

DECONSTRUCCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

[Segundo Accésit del III Premio de Estudios Jurídicos
Villanueva]



Dr. Federico ADAN DOMENECH

Profesor Agregado de Derecho Procesal, acreditado como Catedrático. Universidad
Rovira i Virgili
federico.adan@urv.cat

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ■ II. PREMISA INICIAL UNO. CADA CUAL EN SU CASA Y DIOS EN LA DE TODOS ■ 1. *A buena fiesta, mala nueva* ■ 2. *A cada pajarrillo, le gusta su nidillo* ■ III. PREMISA INICIAL BIS. A GUSTO DE LOS COCINEROS COMEN LOS FRAILES ■ 1. *El mejor escribano echa un borrón* ■ 2. *Cada Moneda tiene dos caras* ■ IV. PREMISA INICIAL TER. ANTES DE QUE TE CASES, MIRA LO QUE HACES ■ V. NO ES POR EL HUEVO, SINO POR EL FUERO ■ 1. *De fuera vendrá quien de casa te echará* ■ 2. *No hay almohada más blanda que una conciencia tranquila* ■ VI. CADA COSA TIENE DOS ASAS, UNA QUE ESTÁ FRÍA Y OTRA QUE ABRASA ■ VII. LAS CUENTAS CLARAS Y EL CHOCOLATE ESPESO ■ 1. *Al pan, pan y al vino, vino. Flexibilización del principio dispositivo* ■ 2. *Dale lo suyo al tiempo, pero sin perder el tiempo. Eliminación del principio de improrrogabilidad de los plazos procesales* ■ 3. *No hay peor sordo que el que no quiere oír. Relativización de la cosa juzgada* ■ 4. *Nunca es tarde si la dicha es buena. Eliminación de la preclusión en la alegación de hechos* ■ VIII. EL SABIO SIEMPRE QUIERE APRENDER, EL IGNORANTE SIEMPRE QUIERE ENSEÑAR. REFLEXIÓN FINAL ■ IX. POCO A POCO SE LLEGA ANTES. EPÍLOGO.

Resumen

Las recientes resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea han supuesto un «tsunami» jurídico en el ínterin de nuestro ordenamiento procesal. La aplicación de la jurisprudencia europea y de las Directivas que dotan de contenido al Derecho comunitario, suponen una quiebra de principios básicos y dogmas procesales patrios. La realidad jurídica actual es la confrontación total entre el ordenamiento ju-

rídico español y el comunitario, que, de resolverse, dejando huérfanos de contenido a las instituciones procesales afectadas, se traduciría en una desnaturalización del ordenamiento jurídico-procesal español. El principal desafío jurídico del legislador español se plasma en dar solución a estas incoherencias e incompatibilidades, la cual permita una convivencia armónica con el ordenamiento comunitario. De lo contrario, el derecho procesal español del siglo XXI será un derecho «parcheado» y contrario a la tradición jurídica, comúnmente aceptada, tanto por los Tribunales como por los operadores jurídicos. En este artículo, se pretende poner de relieve estas contradicciones, para que el legislador afronte una revisión global del ordenamiento procesal, so pena de recibir varapalos jurídicos constantes por parte del TJUE, hecho que se traduciría en un brexit jurídico.

I. INTRODUCCIÓN

La cocina moderna ha puesto de moda este vocablo: deconstruir, al que se le quiere conceder un aire *cool* (en Español tradicional, un aire fresco, en definitiva, estar a la última). El diccionario de la Real Academia de la Lengua española ha definido este verbo en el sentido de *deshacer analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual*¹. Y ante las últimas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (en adelante TJUE), me surge el interrogante de si la globalización jurídica, nos está obligando a deshacer analíticamente el ordenamiento jurídico español, y, en especial, el procesal, es decir, si estamos deconstruyendo el ordenamiento jurídico propio.

Las relaciones entre el ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico comunitario, parecen ser complicadas, o cuanto menos difíciles, si fuese un matrimonio o una pareja de hecho, en función de si el lector es más o menos moderno, podríamos manifestar que la convivencia de ambos ordenamientos atraviesa un mal momento, que es necesario que nos demos un tiempo.

En los últimos años, e incluso meses, se han sucedido diversos «rifirrafes» jurídicos entre el Tribunal Supremo, (en adelante TS) y el TJUE, máximas autoridades judiciales en sus respectivos ámbitos. Cierto es, que en derecho 2 + 2 no siempre son 4, pero cosa diferentes es que sean 24. La diversidad de interpretación y el dinamismo de las normas jurídicas, es uno de los elementos atractivos y enriquecedores del derecho, pero cuidado, pues, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, no puede ser una cuestión baladí, y la misma, o mejor dicho, el resultado de la aplicación de la misma, puede ser elemento condicionante de una realidad jurídica, social y económica de un país, y, en eso estamos.

Las últimas resoluciones del TJUE, especialmente en el ámbito de los consumidores y usuarios, han provocado, en mi modesto entender, un *tsunami* jurídico, que condiciona y quiebra dogmas procesales y jurídicos aceptados como pilares del derecho procesal. En espera de que entre ambos ordenamientos se inste un proceso de mediación, que tan en boga se encuentra, pues no existe Ley ni ámbito jurídico que se precie, que no instaure la institución legal de la mediación, en este trabajo pretendemos, humildemente, poner de manifiesto la quiebra de principios básicos de

1. <http://dle.rae.es/?id=ByV94TP>.

nuestro derecho, ayudándome del refranero popular, manifestación de la verdadera experiencia y sabiduría.

II. PREMISA INICIAL UNO. CADA CUAL EN SU CASA Y DIOS EN LA DE TODOS

En el plano jurídico, la consecuencia directa de la entrada de España en la Unión Europea², se plasma en la aceptación del acervo comunitario, asunción de compromiso que no es, ni debe ser meramente simbólico, so pena de dejar huérfano de contenido al Tratado internacional de adhesión, más al contrario, pues incide, directamente en las «entrañas» de nuestro acervo particular, por un lado, respecto de las características definitorias de la jurisdicción estatal, y, por otro, en la estructura piramidal de las fuentes del derecho. Incidencia que debe ser «inicialmente» aceptada, si no queremos incumplir tanto el Tratado de Adhesión a la Unión Europea como el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

1. A buena fiesta, mala nueva

El artículo 117 CE, definitorio de las características inherentes a la jurisdicción, señala como una de las singularidades de identidad de la misma, su unidad. Unidad que implica la imposibilidad de descentralización interna³, a diferencia de lo que acontece con el resto de poderes del Estado. Sin embargo, esta prohibición de descentralización, no es absoluta ni homogénea, pues la misma sólo es efectiva a nivel vertical descendente, esto es, se prohíbe su disgregación interna, prohibición que se relativiza en su dimensión vertical ascendente, aceptando que un «poder judicial extraño», y su máxima autoridad jurisdiccional, como es el TJUE, asuma legalmente parte de la soberanía judicial española. De esta forma, con la *cesión del ejercicio de competencias a la Unión europea y la integración consiguiente del Derecho comunitario en el nuestro propio se imponen límites inevitables a las facultades soberanas del Estado*⁴. Es por ello, que si bien es motivo de satisfacción, la entrada de España en la UE, también debemos ser conscientes de las limitaciones que ello implica en nuestra *autoritas* judicial, y aceptarlas⁵.

2. A efectos meramente recordatorios, señalar que España firmó el Tratado de Adhesión, el 12 de junio de 2015, produciéndose la integración efectiva el 1 de enero de 1986.

3. El Poder Judicial es único, de manera que *una de las características definitorias del Estado autonómico, por contraste con el federal, es que su diversidad funcional y orgánica no alcanza en ningún caso a la jurisdicción. En el Estado autonómico, en efecto, la diversificación del ordenamiento en una pluralidad de sistemas normativos autónomos no se verifica ya en el nivel de la constitucionalidad con la existencia de una pluralidad de Constituciones (federal y federadas), sino que, a partir de una única Constitución nacional, sólo comienza en el nivel de la legalidad. Los sistemas normativos que en ese punto se configuran producen normas propias, a partir del ejercicio de unas potestades legislativa y ejecutiva también propia. Sin embargo, la función jurisdiccional, mediante la que tales normas adquieren forma y contenido definitivos, es siempre, y sólo, una función del Estado. En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción.* STC de 6 de mayo de 2014, Sentencia núm. 71/2014.

4. STC de 18 de diciembre de 2014, Sentencia núm. 215/2014.

5. Esta limitación es reconocida por el TC, en su sentencia de 2 de julio de 2012, al sostener que *los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto Melki y Abdeli, C-188/10 y*

Esta cesión de soberanía judicial se concreta en una justicia devolutiva, fundamentada, a nuestro entender, tanto en un criterio de competencia objetiva, como en un criterio de competencia funcional derivada, regulados ambos extremos en el precepto 19 del Tratado de la Unión Europea.

2. A cada pajarillo, le gusta su nidillo

Cada Estado ha definido su propio conjunto normativo y la aplicación jerárquica del mismo. La irrupción del acervo comunitario en este sistema normativo, si bien enriquece el ordenamiento jurídico y, a su vez, lo unifica con el correspondiente del resto de Estados miembros, no es menos cierto, que también produce un efecto distorsionador, que, a pesar del significado del término, no debe entenderse en sentido peyorativo.

Efecto distorsionador, porque la integración no es una integración cualquiera, sino que la misma se rige por el principio de prevalencia, como principio normativo de salvaguarda del respeto y primacía del acervo comunitario sobre el ordenamiento jurídico interno⁶, y su propio sistema de fuentes. Esta prevalencia no se encuentra exenta de cobertura legal, sino que se instrumentaliza, constitucionalmente, a través del artículo 93 CE⁷. Desde que somos europeos, jurídica, normativa y organizativamente hablando, pasamos de un sistema de fuentes español para intercambiarlo por el sistema de fuentes europeo.

Esta alteración de la pirámide jerárquica del sistema de fuentes, no solo incide en la aplicabilidad de las normas, sino también en la actuación de los operadores jurídicos que se enfrentan diariamente a la necesidad de dar solución al auxilio judicial requerido por los ciudadanos, al dejar los órganos judiciales de ser solamente Tribunales estatales, para convertirse en Tribunales comunitarios⁸. La entrada en la Unión

C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto Elchinov, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria. Sentencia núm. 145/2012.

6. La reafirmación jurisprudencial del carácter de prevalencia de las normas comunitarias ha sido recalado tanto por los órganos supranacionales como por los patrios. Sirva como ejemplo, de los Tribunales foráneos, la STJUE de 26 de febrero de 2013, en la que se sostiene que, *en efecto, según jurisprudencia asentada, el principio de primacía del Derecho de la Unión, es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión*. STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11.

En cuanto a los Tribunales patrios, esta misma declaración ha sido reconocida tanto por los órganos judiciales integrantes del poder judicial como por la jurisdicción especial. El TS, en su resolución de 13 de octubre de 2011, establece que *los jueces nacionales, en nuestra condición de jueces comunitarios, estamos obligados a salvaguardar la efectividad del derecho comunitario y su supraordenación al derecho interno conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ahora Tribunal General de la Unión Europea*. STS de 13 de octubre de 2011, Id Cendoj: 28079130042011100551. De la misma forma, el TC, en su sentencia de 5 de noviembre de 2015, manifiesta que *corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión*. STC de 5 de noviembre de 2015, Sentencia núm. 232/2015.

7. STC de 5 de noviembre de 2015, Sentencia núm. 232/2015.

8. El TJUE es el primero en recordar a los órganos judiciales de los Estados miembros, el carácter prioritario del Derecho comunitario. Así, la STJUE de 22 de junio de 2010, asevera que *el Juez nacional encargado de aplicar las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de esas normas, dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar o esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional*. STJUE de 22 de junio de 2010, asunto C-188/2010.

europea implica, en definitiva, la superación del poder judicial clásico y el nacimiento del más amplio poder judicial europeo.

III. PREMISA INICIAL BIS. A GUSTO DE LOS COCINEROS COMEN LOS FRAILES

La individualización del genérico término de acervo comunitario, nos concreta que en este sistema normativo se comprende la base común de derechos y obligaciones que vinculan al conjunto de los países de la Unión Europea, como miembros de la misma, entre otros elementos, la legislación adoptada en aplicación de los Tratados y la Jurisprudencia del TJUE.

El ordenamiento jurídico español no es que sea más papista que el papa, sino que es coherente y creyente con aquello que ratifica. Tan creyente que se autoreafirma en las obligaciones jurídicas comunitarias asumidas, introduciendo en la reciente modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante LOPJ), el artículo 4 bis, para enfatizarnos que *los Jueces y Tribunales* (de nuestro Poder judicial) *aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. La incorporación de este precepto a la LOPJ denota que, a nivel interno, y desde el punto de vista legislativo, la corroboración del carácter de primacía de la doctrina del TJUE no es un reconocimiento arcaico o desfasado, sino todo lo contrario, pues la entrada en vigor de la reciente LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, la reafirma normativamente.

La apuesta legislativa española es clara y disipadora de cualquier duda, elevando a rango legal esta primacía⁹. Esta declaración de principios se traduce en dos consecuencias. En primer lugar, en la instauración de un sistema judicial corrector, y, en segundo lugar, en una limitación de las facultades interpretativas de las normas jurídicas.

1. El mejor escribano echa un borrón

En una sociedad en la que las relaciones jurídicas se encuentran cada vez más globalizadas, la aplicación normativa al caso concreto –función jurisdiccional– no constituye una excepción, siendo difícil encontrar situaciones jurídicas a las que no les resulte de aplicación alguna norma comunitaria. La proclamada vocación uniformista, que adopta el Derecho comunitario, tendente a armonizar los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, elimina cualquier atisbo de autocomplacencia con nuestro propio sistema de fuentes.

Así, el bautizado «efecto cascada» del Derecho comunitario, en el sentido de incidir en el orden de prelación de los ordenamientos jurídicos patrios, también afecta

9. El rango legal de prevalencia es, asimismo, reconocido jurisprudencialmente, como resulta patente en el Auto del TS de 21 de mayo de 2013, al defender que *ahora bien, las condiciones, presupuestos y requisitos de procedibilidad y de admisibilidad se rigen por el ordenamiento interno, siempre y cuando sus normas y la interpretación que de ellas se haga garanticen la primacía y el efecto directo de las normas comunitarias –en rigor, el efecto útil de ese efecto directo–, y posibiliten, por lo tanto, el recurso establecido en ellas, con su contenido propio y su propia finalidad, sin convertir en papel mojado, en simple previsión normativa carente de aplicación en la práctica, el recurso de casación establecido en las normas comunitarias*. Id Cendoj: 28079110012013201586.

a la doctrina jurisprudencial de nuestros órganos judiciales. La creación del poder judicial europeo, y la conversión de los Juzgados españoles en Juzgados comunitarios, implica la asunción de unas nuevas reglas del juego, y por *ende*, la aceptación de la modificación de resoluciones argumentadas y justificadas dictadas por nuestros altos Tribunales, aplicándose un sistema de justicia corrector y tutelado¹⁰. Consecuencia de ello, ante una supuesta divergencia entre la doctrina jurisprudencial española y la comunitaria, no deben plantearse dudas de cuál adquiere carácter preferente, pues, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial, se ha proclamado la naturaleza preferente de las resoluciones judiciales dictadas por el TJUE, asumiendo incluso los órganos españoles una función tuteladora del respeto a esta prevalencia¹¹.

2. Cada Moneda tiene dos caras

La equidad, justicia y equilibrio son elementos que condicionan una aplicación de las normas jurídicas de forma estricta o taxativa, siendo necesario efectuar una interpretación conjunta de diferentes factores sociales, normativos, e históricos. Así, las prescripciones legales deben ser aplicadas tomando en consideración otros extremos, que sin desvirtuarlas las conviertan en más sociales, justas y equitativas, y, que tienen como consecuencia efectuar *una interpretación armonizada y finalista de la norma*¹². En relación a las reglas hermenéuticas, los extremos que deben informar la interpretación de los preceptos legales, vienen definidos por el propio artículo 3.1 del Código civil.

A.– La interpretación de las normas jurídicas no puede ser aislada, sino que la misma debe ser conjunta y conexa, con aquello que el Código civil define como de contexto. Tesis que ha sido utilizada por el TS para fundamentar la interpretación y aplicación de una norma, en resoluciones como la de 11 de junio de 2012, al defender que *la interpretación de los mencionados artículos, y en particular la del 16.1 LPHE, no puede prescindir de su contexto, tanto en la propia norma como en el conjunto del ordenamiento jurídico, con referencia al momento temporal en que se promulga la Ley del Patrimonio Histórico Español, y, ni mucho menos, de su espíritu y finalidad*¹³.

10. La aceptación tanto de la modificación del orden de prelación como de la armonización de los ordenamientos jurídicos patrios, se consigna en la STC de 5 de noviembre de 2015, al manifestar que este Tribunal debe valorar también el canon más específico del derecho a un proceso con todas las garantías, del que forma parte el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan «conforme al sistema de fuentes establecido» (STC 58/2004, FJ 14, y, en el mismo sentido, STC 173/2002, de 9 de octubre, FJ 10). Porque como recuerda STC 58/2004 primeramente citada, «no cabe duda de que, conforme al art. 96 de nuestra Constitución, el Tratado de la Comunidad Europea –y concretamente, en este caso, su art. 234 [actual art. 267 TFUE]– forma parte del Ordenamiento interno; por ello la cuestión prejudicial prevista en dicho precepto configura un instrumento más al servicio de los Jueces y Tribunales para la depuración del Ordenamiento jurídico» (STC 58/2004, FJ 10). STC de 5 de noviembre de 2015, Sentencia núm. 232/2015.

11. La exigencia de comprobación del respeto y cumplimiento del Derecho comunitario, se refleja en la STC de 5 de noviembre de 2015, la cual sostiene que *sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando, como aquí ocurre según hemos avanzado ya, exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En estos casos, el desconocimiento y preterición de esa norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso», lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva*. Sentencia núm. 232/2015.

12. STS de 23 de noviembre de 2016, Id Cendoj: 28079130022016100454.

13. STS de 11 de junio de 2012, Id Cendoj: 28079130042012100455.

B.– Deben ser coherentes las normas legales con los antecedentes históricos y legislativos¹⁴. La política legislativa es cambiante, en España existe una especial afición del legislador por adoptar una actividad legislativa, especialmente «parcheadora», a base de reformas directas o derivadas de la inclusión de modificaciones, en lugares «inhóspitos» de otros textos normativos, como suelen ser las disposiciones legales, que, en multitud de ocasiones, pueden no tener relación alguna con el cuerpo legislativo en el que se consignan. La función agotadora del órgano judicial de trazar una línea recta, en esa laberíntica dispersión normativa, se erige como elemento fundamental para entender, o, cuanto menos, intentar comprender, el origen, evolución y finalidad de las normas.

C.– Las reglas jurídicas deben ajustarse, en la medida de lo posible, a la realidad social, la cual es cambiante, pues la riqueza de la justicia recae en saber adaptarse¹⁵. La justicia no debe vivir aislada y fría respecto del entorno social que la rodea, sino que el elemento sociológico debe erigirse como criterio de aplicación de las normas¹⁶. La justicia de la justicia, y perdonen la reiteración, debe concretarse en aplicar las normas dando respuesta a las situaciones históricas, sin que pierdan con ello, su identidad y espíritu.

D.– Las prescripciones normativas deben encontrarse en coherencia con su espíritu y finalidad¹⁷. Finalmente, el Código civil determina como elemento definidor de la interpretación y aplicación de las normas su dimensión teleológica. Resultaría simplista definir las normas por su producción gramatical o externa, todas ellas tienen una razón de ser, un sentido original. Las normas en sí mismas no son finalistas, sino instrumentales de un fin superior, aplicar la justicia al caso concreto, y la destreza y habilidad del aplicador jurídico es aplicar esa razón de ser al caso enjuiciado.

Prescindiendo del carácter gramatical de las normas, la dimensión sociológica y teológica de las mismas, reguladas en el artículo 3.1 del Código civil, puede ser transgredida o difuminada por la primacía del derecho comunitario. Los contextos sociales, el espíritu y finalidad de las normas y los antecedentes legislativos no son homogéneos entre un Estado miembro y el conjunto de la Unión europea. De este modo, la aplicación taxativa, respecto del principio de equivalencia y de eficacia del ordenamiento jurídico comunitario, puede traducirse en la pérdida de la identidad y la razón de ser, de reglas jurídicas propias consolidadas y aceptadas, extremo que, como ya hemos ido avanzando, sucede en el ámbito del derecho procesal.

IV. PREMISA INICIAL TER. ANTES DE QUE TE CASES, MIRA LO QUE HACES

Una vez realizada una radiografía de las consecuencias de la vinculación jurídica, formalizada con la Unión europea, ya sabemos dónde estamos, ante una normativa propia «desplazada» y ante un Tribunal Supremo «intervenido», como no oculta el TJUE, al afirmar en diferentes resoluciones que *los órganos jurisdiccionales están obligados, con arreglo al art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 267 del TFUE) a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos*

14. STS de 23 de mayo de 2017, Id Cendoj: 28079110012017100310.

15. STS de 22 de junio de 2017, Id Cendoj: 28079110012017100379.

16. STS de 15 de diciembre de 2005, Id Cendoj: 28079130052005101200.

17. STS de 14 de noviembre 2016, Id Cendoj: 28079110012016100636.

que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno»¹⁸.

Sin embargo, esta aplicación directa del vínculo jurídico comunitario no siempre ha sido con la necesaria «dulzura», sino más bien de manera «contenciosa», pues la aplicación del acervo comunitario no se caracteriza por una coherencia absoluta con los principios inspiradores del Derecho nacional.

V. NO ES POR EL HUEVO, SINO POR EL FUERO

1. De fuera vendrá quien de casa te echará

Partiendo de las premisas anteriormente citadas, llegamos a dos conclusiones. A nivel normativo, el ordenamiento jurídico resulta desplazado, y, a nivel judicial, las resoluciones del Tribunal Supremo son corregidas¹⁹. Estas son las contraprestaciones que debemos pagar por formar parte de la Unión Europea: la integración del derecho comunitario al ordenamiento jurídico español con carácter de primacía, la ampliación del poder judicial español al denominado poder judicial comunitario y la conversión de los Tribunales nacionales en Tribunales comunitarios.

Pero, esta «subordinación» normativa y jurídica, entendida de manera absoluta, conlleva la deconstrucción de nuestro ordenamiento jurídico, esto es, se deshacen analíticamente los elementos que constituyen una estructura conceptual. Este peligro, desemboca en alarmas que se traducen en la adopción de mecanismos de defensa.

Ante los riesgos de la pérdida de identidad de las instituciones propias, surge la teoría de los contralímites²⁰, como medida de protección del ordenamiento jurídico, frente a una comunitarización del mismo. Sin embargo, esta teoría conllevaba que los límites fuesen perfilados por cada Tribunal Constitucional de los Estados miembros, generándose una heterogeneidad de soluciones que atentaba contra la pretendida uniformidad del Derecho comunitario. La solución adoptada ante tal malgama de límites, se concretó en la configuración del Derecho comunitario como un ordenamiento jurídico autónomo y con vida propia, que se incorporaba en bloque a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, pero con una peculiaridad, se reservaba el monopolio de su interpretación a un organismo controlado por la propia Unión Europea, como era el TJUE, evitando así, que los Tribunales constitucionales de cada país coartasen la supremacía del Derecho comunitario, extremo que *podría contravenir el carácter imperativo y la aplicación uniforme del mismo*²¹.

18. SSTJUE de 14 de diciembre de 2012, asunto C-46/93 y de 5 de marzo de 1996, asunto C-48/93.

19. La incidencia de la exigencia del cumplimiento del Derecho comunitario por parte de los órganos judiciales, es plasmada en STJUE de 21 de abril de 2016, al manifestar que *es obligación de los Estados miembros adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una directiva es una obligación imperativa, impuesta por el artículo 288 TFUE, párrafo tercero, y por la propia directiva. Esta obligación de adoptar todas las medidas generales o particulares se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales*. Asunto C-377/14.

20. La teoría de los contralímites defiende la vigencia de los elementos constitucionales fundamentales de los Estados miembros, frente a la primacía absoluta del Derecho comunitario. Así, se sostenía que los principios y valores básicos, en los que descansa cada ordenamiento jurídico, no podrían ser desplazados automáticamente por el acervo comunitario. No entraremos a analizar los contralímites propuestos en nuestro ordenamiento jurídico, por exceder del contenido y dimensión del presente trabajo.

21. STJUE de 11 de enero de 2000, asunto C-285/98.

2. No hay almohada más blanda que una conciencia tranquila

Como medida de protección de los órganos judiciales, a efectos de evitar sanciones por incumplimiento de la aplicación del Derecho comunitario²², y como justificación del desplazamiento de las normas internas, nuestro Tribunal Constitucional instauró, como salvaguarda para la objetivación de la inaplicación de una ley propia y la aplicabilidad del acervo comunitario, el planteamiento de una cuestión prejudicial. La formulación de la cuestión prejudicial y la resolución de la misma, cumple dos finalidades. En primer lugar, observar la prelación del sistema de fuentes, y, en segundo lugar, garantizar la inexistencia de vulneración de la tutela judicial efectiva de un ciudadano, al que no se le aplicó una normativa interna²³.

Como si de guarda pretoriana se tratara, la formulación de la cuestión prejudicial, se asegura el cumplimiento del mandato constitucional, regulado en el artículo 117 CE, que no es otro que el debido sometimiento de la actividad jurisdiccional al imperio de la Ley, concretándose, en casos de duda, la determinación de las reglas a aplicar, una vez asumido el conflicto entre normas internas y comunitarias²⁴.

El significado final del planteamiento de la cuestión judicial, en el sentido de justificar la inaplicabilidad de una ley interna, desplazando la misma en pro de la salvaguarda de la primacía del Derecho comunitario, podría representar un efecto tranquilizador de la conciencia y actuación de nuestros órganos judiciales. No obstante, a nuestro entender, el problema no es tanto el contenido como el continente, pues el planteamiento de la cuestión prejudicial, no exime ni evita que la resolución de la misma sea contraria a principios públicos aceptados en nuestro derecho, y por *ende*, el

22. Con la STJUE de 12 de noviembre de 2012, fue la primera vez que se sancionó a un Estado miembro por la no interposición de la cuestión de prejudicialidad. La sanción se impone en base a la norma 258 del tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el cual sostiene que *si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. En definitiva, esta norma regula lo que se ha venido a denominar el recurso de incumplimiento judicial. De este modo, si ante la constancia de una contradicción entre norma nacional e internacional, se omitiere el planteamiento de la cuestión prejudicial, se «daba carta de libertad» para condenar al Estado concreto. Asunto C-370/12.

23. La formulación de la cuestión prejudicial como garante del respeto del derecho a la tutela judicial efectiva, es resaltada en la STC de 19 de abril de 2004, al considerar que la decisión de inaplicar el *Derecho interno (la Ley 5/1990) por su supuesta incompatibilidad con el Derecho comunitario (el art. 33 de la sexta Directiva) sin haber planteado previamente la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE, antiguo art. 177 TCEE), adoptada por un órgano judicial cuya resolución no es susceptible de ulterior recurso ordinario, en un asunto donde el propio órgano judicial viene a separarse de toda la doctrina judicial interna recaída sobre la materia –formada sobre la base del criterio sustentado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en diversas Sentencias–, supone desconocer las garantías que integran el contenido del proceso debido, pues esta otra preterición del sistema de fuentes era absolutamente imprevisible para la demandante de amparo, como vamos a comprobar*. Sentencia núm. 58/2004.

24. La nulidad de la actuación judicial, que ignora la necesidad de formular una cuestión de prejudicialidad, es puesta de manifiesto en la STC de 19 de abril de 2004, al sostener que los Jueces y Tribunales, en definitiva, sólo son garantes y dispensadores de la *tutela que exige el art. 24 CE cuando deciden secundum legem y conforme al sistema de fuentes establecido. El Poder Judicial es, al margen de la legalidad, nudo poder que, al resolver así, no respeta ni asegura las garantías inherentes al procedimiento. Es, pues, evidente, que el art. 117.3 CE no faculta al Juez, una vez seleccionada la única norma legal aplicable al caso concreto, simplemente a inaplicarla, soslayando el procedimiento expresamente establecido para ello en nuestro Ordenamiento jurídico tanto para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el art. 163 CE como para el de la cuestión prejudicial recogida en el art. 234 TCE*. Sentencia núm. 58/2004.

problema radica en establecer si debe ser siempre el Derecho comunitario prevalente sobre el Derecho nacional.

VI. CADA COSA TIENE DOS ASAS, UNA QUE ESTÁ FRÍA Y OTRA QUE ABRASA

Con la intención de simplificar al máximo el enunciado del problema, lo vamos a concretar en dos supuestos recientes y de gran polémica jurídica y económica. Aceptamos que el planteamiento de las cuestiones prejudiciales sea un mecanismo pacificador de las contradicciones jurídicas entre ordenamientos, y, a su vez, remedio de justificación de la prevalencia del Derecho comunitario, pero consideramos peligroso que el resultado de la cuestión, sea de aplicación absoluta y no discutible, pues, tal «seguidismo», aumenta la situación de tutelaje y desplazamiento de las normas propias, confrontaciones jurídicas que crean un sentimiento jurídico euro escéptico, que podría plantearnos un *brexít* jurídico, pues una cosa es la modificación y adecuación, respetando los dogmas consolidados, y, otra, es la desaparición y eliminación de principios inspiradores propios. Veamos esta problemática con dos ejemplos, las cuestiones prejudiciales relativas a la abusividad de las cláusulas suelo y de vencimiento anticipado.

Respecto de las cláusulas suelo, la resolución final del TJUE, fue como un parto largo pero deseado. El nacimiento era ansiosamente esperado por todos, la elección y preferencia del sexo no era unánime. Las entidades financieras y las bancarias querían uno, las entidades de consumidores y usuarios querían otro, totalmente diferente. Las ecografías no eran claras, resultaban ser borrosas y no determinaban con exactitud cuál sería el resultado, pero al final, el día 21 de diciembre de 2016²⁵, finalmente, vio la luz la resolución del TJUE, que se pronunciaba sobre la retroactividad ilimitada de las cláusulas suelo. Su contenido incidía de forma directa en los pronunciamientos del TS, pues se negaba la limitación de los efectos retroactivos de la nulidad de las cláusulas suelo, generando en los justiciables una situación de incertidumbre, que afectaban a instituciones procesales como la cosa juzgada, la preclusión....

En relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, también se plantearon diferentes cuestiones prejudiciales, resolviendo el TJUE en resolución de 26 de enero de 2017²⁶, argumentando que la nulidad de estas cláusulas por abusivas, imposibilitaba que fuese fundamento de la ejecución, sin posibilidad alguna de integración, y, en consecuencia, pronunciándose en contra de la prosecución de las actuaciones ejecutivas. No obstante, esta sentencia se erige como una resolución de una especial magnitud procesal, por poner en duda principios básicos de nuestro sistema procesal, como pueden ser la improrrogabilidad de los plazos procesales, la vigencia de los principios informadores del proceso civil y la delimitación de las consecuencias derivadas de la cosa juzgada.

Cuestión común en ambas cuestiones prejudiciales, es que, si bien existe un aspecto positivo en la formulación de las mismas, plasmado en el cumplimiento tanto del imperio de la ley como de la necesidad de formular una cuestión prejudicial, por contradicción normativa o dudas de interpretación, también de las mismas se deriva un aspecto negativo, pues su el resultado incide en la «esencia» de dogmas procesales internos, creando dudas e inseguridad en los operadores jurídicos.

25. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15.

26. STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

VII. LAS CUENTAS CLARAS Y EL CHOCOLATE ESPESO

Si tarea ardua era frenar la comunitarización de nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito constitucional, mayor dificultad presenta defender la vigencia de principios básicos de derecho procesal, a pesar de su aceptación unánime, frente a las decisiones interpretativas del TJUE. La actuación de los operadores jurídicos, en ningún caso es fácil, pues a éstos «se les pasa la patata caliente», y perdonen la expresión.

El TJUE establece los parámetros y criterios de interpretación, y los órganos jurídicos patrios, empezando por el Tribunal Supremo, deben ingeniárselas, para acomodar, lo incomodable, esto es, para aplicar los criterios valorativos del Tribunal comunitario, a disciplinas e instituciones jurídicas propias.

El ejemplo más claro de esta «destrucción», o cuanto menos lesión de principios procesales, es lo que sucede con las decisiones resultantes de las cuestiones prejudiciales relativas a las cláusulas suelo y vencimiento anticipado, resoluciones de un gran trascendencia procesal, pues con las mismas se desvirtúa el ordenamiento jurídico procesal español vigente, o, como mínimo como hasta ahora lo teníamos entendido, creando una crisis del sistema procesal español.

1. Al pan, pan y al vino, vino. Flexibilización del principio dispositivo

Primer agravio: Flexibilización del principio de rogación y exigencia de actuación de oficio del órgano judicial en un proceso civil.

Los principios del proceso se configuran como máximas jurídicas que condicionan tanto la tramitación del procedimiento como la actuación de las partes y del órgano judicial. Sin embargo, su vigencia no puede ser considerada de manera independiente, sino que debe ponerse en correlación con la naturaleza de la relación jurídica controvertida, pues, en función de la misma operaran uno u otros principios.

El objeto de los procesos que forman parte del orden jurisdiccional civil se caracteriza por su carácter privado, extremo que concede un poder «absoluto» de decisión a la parte, en relación a qué, cómo y cuándo reclamar. Este carácter dispositivo es el que justifica que los principios informadores de los juicios civiles sean los de justicia rogada y de instancia de parte, *nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*, en contraposición, a los procesos cuyo objeto se caracteriza por su naturaleza pública, en los que adquiere operatividad el principio de actuación de oficio. De esta forma, por regla general en los procesos civiles, salvo, en casos excepcionales, juicios relativos al estado de las personas y filiación, el órgano judicial no adopta una postura activa, circunscribiendo su intervención a dirigir el proceso.

Esta tesis resulta ser desnaturalizada por la STJUE de 26 de enero de 2017, exigiendo al órgano judicial, la actuación de oficio en el proceso civil, en base a la calificación de la defensa de los consumidores y usuarios como materia de carácter público,²⁷ priorizando, de este modo, el interés público sobre el privado, que puede concurrir en la materia a enjuiciar. Conforme al contenido de esta resolución, el órgano judicial no deberá limitarse a examinar la abusividad o no de una cláusula contractual, como un elemento más de los condicionantes a la admisión de la demanda,

27. STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11.

sino que esta exigencia de actuación se amplía tanto en su dimensión temporal como objetiva²⁸.

En relación a su dimensión temporal, el análisis del órgano judicial, no se limita al estudio inicial realizado con la presentación de la demanda, sino que el mismo se amplía a cualquier fase del proceso, en la que el Tribunal obtenga *suficientes elementos de hecho o de derecho*²⁹, como para calificar a una cláusula de abusiva.

En cuanto al ámbito objetivo, el estudio del órgano judicial, no debe circunscribirse a los motivos de oposición alegados por el deudor y a las cláusulas denunciadas por este, sino que en función de su pro activa actuación, podrá examinar e incorporar como objeto de estudio del proceso, *el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato*³⁰, esto es, de cualquier otra que considere abusiva, con independencia de que sea o no alegada por alguna de las partes procesales.

Pero este planteamiento tiene difícil acomodo en el Derecho procesal español. La actuación inquisitiva del órgano judicial se encuentra con problemas de coordinación y adecuación al proceso civil, pues su actuación activa, no se encontraba inicialmente regulada en la Ley procesal, debido a que, como hemos manifestado, no se caracteriza el proceso civil por la intervención de oficio del Juez. Así, si bien el órgano judicial ostenta libertad para apreciar la abusividad de las cláusulas del contrato en el momento de proceder a la admisión o no de la demanda, su iniciativa no es absoluta, so pena de violentar otros dos principios básicos, en este caso, no exclusivos del proceso civil sino de la totalidad de los procedimientos judiciales. En base a ello, ante la calificación de una cláusula como de abusiva, con anterioridad a la determinación de su nulidad, se concede a las partes la posibilidad de ser escuchadas, respetándose, de este modo, los principios de audiencia y contradicción, pues, de lo contrario, se les causaría indefensión. Imponiendo esta exigencia de actuación al órgano judicial, el mismo asume la función de garante tanto de los derechos del consumidor como de la legalidad en el proceso civil, equiparando, la actuación del órgano judicial a la

28. No es la primera vez que el TJUE se pronuncia en favor de los consumidores y usuarios, alterando el discurrir y régimen legal de los procesos españoles. Esta situación tuvo su origen, para el proceso monitorio, en la STJUE de 14 de julio de 2012. Con las cuestiones prejudiciales relativas a las cláusulas suelo y vencimiento anticipado, el Alto Tribunal europea, continua esta línea de actuación, prescindiendo de la regulación procesal propia de los Estado miembros. En aquella resolución, se aseveraba que *en este contexto, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando ya disponga de todos los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto, examine de oficio –in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva 93/13 (...) habida cuenta de la configuración general, desarrollo y peculiaridades del proceso monitorio, (...), existe un riesgo no desdeñable de que los consumidores afectados no formulen la oposición requerida, ya sea debido al plazo particularmente breve previsto para ello, ya sea porque los costes que implica la acción judicial en relación con la cuantía de la deuda litigiosa puedan disuadirlos de defenderse, ya sea porque ignoran sus derechos o no perciben cabalmente la amplitud de los mismos, o ya sea debido, por último, al contenido limitado de la demanda presentada por los profesionales en el proceso monitorio y, por ende, al carácter incompleto de la información de que disponen (...)* En tales condiciones, procede declarar que la normativa española controvertida en el litigio principal no resulta conforme con el principio de efectividad, en la medida en que hace imposible o excesivamente difícil, en los litigios iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar la protección que la Directiva 93/13 pretende conferir a estos últimos. Asunto C-618/10.

29. STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014.

30. STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/2014.

que debe realizar el Ministerio fiscal en el proceso civil y en relación a determinados colectivos.

No obstante, esta previsión de dar traslado a las partes, no se reglamenta, de modo expreso, en los procesos declarativos civiles. Ante esta ausencia legal de regulación procesal, con el fin de evitar la imposibilidad de los órganos judiciales, de dar audiencia a las partes, defendemos la aplicación análoga del precepto 227.2 LEC, el cual sostiene que, con anterioridad a practicar la nulidad procesal de oficio de una determinada actuación o concreto acto procesal, el órgano judicial dará traslado a las partes. Con la aplicación expansiva de esta norma, se unificarían los trámites procesales previos a la nulidad procesal y material.

2. Dale lo tuyo al tiempo, pero sin perder el tiempo. Eliminación del principio de improrrogabilidad de los plazos procesales

Segundo agravio: Eliminación y vulneración de las normas generales correspondientes a la regulación de los plazos procesales y, por *ende*, del principio de seguridad jurídica.

El artículo 134 LEC establece, de forma taxativa, que los plazos regulados en la Ley procesal son improrrogables. Como garantía de cumplimiento de esta norma, el precepto 136 del mismo cuerpo legal, sanciona la falta de realización de un acto procesal en la interinidad del plazo concedido, con la institución de la preclusión, perdiéndose la oportunidad de realizarlo. Esta sanción se erige como garantía de cumplimiento del principio de seguridad jurídica³¹, pues eliminar los plazos, e incluso flexibilizarlos, supondría un perjuicio para la contraparte cumplidora, dejándose al arbitrio de la parte negligente, el devenir del proceso, colocando, injustamente, a la contraparte en una situación de indefinición, contraria a la garantía procesal regulada en el artículo 24 CE, consagrada como derecho fundamental del ciudadano a un proceso sin dilaciones indebidas³².

Estas normas referidas a los plazos son definidas por el Tribunal Supremo como normas de orden público, por constituir un principio del proceso³³ y una garantía de seguridad jurídica³⁴. La consecuencia de esta eficacia *erga omnes*, se concreta en el

31. La excepción a la regla de improrrogabilidad de los plazos procesales, *ha de admitirse de un modo excepcional y con enorme cautela al afectar el transcurso de los plazos a la propia seguridad jurídica de todos los litigantes, lo que exige ponderar muy pormenorizadamente todas las circunstancias concurrentes*. ATS de 22 de mayo de 2012, Id Cendoj: 28079110012012201511.

32. *Los plazos otorgados a las partes para la realización de actos procesales no tienen por destinatario exclusivo al sujeto procesal directamente concernido, sino también, a la otra parte, de modo que mal puede invocarse por causa de la observancia del plazo una supuesta indefensión, en ningún caso desde luego achacable a la Sala, porque no cabe enfrentar tal alegación al derecho que asiste a la contraparte a un proceso sin dilaciones indebidas*. ATS de 6 de junio de 2006, Id Cendoj: 28079110012006202028.

33. La determinación del cumplimiento de esta improrrogabilidad como presupuesto del proceso, ha sido destacado por el TS, en diferentes sentencias. Valga como ejemplo, el ATS de 28 de enero de 2014, en la que se defiende que *tienen el carácter imperativo y de orden público que caracteriza los preceptos procesales y la recta aplicación de los mismos es siempre deber del juez (STC 202/1988, de 31 de octubre), pues los requisitos procesales no se hallan a disposición de las partes*. Id Cendoj: 28079110012014200333.

34. En relación al cumplimiento del principio de seguridad jurídica, el TS en su resolución de 14 de octubre de 2004, considera que *el automatismo de los plazos es una necesidad para la recta tramitación de los procesos, siendo de señalar que todos los términos procesales lo son de caducidad y no de prescripción y cuyo carácter preclusivo está informado por la naturaleza propia del ordenamiento procesal, que en aras del orden público de que es fiel reflejo, ha de garantizar la seguridad jurídica*. Id Cendoj: 28079110012004100958.

hecho de que los presupuestos de la correcta tramitación del proceso, no pueden ni deben ser objeto de disposición por las partes³⁵, pues, de lo contrario, el cumplimiento de estos requisitos procesales se dejaría al subjetivismo y arbitrariedad de alguna de las partes interesadas³⁶.

La STJUE de 26 de enero de 2017, constituye un atentado, o, cuanto menos, una vulneración, de la regla general de la improrrogabilidad de los plazos procesales, defendida por LEC, pues la resolución del Alto Tribunal Europeo, no es que prorrogue el plazo concedido, en el caso concreto, para la formulación de un escrito de oposición, sino que adquiere mayor trascendencia, pues toma la drástica decisión de eliminarlo, por considerarlo contrario a una normativa comunitaria de carácter imperativo.

Para llegar a esta conclusión, el TJUE efectúa un análisis de la incidencia de la regulación de los plazos contenidos en la LEC y, en otras normas del Derecho español, en la Directiva 93/13, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores³⁷. Pongámonos en la mentalidad del TJUE, órgano judicial que parte, como si de silogismo se tratase de dos premisas. La primera de ellas, se concreta en calificar a esta Directiva de norma imperativa y de orden público³⁸, y, en segundo lugar, de la tesis generalizada de la situación de desequilibrio e inferioridad, en la que se encuentra el consumidor ante el profesional, tanto en *lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información*³⁹.

Tomando como válidas estas premisas, la conclusión para el Alto Tribunal es clara, la situación de desigualdad en la que se encuentra el consumidor y el firme respeto a las normas contenidas en la Directiva 93/13, exigen de la adopción de medidas de discriminación positiva. En definitiva, el TJUE entra como un elefante en una cacharrería, pues con la defensa de esta afirmación, y su plasmación en la práctica judicial, se «lleva por delante», la regulación legal contenida en las normas procedimentales del ordenamiento jurídico español.

Aplicando esta genérica interpretación al caso concreto, el TJUE se opone al plazo de un mes, que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social⁴⁰, concedía a los demandados en un proceso de ejecución hipotecaria, para hacer efectivo su derecho a formular oposición. La redacción y argumentación de la resolución no puede ser más clara: *los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley*⁴¹.

35. STC de 8 de junio de 1989, Sentencia núm. 194/1989.

36. STC de 16 de enero de 1989, Sentencia núm. 1/1989.

37. DOCE núm. L 095 de 21 de abril de 1993 págs. 29-34.

38. STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13.

39. STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/2014.

40. BOE, núm. 116, de 15 de mayo de 2013.

41. STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

En consecuencia, de mantener la exigencia del plazo de un mes, sancionando el incumplimiento de la presentación de la oposición, fuera del tal pazo temporal con la preclusión, se vulneraría, siguiendo los postulados de esta resolución, tanto la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal Comunitario –STJUE de 26 de enero de 2017⁴²–, como el ordenamiento jurídico europeo –carácter imperativo de la Directiva 93/13–. Solución drástica, eliminar, como sostiene la resolución del TJUE, el plazo temporal, realidad que se concreta en dos consecuencias. En primer lugar, de presente, en la devaluación de las directrices contenidas en los preceptos 134 y 136 LEC, y, en segundo lugar, de futuro, con la posibilidad de incoar procesos judiciales, en que el consumidor considere, por existir una formalidad legal como es la regulación de un plazo, que el ordenamiento jurídico procesal patrio *no garantiza el ejercicio efectivo del (...) derecho reconocido* a los consumidores⁴³, y, que, por tanto, se le está colocando en una situación de indefensión.

3. No hay peor sordo que el que no quiere oír. Relativización de la cosa juzgada

Tercer agravio: Vulneración del principio *non bis in idem*, pudiendo reabrirse o incoarse procesos ya finalizados por resolución judicial.

En relación al respeto de la eficacia material de la cosa juzgada, que impide la repetición de procesos, y que el perjudicado por una resolución intente obtener otra sentencia favorable, a base de incoar sucesivos procesos judiciales, la STJUE de 26 de enero de 2017, es contradictoria consigo misma, o, cuanto menos, realiza un esfuerzo jurídico tendente a justificar las causas de la vulneración de instituciones jurídicas de los Estados miembros, como el *non bis in idem*, al que el TC, a pesar de su ubicación en el articulado de la CE, califica de Derecho fundamental⁴⁴. Inicialmente, la resolución del TJUE acepta las siguientes premisas: Respeto al principio de seguridad jurídica⁴⁵; la exigencia de cumplir por los órganos judiciales, la normativa propia

42. STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14.

43. STJUE de 29 de octubre de 2015, asunto C-8/14.

44. La garantía del justiciable de no ser sometido a un nuevo proceso, en que existiese identidad subjetiva y objetiva, esto es, el respeto al principio *non bis in idem*, se configura como un derecho fundamental que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2; o 2/2003, de 16 de enero, FJ 3). STC de 7 de noviembre de 2013. Sentencia núm. 189/2013. Configuración jurisprudencial que constituye doctrina jurisprudencial consolidada en el tiempo, pues ya se defendía en la STC del 30 de enero de 1981, al manifestar que no obstante, podemos señalar que, si bien no se encuentra recogido expresamente en los arts. 14 a 30 de la Constitución, que reconocen los derechos y libertades susceptibles de amparo (art. 53.2 de la Constitución y art. 41 de la LOTC) no por ello cabe silenciar que, como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9 del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado, es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia. Sentencia núm. 2/1981.

45. *El Tribunal de Justicia ya ha tenido ocasión de precisar que, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véase, en particular, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 35 y 36).* STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421-14.

de los ordenamientos jurídicos internos⁴⁶; y, el reconocimiento de la inviabilidad de segundas oportunidades⁴⁷.

El respeto y cumplimiento de estos extremos hacía presagiar que la STJUE de 26 de enero de 2017, no afectaría al principio *de non bis in ídem*, pero nada más lejos de la realidad, pues cuando estos principios afectan a la aplicabilidad de normas de carácter imperativo del Derecho comunitario, su respeto perece y pasa a mejor vida. La resolución del TJUE centra el interrogante en determinar si *la Directiva 93/13 se opone a una norma nacional, como la contenida en el artículo 207 de la LEC, que le impide examinar de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido analizado*⁴⁸. La respuesta a esta cuestión no es unívoca, pues el Tribunal comunitario diferencia dos hipótesis, a las que concede dispar tratamiento.

La primera de ellas, se concreta en aquellos procesos, en que han sido analizadas, todas y cada una de las cláusulas del contrato. En estos casos, se produce un enjuiciamiento total de la relación jurídica controvertida, sin que exista posibilidad alguna, de un análisis posterior, respetándose la eficacia negativa de la cosa juzgada.

La segunda de ellas, presenta mayores problemas, y se circunscribe a aquellos procesos, en que en su interinidad no ha resultado ser discutida alguna de las cláusulas contractuales, a pesar de que existió la posibilidad de haber sido alegada en el escrito de oposición, sin que las partes la utilicen. Para estos casos, el TJUE adopta una solución drástica, consistente en defender que es posible volver a incoar un proceso judicial para examinar las cuestiones no debatidas, flexibilizándose, en consecuencia, los efectos de la cosa juzgada, reconocidos en los preceptos 207 y 222 LEC⁴⁹.

4. Nunca es tarde si la dicha es buena. Eliminación de la preclusión en la alegación de hechos

Cuarto agravio: Conculcación de las normas relativas a la preclusión de las alegaciones reguladas en el artículo 400 LEC, autorizándose al demandado una posibilidad indefinida en el tiempo de presentar alegaciones.

La flexibilización de la cosa juzgada y la posibilidad del Juez de aceptar e, incluso plantear, el examen de cláusulas abusivas del contrato no alegadas, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho oportunos, tiene una segunda consecuencia indirecta, a la que calificamos de «efectos reflejos», pero no de menor importancia, como es la quiebra de las reglas contenidas en el precepto 400 LEC, en concreto, respecto de la preclusión de las alegaciones de las partes.

46. *El Derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición, salvo que el Derecho nacional confiera a tal tribunal esa facultad en caso de vulneración de normas nacionales de orden público.* STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08.

47. *Según el Derecho de la Unión, el principio de tutela judicial efectiva de los consumidores no exige que exista una doble instancia judicial, sino que es suficiente con garantizar el acceso a un único tribunal.* STJUE de 17 de julio de 2014, asunto C-169/14.

48. STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-412-14.

49. Imposibilitar la incoación de esta segunda oportunidad judicial, supondría para el TJUE, según razonamientos contenidos de la resolución de 26 de enero de 2017, conceder al consumidor *una protección (...) incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de ese tipo de cláusulas, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 60).* STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-412-14.

Conforme a los argumentos del TJUE, a pesar de que haya precluido el plazo para formular alegaciones, las partes podrán ampliar sus pretensiones con cuestiones inicialmente no enjuiciadas. La incorporación al proceso, de esta nueva petición –de análisis de cualquier cláusula no alegada inicialmente– o de la nueva doctrina jurisprudencial emitida por el TJUE, en la sentencia de 26 de enero de 2017, será diferente en momento y forma, en función de la etapa en que encuentre la tramitación del procedimiento, pudiéndose incorporar bien como alegaciones complementarias⁵⁰, conforme a los artículos 401.2, 426.1 y 412.2 LEC, siempre que se formulen previamente a la celebración de la Audiencia previa en el juicio ordinario o la vista en el juicio verbal, o bien como hechos nuevos o de nueva noticia⁵¹, de acuerdo con las reglas contenidas en los preceptos 286.1 y 426.4 de la Ley procesal, si se plantean con anterioridad al plazo concedido legalmente para dictar sentencia.

La tipología de hipótesis resulta dispar tanto en relación a la parte procesal que pretende incorporar una nueva pretensión, como en relación a la fase del juicio que nos encontremos, por lo que plantearemos diferentes escenarios.

A.– Parte actora pretende introducir nuevos hechos y no ha finalizado el plazo para contestar a la demanda. Este primer supuesto no plantearía excesivos problemas, pues encontraría cobertura legal en el artículo 401 LEC, y se configuraría como una ampliación objetiva de la demanda, sin que pudiese alegarse una alteración del *thema decidendi* o del *petitum*, pues, conforme a las directrices contenidas en la regla 412 LEC, solo tras la formulación de la demanda, de la contestación y, en su caso, con la reconvenición, se delimita el objeto del proceso, pudiéndose, en consecuencia, con anterioridad de la contestación a la demanda formular una ampliación de la demanda inicial⁵².

B.– Parte actora/demandada pretende introducir nuevos hechos, una vez ha finalizado el plazo para contestar a la demanda. La cuestión resulta más compleja. Transcurrido el plazo para delimitar el objeto del proceso, y la formulación de los diferentes escritos de alegaciones, la Ley procesal prohíbe su modificación, permitiendo solo dos excepciones, o bien alegar peticiones complementarias o bien nuevos hechos o de nueva noticia –artículos 286, 401, 412 y 426 LEC–. La permisibilidad de formular nuevas peticiones, que no se acomodasen a las instituciones procesales anteriormente citadas, conllevaría la vulneración de la prohibición de la mutación de la pretensión –*mutatio libelli*–⁵³.

Como premisa, es necesario recordar que *la facultad de formular alegaciones complementarias* (y por extensión nuevos hechos), *a la que también se refiere el art. 412.2 de la LEC, ha de interpretarse restrictivamente y en armonía con este precepto*⁵⁴, pues su alegación resulta extemporánea, por no producirse en el momento procesal apto determinado por la Ley procesal, como son los escritos de alegaciones iniciales de las partes. Aceptada esta interpretación restrictiva, en cuanto a su alegación, deviene necesario determinar qué debe entenderse por petición complementaria o hecho nuevo o de nueva noticia.

50. STS de 8 de junio de 2016, Id Cendoj: 28079110012016100377.

51. STS de 13 de abril de 2016, Id Cendoj: 28079119912016100007.

52. STS de 16 de enero de 2012, Id Cendoj: 28079110012002101684.

53. STS de 13 de abril de 2016, Id Cendoj: 28079119912016100007.

54. SAP A Coruña, Sección 5ª, de 2 de febrero de 2016, Id Cendoj: 15030370052016100011.

En relación a la admisión de peticiones complementarias, las mismas se han configurado por el TS, como aquellas que no alteran ni cualitativamente ni cuantitativamente la pretensión inicial, pues, de lo contrario, se estaría desnaturalizando la misma⁵⁵. La introducción de nuevas peticiones no puede considerarse una petición complementaria, concepto que resulta restringido para aquellas cuestiones que podríamos calificar de incidentales en relación a la cuestión principal.⁵⁶

Respecto de la configuración de nuevos hechos o de nueva noticia, adquiere importancia la producción temporal, como enfatiza la Ley procesal, al utilizar los vocablos nuevos-nueva. Así, resulta fundamental determinar cuándo se produjo y cuándo se adquiere conocimiento del mismo, pues si el mismo ya era conocido, se le priva de la condición de hecho nuevo, pues dicho precepto –286 LEC– se refiere a que «ocurra» o se «conozca» algún hecho nuevo de relevancia para la decisión del pleito una vez precluidos los actos de alegación de las partes⁵⁷. Pero los límites no son sólo temporales, sino también de fondo, resultando inoportuno alterar *las pretensiones previamente deducidas, (...) la contraparte tomará conciencia de la prueba que proceda articular en defensa de su posición, con lo que de admitirse otra solución se le dejaría en situación de indefensión*⁵⁸.

Aplicada esta teoría general, al caso concreto de las cuestiones prejudiciales analizadas, siguiendo una aplicación literal de las normas y la doctrina jurisprudencial del TS, la posibilidad de alegar en un proceso nuevas cláusulas abusivas, no analizadas anteriormente o no aportadas al proceso en el momento procesal apto, debería zanjarse con la no aceptación, pues la nueva pretensión ni se puede calificar de petición complementaria ni puede ser introducida como un nuevo hecho o de nueva noticia, pues ya era conocida en el momento de delimitación del objeto procesal, y, en consecuencia, de aceptar su enjuiciamiento se vulnerarán los preceptos 286, 401, 412 y 426 LEC de la Ley procesal española.

VIII. EL SABIO SIEMPRE QUIERE APRENDER, EL IGNORANTE SIEMPRE QUIERE ENSEÑAR. REFLEXIÓN FINAL

Sin pretender sentar cátedra, sobre las posibles soluciones a los problemas planteados, so pena de pecar de vanidoso y ante la posible aplicación del refranero popular a mi persona, a continuación, intentaremos buscar soluciones a la aplicación absoluta e impositiva del Derecho comunitario, que constituyan instrumentos argumentales para la salvaguarda de principios procesales básicos.

55. STS de 28 de noviembre de 2001, Id Cendoj: 28079110012011100905.

56. *Solo puede admitirse que la pretensión procesal, conservando su existencia, experimente un cierto desarrollo durante el transcurso del proceso, producto de lo que metafóricamente se ha llamado biología de la pretensión procesal. Pero la posibilidad de tomar en consideración hechos posteriores a la presentación de la demanda sólo es posible cuando tienen un carácter complementario o interpretativo.* STS de 9 de febrero de 2010, Id Cendoj: 28079110012010100075.

57. SAP Teruel, Sección 1ª, de 30 de septiembre de 2016, Id Cendoj: 44216370012016100112. Siguiendo esta tesis, la SAP Madrid, Sección 19ª, de 7 de julio de 2016, inadmite la incorporación de un nuevo hecho por conocimiento anterior, al manifestar que *la alegación en tal sentido efectuada en el escrito de contestación a la reconvencción resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 412 y 413 de la LEC, y no concurren los requisitos del artículo 426 LEC para permitir alegaciones complementarias, porque los hechos tenidos en cuenta no eran posteriores a la demanda o a la contestación a la misma, ni tampoco nuevos, ni de nueva noticia.* SAP Madrid, Sección 19ª, de 7 de julio de 2016, Id Cendoj: 28079370192016100280.

58. SAP Madrid, Sección 22ª, de 13 de septiembre de 2016, Id Cendoj: 28079370222016100651.

El objetivo del presente trabajo era analizar si existe un equilibrio entre el ordenamiento jurídico español y el ordenamiento jurídico comunitario. Si existe, en definitiva, una relación entre iguales, o, por el contrario, una situación de subordinación entre ambos ordenamientos, y, lamentablemente, tras el análisis realizado, no podemos menos que afirmar que la igualdad resulta ser inexistente, lo contrario sería poner nos una venda en los ojos, cual alegoría de la Justicia. Si se tratase de un combate de boxeo, podríamos sostener que el Derecho comunitario nos está noqueando por puntos, pues las últimas resoluciones del TJUE, tienen como consecuencia directa, la modificación de la doctrina jurisprudencial del TS y la quiebra de determinadas instituciones procesales.

En el ámbito penal, al acusado se le concede el derecho a la última palabra, en las relaciones jurídicas derivadas del conflicto entre normas comunitarias y nacionales, a los órganos judiciales de los Estados miembros se les concede el derecho a la última palabra pero atenuado, pues, si bien estos órganos judiciales serán los que, definitivamente aplicarán las normas discutidas al caso concreto, la interpretación de las mismas y, el sentido de su aplicación, ya viene redirigido por el TJUE, restando el margen de actuación del órgano judicial interno limitado.

Ante esta realidad, podemos preguntarnos si debemos aceptar la quiebra de principios procesales por la doctrina del TJUE. Una primera respuesta, lamentablemente sería afirmativa, y así está ocurriendo, principalmente por dos motivos, uno de carácter externo y otro de carácter interno.

A nivel externo, el Tratado y la jurisprudencia del TJUE son taxativos, *según jurisprudencia asentada, el principio de primacía del Derecho de la Unión, es una característica esencial del ordenamiento jurídico de la Unión*⁵⁹.

A nivel interno, el artículo 117 CE regula los parámetros de actuación del órgano judicial, enfatizando que la función jurisdiccional se desarrollara bajo el imperio de la ley. Y la propia Ley interna, es la que determina la prioridad del Derecho comunitario, en especial, en el ámbito judicial, a través del precepto 4 bis LOPJ, el cual defiende que *los Juzgados y Tribunales aplicarán el derecho de la Unión europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE*. Desoír este mandato legal, y no juzgar conforme a la doctrina del TJUE, constituiría la desobediencia de la CE, y de la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley.

Esta sería, no solo la respuesta más cómoda, sino también las más correcta políticamente hablando, concretada en aceptar unas consecuencias limitadoras del poder judicial español y un ordenamiento jurídico condicionado y maniatado, y quizás sea la única posible, seamos legalmente realistas.

Una segunda respuesta, sería algo más rebelde, y supondría realizar un ejercicio jurídico de protección del Derecho interno. Así, partiendo las premisas expuestas, vayamos a plantearnos si debemos aceptar impertérritos, el *status quo* jurídico descrito, quebrándose, dogmas procesales básicos, o, si por el contrario, por un lado, los órganos judiciales nacionales, ostentan margen de maniobra, que les permitan convertirse en garantes de los principios procesales aceptados unívocamente en nuestro Derecho, y evitar así, dejar vacío de contenido o sin entidad a concretas instituciones, y, por otro lado, plantear en el poder legislativo, la reflexión necesaria, en busca de soluciones «milagrosas» en pro del Derecho propio.

59. STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto C-399/11.

A nuestro entender, deben instaurarse mecanismos que protejan aquellas instituciones jurídicas que conceden seguridad jurídica, no solo a los justiciables sino también a la función jurisdiccional, pues la relativización, o interpretación flexible de principios tales como la cosa juzgada, preclusión, improrrogabilidad de plazos..., nos conduce a la desmembración del ordenamiento jurídico procesal. De un estudio conjunto del ordenamiento jurídico interno, podemos argumentar límites a la aplicación absoluta del Derecho comunitario, que permiten defender la vigencia de las normas procesales internas.

En primer lugar, el artículo primero del Código civil regula el sistema de fuentes que determina el ámbito normativo aplicable en nuestro ordenamiento jurídico. De forma clara, establece un doble nivel de operatividad de las fuentes en el precepto reguladas, instaurando, de manera tácita, un sistema jerárquico. Así, un primer nivel de aplicación lo ostentan la Ley, la costumbre, en concretos casos, y los principios generales del derecho. En un segundo nivel de protección operaría la jurisprudencia, la cual, según establece el texto normativo citado, tiene la finalidad de complementar el ordenamiento jurídico⁶⁰.

En segundo lugar, es un hecho objetivo que el artículo 4 bis LOPJ, establece que los órganos judiciales respetarán la jurisprudencia del TJUE. No obstante, esta vinculación jurídica a la que se somete a los Juzgados y Tribunales españoles no es absoluta, sino que se delimita a un ámbito circunscrito al Derecho comunitario. De este modo, la aplicación, por parte de los Tribunales nacionales de la jurisprudencia del TJUE se limita al ordenamiento jurídico comunitario, ámbito jurídico del que es el máximo interprete, pero sin que este Tribunal sea la instancia máxima responsable para interpretar y aplicar las normas internas, pues, como sea dicho en este trabajo, el ordenamiento jurídico comunitario se incorpora al español como un ordenamiento autónomo y de este si es responsable, pero no del todo conjunto normativo aplicable en España.

En tercer lugar, el artículo 95 CE constituye una auténtica salvaguarda de su propio contenido y su vigencia, pues declara la inaplicación de aquellos tratados que contengan normas contrarias a la Carta Magna, exclusión que debería ampliarse respecto de la jurisprudencia del TJUE, por formar parte del mismo acervo comunitario, constituyendo un auténtico contralímite a la aplicación absoluta de la primacía del Derecho comunitario. En este sentido, adquieren virtualidad práctica, los argumentos contenidos en la antigua Declaración del Pleno del TC de 1 de julio de 1992, aunque posteriormente se hayan dictado otras, en la que se manifiesta que *en virtud del art.*

60. El carácter complementario de la jurisprudencia, y su negativa a calificarla como fuente del derecho es expuesta en la STS de 20 de septiembre de 2001, al manifestar que *se sigue el concepto de jurisprudencia que se da en el presente caso. Siendo el concepto formal de la misma, la doctrina que se mantiene en las sentencias de este Tribunal Supremo, ésta no es fuente del Derecho: no crea normas, no produce Derecho positivo, ni se halla entre las fuentes del Derecho en el artículo 1 del Código civil y la Constitución Española configura el poder judicial separado e independiente del poder legislativo (artículo 117). La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico, tal como dice el artículo 1.6 del Código civil, en el sentido esencial de conseguir la unidad de criterio. (...)*. STS de 20 de diciembre de 2001, Id. Cendoj: 28079110012001101773. La prevalencia de la normativa sobre la jurisprudencia también es reconocida por nuestros órganos judiciales. Valga como ejemplo, la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 15 de junio de 2016, al aseverar que *la jurisprudencia no es fuente del Derecho: ni crea norma, ni produce derecho positivo, ni es un modo sui generis de manifestarse el derecho. El art. 1 CC no configura la jurisprudencia como fuente del Derecho, ni la considera tal la constitución, cuyo art. 117 establece que los órganos jurisdiccionales están sometidos únicamente al imperio de la ley*. SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 15 de junio de 2016, Id Cendoj: 36038370012016100327.

93 las Cortes Generales pueden, en suma, ceder o atribuir el ejercicio de «competencias derivadas de la Constitución», no disponer de la Constitución misma, contrariando o permitiendo contrariar, sus determinaciones, pues, ni el poder de revisión constitucional es una «competencia» cuyo ejercicio fuera susceptible de cesión, ni la propia Constitución admite ser reformada por otro cauce que no sea el de su Título X, esto es, a través de los procedimientos y con las garantías allí establecidas y mediante la modificación expresa de su propio texto. Esta es la conclusión que impone el dictado del art. 95.1, sin que sea ocioso recordar que la operación consistente en excepcionar enunciados constitucionales a través de un Tratado, quebrando así la generalidad de las disposiciones de la Constitución, llegó a ser planteada, y no fue acogida, en el proceso constituyente⁶¹. El posterior dictamen del TC, de fecha 13 de diciembre de 2004⁶², si bien relativiza los contralímites, a nuestro entender, los mantiene en los sustancial, al considerar que respecto de los valores fundamentales, en el caso (...) de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, implicarían la función del TC de abordar los problemas que en tal caso se suscitaran, pues la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos.

En cuarto lugar, se declara como único intérprete de la Constitución española, al Tribunal Constitucional, declaración que se efectúa en el artículo 5.1 CE, al sostener que *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 interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*. De esta forma, se desprende de la literalidad de esta norma dos importantes consecuencias. Primera.– La interpretación de la Constitución no forma parte de la cesión de la soberanía judicial efectuada en favor del TJUE, y, segunda, la interpretación que efectúe el TC, vinculará a todos los órganos judiciales.

Realizadas estas premisas, podemos, de un estudio conjunto de todas ellas, finalizar manifestando que la jurisprudencia no puede pasar por delante de la Ley, como fuente del derecho, pues, en todo caso, la complementa, extremo predicable tanto de la jurisprudencia comunitaria como de la interna, diferenciándose el ámbito competencial del TJUE y del TS/TC, siendo el primero, el intérprete supremo del Derecho comunitario, y, el segundo y tercero, los garantes del Derecho interno, circunscribiéndose la función del TC, a la protección de la Constitución, preservándose un ámbito «íntimo» de protección como son los valores y principios constitucionales, respecto de los cuáles, de existir conflicto, le corresponderá su aplicación e interpretación, como medida de protección ante el expansionismo uniformador, pero también, eliminador del ordenamiento jurídico comunitario.

Partiendo de las conclusiones anteriormente descritas, si queremos mantener la vigencia de los dogmas procesales básicos, debemos demostrar que estas instituciones legales, no se erigen sólo como principios de Derecho procesal, sino que también son parte intrínseca del contenido de un Derecho fundamental, siendo este uno de los

61. Pleno. Declaración de 1 de julio de 1992. Requerimiento 1.236/1992 del Gobierno de la Nación en relación con la existencia o inexistencia de contradicción entre el art. 13.2 de la C.E. y el art. 8 B, apartado 1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, en la redacción que resultaría del art. G B, 10, del Tratado de la Unión Europea. BOE, número 177, de 24 de julio de 1992, páginas 2 a 7.

62. Dictamen del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004.

elementos y valores básicos que debe respetar el Derecho comunitario, flexibilizando el carácter de primacía.

El problema, como es por todos sabidos, se concreta cuando la aplicación e interpretación del Derecho comunitario por parte del TJUE, inhabilita una norma interna. En este punto, los ordenamientos jurídicos han dirigido sus esfuerzos al respeto de los Derechos constitucionales y principios básicos, manteniendo la responsabilidad de su interpretación a un órgano nacional. En base a ello, la cuestión central se concreta en analizar, en qué norma encuentran cabida los principios procesales, pues su simple alegación como norma contenida en la Ley ordinaria no le confiere el carácter de contra límite frente a las interpretaciones de las normas que pueda efectuar el TJUE.

Las garantías procesales consagradas como Derechos fundamentales son las contenidas en el artículo 24 CE. En el primero de los apartados de esta norma, se regula el Derecho a la tutela judicial efectiva, derecho de contenido complejo, según el criterio del propio Tribunal Constitucional⁶³. Una de las características que permiten determinar su complejidad es la amplitud de garantías procesales heterogéneas que encuentran cobertura legal y constitucional en este Derecho fundamental, haciéndose participe de su protección. Así, si bien los dogmas procesales no constituyen *per se*, un Derecho procesal fundamental regulado en el artículo 24 CE, sí, en cambio, constituyen presupuesto o elemento inherente a los Derechos sí englobados en la amplia rúbrica de la tutela judicial efectiva, entre otros: el derecho a la efectividad e intangibilidad de las resoluciones judiciales⁶⁴, el derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente⁶⁵ y el derecho a un proceso con todas las garantías⁶⁶.

A.— Derecho a la efectividad e intangibilidad de las resoluciones judiciales: Este derecho, en sus diferentes dimensiones, garantiza que las resoluciones produzcan todos los efectos que les reconoce la Ley, tanto en su vertiente positiva, cumplimiento de aquello enjuiciado, como negativa, imposibilitando la reproducción de nuevos procesos. Así, la STS de 7 de junio de 1984, sostiene que *manifestaciones de esta exigencia constitucional son, de acuerdo con una constante doctrina de este Tribunal, el derecho a que las resoluciones judiciales se ejecuten en sus propios términos*⁶⁷, *y también, en lo que aquí más importa, el respeto a la firmeza de esas mismas resoluciones y a la intangibilidad de las situaciones jurídicas en ellas declaradas, pues también si la cosa juzgada («material», según la más arraigada expresión doctrinal), fuese desconocida, vendría a privarse de eficacia a lo que se decidió con firmeza al cabo del proceso*⁶⁸, *y, si así se hiciera se menoscabaría, sin duda, la tutela judicial dispensada por la anterior decisión firme*⁶⁹.

63. STC de 19 de julio de 2004, Sentencia núm. 125/2004; STC de 18 de marzo de 1997, Sentencia núm. 59/1997 y STC de 17 de marzo de 1997, Sentencia núm. 54/1997.

64. STC de 12 de marzo de 2007, Sentencia núm. 53/2007.

65. STC de 30 de enero de 2012, Sentencia número 13/2012.

66. ATC de 28 de marzo de 1984, Auto núm. 196/1984.

67. STC de 7 de junio de 1984, Sentencia núm. 67/1984.

68. ATC de 17 de septiembre de 1986, Auto núm. 703/1986.

69. STC de 18 de julio de 2011, Sentencia núm. 126/2011. La importancia de no modificar la resolución que adquiere firmeza es, asimismo, también reconocida por el TJUE, el cual, en su Sentencia de 30 de septiembre de 2003, sostiene que, *a este respecto, procede destacar que no puede negarse la importancia del principio de fuerza de cosa juzgada (véase la sentencia Eco Swiss, antes citada, apartado 46). En efecto, con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido*

Trasladando esta doctrina general al caso concreto, el permitir, conforme a la resolución del TJUE de 26 de enero de 2017, incoar un nuevo proceso, respecto de aquellas cláusulas abusivas no enjuiciadas en su interinidad, pero en el que se testimonia que hubo la posibilidad real de poder discutir sobre cualquier elemento que fuese susceptible de catalogarse como de abusivo, supondría la quiebra de la institución legal de la cosa juzgada, y, por *ende*, la vulneración del Derecho a la tutela judicial efectiva regulada en el artículo 24 CE.

B.– Derecho a obtener una sentencia fundada en un derecho congruente: Este derecho también presenta un contenido heterogéneo, pues si el elemento común es obtener una resolución tras el auxilio judicial solicitado por los ciudadanos, los caminos para hacer efectivo éstos son dispares. Es cierto que la congruencia es calificada como la correlación entre lo pedido y lo fallado, pero, en todo caso, lo pedido conforme a las normas procesales, en especial en cuanto a su momento de aportación al proceso, pues, de lo contrario, la modificación extemporánea de las alegaciones, alterando el *thema decidendi* y el *petitum*, implicaría una quiebra de la exigida congruencia, por ello, como sostiene el TC, en su resolución de 11 de febrero de 2013, *el Derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24.1 CE, comprende el derecho a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el proceso*⁷⁰, debiéndose realizar especial énfasis en la terminología usada, «oportunamente». Este término es definido por el Diccionario de la RAE, como *en el momento u ocasión oportunos*⁷¹, considerando oportuno *aquello que se hace o sucede en tiempo*⁷², tiempo que en la Ley procesal aparece regulado en el artículo 400 LEC.

De esta forma, de seguir literalmente el contenido de la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, en el sentido de poder alegar, aún prelucidos los momentos procesales aptos, cualquier motivo de oposición o formular nuevas alegaciones, se modificaría la institución legal de la preclusión, vulnerándose, el Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la contraparte.

C.– Derecho a un proceso con todas las garantías: Este derecho aglutina una serie de garantías heterogéneas entre sí, pero que presentan como elemento definitorio común la corrección en la tramitación del proceso, y el cumplimiento de las normas contenidas en las Leyes procedimentales de nuestro ordenamiento jurídico. Entre estas reglas procedimentales se encuentra la regulación de los plazos, a los que la Ley de enjuiciamiento civil califica, en su norma 143, de improrrogables. El TC acepta y defiende, en su Auto de 28 de marzo de 1984, que el *marcar un límite temporal al uso de los recursos* (entendemos que la regulación de plazos, no solo puede entenderse y defenderse para los recursos, sino también para cualquier actividad procesal sujeta a plazo)⁷³, *no es, obviamente, atentatorio al derecho que proclama el art. 24.1 de la Constitución*⁷⁴. En base a ello, el instituto de la caducidad o de la prescripción constituyen *una de las causas legales impeditivas de un pronunciamiento sobre el*

firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos. Asunto C-224/01.

70. STC de 11 de febrero de 2013, Sentencia núm. 27/2013.

71. <http://dle.rae.es/?id=R6yAMCH>.

72. <http://dle.rae.es/?id=R6zLykN>.

73. La redacción inserta entre paréntesis es nuestra.

74. ATC de 28 de marzo de 1984, Auto núm. 196/1984.

*fondo, y, como tal presupuesto procesal, no vulnera por sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva, como tampoco se deriva ninguna lesión de su correcta apreciación por parte de los órganos judiciales, ya que los plazos en los que las acciones deben ejercitarse no se encuentran a disposición de las partes*⁷⁵.

En base a esta doctrina constitucional, la posibilidad que infiere la resolución del TJUE de 26 de enero de 2017, de poder presentar escritos por una de las partes, fuera de los plazos regulados en la Ley procesal, esto es, de modo extemporáneo, constituye una quiebra de la institución de la improrrogabilidad de los plazos, regulada en el artículo 134 LEC, dejando al arbitrio de las partes, el cumplimiento o no de los mismos, vulnerándose el Derecho procesal a un proceso con todas las garantías.

En conclusión, la posibilidad de reabrir un proceso ya iniciado o incoar un nuevo en base a cuestiones susceptibles de discusión en el anterior, la facultad de incorporar al proceso nuevas peticiones de manera extemporánea, y el incumplimiento de los plazos procesales, constituyen una lesión del principio de seguridad jurídica, definido por el TC como *la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, y como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho*⁷⁶.

Asimismo, la lesión de estos dogmas procesales constituye motivo suficiente para aceptar la nulidad de actuaciones. Valgan como ejemplo, las siguientes resoluciones del TS:

En cuanto a la falta de cumplimiento del efecto negativo de la cosa juzgada, el ATS de 14 de junio de 2017, asevera que *la parte ahora recurrente debió de haber solicitado en tiempo y forma nulidad de actuaciones, pues cuando se dictó este auto conocía que se había dictado con anterioridad la sentencia, y su firmeza, y lo correcto hubiera sido haber archivado las actuaciones de los autos 1645/2013, por cosa juzgada, art 222 LEC, al haber sentencia, o por desaparición del interés jurídico por haberse dictado la sentencia, pero al haberse dictado una nueva resolución, por el juzgado de primera instancia, sin haberse solicitado la nulidad de actuaciones por ninguna de las partes, nulidad que tampoco se solicitó en la segunda instancia, se dicta el auto de 9 de junio de 2016, confirmando el auto de primera instancia, y en el mismo sentido que la sentencia firme anterior*⁷⁷.

Respecto de la posibilidad de alegar cuestiones no suscitadas en el momento procesal oportuno, para la definición del objeto del proceso, el TS, en el Auto de 10 de mayo de 2017, ha considerado que *tratándose de una cuestión nueva no suscitada en los escritos rectores del procedimiento, tal planteamiento está totalmente prohibido en casación al implicar indefensión para la parte contraria, privándola de oportunidades de alegación y prueba, con trasgresión de los principios de igualdad, preclusión y oportunidad procesal de defensa, al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate (SSTS 10-12-91, 18-4-92, 7-5-93,*

75. STC de 20 de diciembre de 20014, Sentencia núm. 252/2004. La funcionalidad de la regulación de los plazos es destacada por la STJUE de 1 de junio de 1999, al considerar que *además, debe señalarse que, una vez expirado este plazo, las normas procesales nacionales que limitan la posibilidad de solicitar la anulación de un laudo arbitral posterior que desarrolla un laudo arbitral parcial que tenga carácter de laudo final, a consecuencia de la fuerza de cosa juzgada de este último laudo, están justificadas por los principios básicos del sistema jurisdiccional nacional, como los de seguridad jurídica y respeto de la cosa juzgada, que constituye su expresión.* Asunto C-126/97.

76. STC de 20 de noviembre de 2006, Sentencia núm. 335/2006.

77. ATS de 14 de junio de 2017, Id Cendoj: 28079110012017201456.

22-10-93, 2-12-94, 28-1-95, 18-1-96, 7-6-96, 17-6-96, 31-7-96, 2-12-97, 13-4-98, 6-7-98, 29-9-98, 1-6-99 y 23-5-2000), debiendo recordarse que la aplicación del principio «*iura novit curia*», si bien autoriza a los Tribunales a aplicar las normas que estimen procedentes, así como a modificar el fundamento jurídico de las pretensiones, no les faculta, en cambio, para resolver la cuestión sometida a su decisión trasmutando la causa de pedir o sustituyendo las cuestiones debatidas por otras distintas, cuyo cambio o trasmutación puede significar menoscabo del art. 24 CE, al desviarse de los términos en que viene planteado el debate forense, vulnerando el principio de contradicción (SSTS 9-3-85, 9-2-88 y 30-12-93, entre otras)⁷⁸.

En relación al respeto de los plazo procesales, el ATS de 19 de abril de 2017, sostiene que *tampoco existe apoyo en la doctrina jurisprudencial favorable a la tesis sostenida por la parte recurrente en su escrito de alegaciones, al habernos pronunciado en resoluciones anteriores sobre los efectos del incidente de nulidad en el sentido que se sostiene en la presente resolución, entendiéndose que la improrrogabilidad de los plazos procesales establecida en el art. 134.1 LEC es materia de orden público y por tanto indisponible para las partes y para el propio tribunal (recurso de queja 774/2004, de 26 de diciembre)*⁷⁹.

IX. POCO A POCO SE LLEGA ANTES. EPÍLOGO

En definitiva, nos encontramos en la encrucijada de o bien aceptar automáticamente los criterios valorativos «cualificados», dictados por el TJUE, debiendo el TS, efectuar malabarismos jurídicos para respetar los pilares básicos de nuestro ordenamiento jurídico, o bien plantearnos la redefinición de contralímites ante las resoluciones del TJUE y la primacía de su acervo comunitario, pues una aplicación automática del mismo, conlleva, como hemos pretendido analizar, no solo la vulneración de dogmas procesales, unánimemente aceptados, sino también la lesión de garantías procesales, que dotan de contenido al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, regulado en el artículo 24 CE. Amen, con perdón.

78. ATS de 10 de mayo de 2017, Id Cendoj: 28079110012017201087.

79. ATS de 19 de abril de 2017, Id Cendoj: 28079110012017200930.

