de su trasposición por los Estados (Directiva). Esta diversidad de fuentes legislativas provoca que, en ocasiones, deban interpretarse conjuntamente previsiones que están informadas por distintos principios y que son interpretadas por distintos Tribunales. Las soluciones no son uniformes y pueden generar mayor inseguridad jurídica.

A título de ejemplo basta con considerar en la situación actual la regulación aprobada por el Estado y por la Comunidad Autónoma de Catalunya para afrontar los efectos de la pandemia del COVID 19 en los desahucios judiciales y su relación con el derecho a la vivienda. En la Comunidad Autónoma de Catalunya el Govern aprobó el Decreto Ley 37/2020, de 3 de noviembre, de refuerzo a la protección del derecho a la vivienda ante los efectos de la pandemia de la COVID-19 en que se acordaba la suspensión de los lanzamientos judiciales hasta la finalización del estado de alarma. Posteriormente el Gobierno de España aprobó el Real Decreto Ley 37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a la situación de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda, que regula la suspensión de los lanzamientos judiciales cuando concurren una serie de circunstancias. Los requisitos previstos en esta normas son distintas.

Ante esta doble regulación se plantea cuál debe ser aplicada por los órganos jurisdiccionales con sede en Catalunya. Es criticable que el legislador haya provocado esta situación de inseguridad jurídica, pero la pregunta es qué norma aplicarán. El mecanismo de solución del conflicto es que el Gobierno plantease cuestión de inconstitucionalidad

⁵² Expresión utilizada por CARRATTA (op. cit., p. 507).

contra el Decreto autonómico, lo que implicaría su suspensión automática. Sin embargo, no lo ha hecho.

Los tribunales, pueden plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Pero solo se suspendería el proceso concreto y el resto de tribunales podrían realizar una interpretación distinta y aplicar el derecho autonómico.

Por último, el Tribunal Constitucional ha cambiado su criterio sobre la obligación de plantear la cuestión de inconstitucionalidad por los órganos jurisdiccionales cuando deban aplicar una normativa autonómica que sea incompatible con una norma estatal. El TC en la Sentencia del pleno 102/2016, de 25 de mayo, declaró que el aplicador del derecho debe realizar un juicio de prevalencia e inaplicar la norma de derecho autonómico cuando sea incompatible con el derecho estatal. Esta doctrina ha sido ratificada en las Sentencias del TC 112/2016, de 20 de junio, 127/2016, de 7 de julio, 204/2016, de 1 de diciembre y en los autos 167/2016, de 4 de octubre y 27/2019, de 9 de abril.

Todo ello lo que crea es inseguridad jurídica sobre la norma aplicable, tal como advierten los votos particulares que se han formulado a las resoluciones citadas.

En este contexto MARINONI afirma que las causas que acaban con la previsibilidad es la subordinación de la ley a los derechos fundamentales, lo que obliga a que el Juez razone a partir de las normas-principios y la necesidad de “considerar cuestiones de orden moral, político y económico, que se encuentran en la estructura abierta de las disposiciones constitucionales” y el uso legislativas de técnica de cláusulas abiertas para evitar una multiplicidad de normas jurídicas en casos iguales⁵³. Estoy de acuerdo con el diagnóstico realizado indicando que, por otro lado, son irremediables. Por un lado, la aplicación de los derechos fundamentales y la irrupción de los derechos sociales obligan a interpretar la ley de conformidad con éstos, y esta función la tiene que hacer el órgano jurisdiccional al dictar la sentencia del caso concreto. Del mismo modo el legislador debe regular de forma general, siendo el juez el que decidirá la controversia del caso concreto interpretando, entre otros elementos, la norma jurídica aprobada. Ambos elementos implican que la decisión final del juez sea imprevisible.

En otro nivel nos encontramos con la incompatibilidad entre las normas estatales y el derecho de la Unión y la interpretación que realicen los Tribunales. Me remito al apartado

⁵³ MARINONI, op. cit., p. 428.

3.1. en que analizaba el fracaso de la función nomofilática del Tribunal Supremo en estos casos.

Lo cierto es que la existencia de un sistema normativo multinivel o policéntrico genera inseguridad jurídica e impide la imprevisibilidad de las decisiones judiciales, lo que potencia la litigiosidad.

CONSTANTINO afirma que la “frenesís legislativa” y la sumarización del proceso afectan a la previsibilidad de las sentencias⁵⁴. Trasladando sus reflexiones al proceso español debemos compartir sus conclusiones.

Por un lado, la frenesís legislativa provocan que no se asiente la interpretación uniforme de las leyes aprobadas, lo que implica que cada órgano jurisdiccional la interprete según su criterio, que es válido, pero no único ni uniforme con el del resto de Juzgados y Tribunales. Ello implica una gran inseguridad jurídica ya que las partes antes de iniciar el proceso no saben la interpretación que se realizará de la norma jurídica, con lo que no se podrá valorar la conveniencia ni determinar la estrategia a seguir para solucionar el litigio. Por otro lado, el criterio que en un principio se siga tampoco garantiza nada ya que luego podrá ser modificado a medida que se resuelvan los recursos que se interpongan contra la decisión judicial. La doctrina jurisprudencial que fije el tribunal superior no tiene el valor de precedente, pero si que garantiza a las partes que en el caso en el que el Tribunal de instancia no lo siga se podrá adecuar al mismo por la vía de los recursos.

Para ello lo que hace falta es la norma jurídica se asiente y la misma tenga una vigencia que lo permita. CONSTANTINO nos informa de las modificaciones que se han producido en Italia del Codice di Procedura Civile, criticándolas. En España se ha producido un fenómeno similar⁵⁵ que se ha incrementado con motivo de la pandemia. Lo que provoca es inseguridad jurídica al no saber las partes el criterio interpretativo que a va a ser aplicado por los Tribunales.

Otro elemento que hay que valorar es que la interpretación no es uniforme, sino que la jurisprudencia evoluciona en la misma para adecuarla a la realidad social. Por ello es fundamental que se articule un sistema de recursos adecuado que permita que la jurisprudencia se vaya formando. La doctrina jurisprudencial se fija y establece tras el análisis de una multitud de procesos, que son aparente similares pero que en la práctica difieren en los hechos, lo que puede provocar distintas respuestas judiciales. Por ello la solución no es provocar una decisión rápida por parte del Tribunal Supremo, para que fije su interpretación y se impongan su carácter vinculante a los tribunales de instancia. Ya he

⁵⁴ CONSTANTINO, en “La prevedibilità...”, cit., pp. 654 y 656 respectivamente.

⁵⁵ A título de ejemplo en el momento de la redacción de este trabajo, enero de 2021, la Ley 1/2000, de 8 de enero, de Enjuiciamiento Civil ha sido reformada en 73 ocasiones.

analizado antes que esta previsión implicaría convertirlo en legislador, lo cuál es contrario al sistema jurídico vigente en la actualidad.

Desde esta perspectiva debe mantenerse una estabilidad en las leyes, que permitan que se forme la doctrina jurisprudencial por los Tribunales que permitan que las partes prevean las posibles decisiones.

Lamentablemente no es la situación actualmente existente en España, ni en países de nuestro entorno como Italia. Esta inflación legislativa lo que provoca son incoherencias en las leyes aplicables para resolver el conflicto, lo que determina la imprevisión de las decisiones judiciales. Y todo ello hace que la justicia sea más ineficaz ya que las partes no saben cuál es el criterio que va a seguirse para resolver el conflicto, lo que determina el incremento del número de litigios.

CONSTANTINO también denuncia que otro de los obstáculos a la previsión de las decisiones judiciales es la tendencia a la sumarización del proceso civil por el riesgo que concurre de que dependa de la persona del Juez.⁵⁶ Esta afirmación la realiza en el contexto legislativo italiano en el que se ha potenciado la sumarización permitiendo que el Juez opte por tramitar el procedimiento con cognición plena o sumaria. Desde esta perspectiva es lógica la posición de CONSTANTINO, pero no es la situación en nuestro país.

En España, el legislador también ha potenciado los procesos sumarios como un instrumento para dotar de mayor eficacia al proceso judicial⁵⁷. Así por ejemplo lo realiza con la creación del juicio especial para recuperar la posesión de los bienes inmuebles cuando el ocupante no tenga título legítimo regulado en la ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas para permitir la recuperación de la posesión por su titular legítimo de una forma rápida ante la insuficiencia de los procedimientos previstos en la LEC. Es cierto que en estos casos el juez tiene mayores facultades procesales, pero no se le permite elegir el procedimiento por el que debe tramitarse. Sin embargo, la imposibilidad de recurrir alguna de las resoluciones que se dictan, como el auto adoptando medidas cautelares, impedirán la creación de esa doctrina jurisprudencial uniforme y

⁵⁶ CONSTANTINO lo justifica en que “la difusión de la tutela sumaria, no vinculada a razones objetivas, como la economía procesal o la naturaleza de los intereses en juego, y, sobre todo, sin ninguna posibilidad de una sucesiva declaración y cognición plena, determina inevitablemente la incertidumbre aplicativa y es fuente de vulneración del principio de igualdad, porque la ausencia de las reglas procesales predeterminadas genera el riesgo de formación de prácticas deformadas de oficio a oficio judicial, y sobre todo de una vuelta al sistema feudal en el cual prevalece la lógica de la pertenencia a la decisión de un *favor principis* y no la aplicación de una regla predeterminada y preventivamente adoptada”. (en “La prevedilitàà...”, cit., pp. 654 y ss).

⁵⁷ Esta opción ha sido criticada por la doctrina. Ver por todos GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, edit. BOE, Madrid, 2021, pp. 71 y ss.

deberemos atender al criterio particular que haya adoptado el órgano jurisdiccional que conozca del asunto.

En mi opinión otros elementos que atacan a la previsibilidad de las decisiones judiciales son la no posibilidad de recurrir una decisión ante los tribunales superiores o la derivación obligatoria a un mecanismo complementario de resolución de conflictos.

Finalmente debo manifestar mi preocupación en esta materia por la tendencia legislativa. El 15 de diciembre de 2020 el Consejo de Ministros del Gobierno de España aprobó el Anteproyecto de ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia. Con la excusa de introducir mecanismos eficientes para “acoger el previsible incremento de la litigiosidad” y “recuperar el pulso de la actividad judicial” plantea la reforma de la LEC regulando un sistema obligatorio de negociación antes de iniciar el proceso judicial y el procedimiento testigo.

La obligatoriedad del intento previo de negociación previa a la vía jurisdiccional implica un intento de excluir del conocimiento judicial de determinados asuntos, al margen de otras consideraciones sobre su eficacia⁵⁸. Desde esta perspectiva es criticable que no se permita la formación de una doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de una cuestión jurídica.

Otra de las medidas que propone este Anteproyecto de ley es la regulación de los procedimientos testigo en el ámbito de las reclamaciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación, que se tramitan a través del juicio verbal (art. 250.1.14 LEC) y que he analizado anteriormente. En mi opinión no contribuirá a la formación de una doctrina jurisprudencial ya que son acciones en las que para excluir la eficacia de cosa juzgada de las sentencias ya dictadas en las acciones colectivas que se han ejercitado se centra en las circunstancias personales de las partes y, concretamente, en la información precontractual recibida por el consumidor.

Por ello, desde la perspectiva de la previsibilidad de las decisiones judiciales, creo que estas medidas no contribuirán a que las partes sepan cuáles son los criterios que siguen

⁵⁸ Ver ampliamente al respecto el análisis que realicé en “La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas”, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.

los órganos jurisdiccionales y se volverá a atender al del órgano jurisdiccional que específicamente conozca del proceso judicial.

5. BIBLIOGRAFÍA

ARMENTA DEU, Teresa. “Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales”, en *Indret, Revista para el análisis del derecho*, enero 2018.

CABAÑAS GARCIA, Juan Carlos. *El derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley*, edit. Aranzadi, 2010.

CARRATTA, Antonio. “Decisioni robotica e valori del processo”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2020, número 2, pp. 491 y ss.

CEPEJ, *Herramientas para aplicar las líneas directrices que conduzcan al cambio hacia la cyberjusticia*, Documento adoptado en la 32 Reunión plenaria de la CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 13 y 14 de junio de 2019.

CEPEJ. *Carta Ética europea de utilización de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno*, adoptada en la 31 Reunión plenaria del CEPEJ, celebrada en Estrasburgo el 3 y 4 de diciembre de 2018.

Comisión General de Codificación, Sección Especial para la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, *Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Riflessioni su rule of law e precedente giudiziale”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2018, pp. 942 y ss.

CONSTANTINO, Giorgio. “La prevedibilità della decisione tra uguaglianza e appartenza”, en *Rivista di Diritto Processuale*, 2015, pp. 645 y ss.

CREMADES, Bernardo María, *el recurso en interés de ley*, edit. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. “Creación Judicial del Derecho a través del recurso de casación en interés de ley”, en *Indret, Revista para el análisis del Derecho*, enero 2013.

FERRERES COMELLES, Víctor. “Sobre la posible fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *El carácter vinculante de la jurisprudencia*, edit. Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

GASCON INCHAUSTI, Fernando, “Suspensión del proceso, tramitación preferente y extensión de los efectos de la sentencia-testigo en el proceso administrativo”, en

Tribunales de Justicia, 2001 (3), pp. 69-77. Se puede consultar en <https://eprints.ucm.es/26589/> .

GIMENO SENDRA, Vicente. GIMENO SENDRA, en *La simplificación de la Justicia Penal y Civil*, edit. Boe, Madrid, 2021.

GUILLÉN LÓPEZ, Enrique. “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de derecho constitucional europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, número 42, 2018, pp. 335 y ss.

JIMENO BULNES, Mar. *La cuestión prejudicial del artículo 177 TCE*, Barcelona, 1991.

MARINONI, “El precedente interpretativo”, en *Revista Jurídica Luso Brasileira*, año 3, 2017, número 2, pp. 423 y ss.

MUÑOZ ARANGUREN, Arturo. “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”, en *Revista General de Derecho Procesal*, 2009, 17.

NIEVA FENOLL, Jordi. *Derecho Procesal I, Introducción*, edit. Tirant lo Blanc, Valencia, 2019.

NOYA FERREIRO, Lourdes, en “La extensión procesal. Del ámbito del enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa”, en *Tratado sobre el Proceso Administrativo*, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, documento TOL7.435.014.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto. “La Jurisdicción en la Teoría de la División de Poderes de Montesquieu”, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1976, pp. 905 y ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. “La problemática de los ADR en materia de consumo y vivienda y la aplicación de las decisiones automatizadas”, en *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 2020, número 1, pp. 88 y ss.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*, edit. Atelier, Barcelona, 2018.

PÉREZ DAUDÍ, Vicente. *La protección civil de los derechos fundamentales*, edit. Atelier, Barcelona, 2011.

PÉREZ GORDO, Alfonso. “El control de constitucionalidad de las leyes”, *Revista Jurídica de Catalunya*, número 3, 1972, pp. 83 y ss., que se publicó también en *Estudios de Derecho Procesal*, edit. Portico, Zaragoza, 1981, pp. 365 y ss

PÉREZ GORDO, Alfonso. *El Tribunal Constitucional y sus funciones*, edit. Bosch, Barcelona, 1982

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*, edit. Librería Bosch, Barcelona, 1978.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Enjuiciamiento Civil*, tomo I, edit. Atelier, Barcelona, 2008.

ROSADO IGLESIAS, Gema. "Seguridad jurídica y valor vinculante de la jurisprudencia", en *Cuadernos de Derecho Público*, número 28, mayo-agosto 2006, pp. 83 y ss.

SATTA, Salvatore. *Manual de Derecho Procesal Civil*, volumen I, edit. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1971.

SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel. "El juicio jurisdiccional", en *Jurisdicción, acción y proceso*, edit. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 69 y ss.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel. en *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, edit. Tecnos, Madrid, 1984, p. 785.

TAPIA FERNANDEZ, Isabel. "¿El Tribunal Supremo legislador? (el valor normativo de la Jurisprudencia y de los Acuerdos no jurisdiccionales de la Sala Primera)", en *Justicia* 2017, número 2, pp. 21 y ss.

TARUFFO, Michele. *La motivazione de la sentenza civile*, Padua, 1975.

TARUFFO, Michele. TARUFFO, en "Precedente y jurisprudencia", en *Precedente Revista Jurídica*, 2007, pp. 86 y ss.

TARUFFO, Michele. *Aspectos del precedente judicial*, edit. Coordinación Editorial, Nuevo León, 2018

TRIBUNAL SUPREMO, Sala de Gobierno. *Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 4 de abril de 2014*.

XIOL RIOS, Juan Antonio. "El precedente judicial en nuestro derecho, una creación del Tribunal Constitucional", en *Revista del Poder Judicial*, número 3, septiembre 1986.