

Sentencias comentadas

El control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria. STC 141/2022, de 14 de noviembre

CELIA MARTÍNEZ ESCRIBANO
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN

Desde la STC 31/2019, de 28 de febrero, se viene desarrollando una jurisprudencia constitucional que otorga el amparo frente a la negativa del órgano judicial a realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario en los procedimientos de ejecución hipotecaria con base en la preclusión y la cosa juzgada, cuando tal control se realiza una vez transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución. Las normas procesales quedan desplazadas para permitir la efectividad de la Directiva 93/13/CEE. Este entendimiento queda ratificado en buena medida con la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, cuyos planteamientos acerca de los sucesivos controles por parte del órgano judicial a pesar de las normas procesales sobre cosa juzgada confirman en buena medida la jurisprudencia constitucional anterior. En este contexto, la STC 141/2022 vuelve a incidir en la necesidad de un control del carácter abusivo de las cláusulas aun después de resolverse la oposición a la ejecución si en ella no se hizo un pronunciamiento expreso sobre alguna cláusula a la luz de la jurisprudencia del TJUE. El modo en que el Tribunal Constitucional resuelve el recurso de amparo en este caso da muestra de la forma en que se articulan las relaciones entre el derecho de la Unión y el derecho a la tutela judicial efectiva en el contexto de las ejecuciones hipotecarias. Tanto los cambios que se han producido en este tipo de procedimientos a la luz del derecho de la Unión Europea como el papel que viene asumiendo el Tribunal Constitucional en relación con la efectividad de la Directiva 93/13/CEE merecen una reflexión que se desarrolla en este trabajo.

PALABRAS CLAVE

Principio de efectividad, tutela judicial efectiva, cláusulas abusivas, ejecución hipotecaria, preclusión, cosa juzgada.

Judicial control of unfair terms in mortgage foreclosures. STC 141/2022, 14th November

ABSTRACT

SCT 31/2019, 28th February, is the beginning of a constitutional case law that recognizes the ‘amparo’ (constitutional protection) against the judicial refusal to examine unfair contract terms in mortgage loans in the frame of foreclosure procedures. Such refusal is based in estoppel by inaction or judicial estoppel once the term to make opposition to the foreclosure has gone. Under this constitutional case law, the procedural rules are removed to allow the effectivity of Directive 93/13/CEE. This understanding is widely ratified through the EUCJ judgement of 17th May 2022, C-600/19. According to it, successive judicial controls are due in spite of the procedural rules of estoppel, and it confirms many aspects of former constitutional case law. In this context, STC 141/2022 reiterates the need to examine unfair terms even after the opposition to the foreclosure when there was not a specific statement about any of the clauses in the light of the European case law. The Constitutional Court resolves the case in a way that shows how relationships between European law and the right to an effective remedy are articulated in the context of mortgage foreclosures. Not only the changes produced in this kind of procedures in the light of European law, but also the role assumed by the Constitutional Court deserve some considerations that are developed in the present paper.

KEYWORDS

Effectivity principle, right to an effective remedy, unfair terms, mortgage foreclosure, estoppel by inaction, judicial estoppel.

SUMARIO: I. Contextualización del problema de fondo.–II. Más de una década de cambios hacia la efectividad de la Directiva 93/13/CEE en las ejecuciones hipotecarias.–III. La jurisprudencia constitucional sobre la cuestión. 1. Los precedentes en la jurisprudencia constitucional a propósito del principio de primacía del derecho de la UE. 2. La STC 31/2019, de 28 de febrero.–IV. Revisión de la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional tras la STJUE C-600/19, de 22 de mayo de 2017.–V. Los efectos de la preclusión y la cosa juzgada en la STC 141/2022, de 14 de noviembre. 1. La tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria. 2. La vulneración del derecho fundamental denunciada. 3. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional. 4. Revisión del pronunciamiento del Tribunal Constitucional.–VI. Principio de efectividad y principio de autonomía procesal de los estados miembros en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.–VII. La vulneración del artículo 24 CE en relación con la falta de planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE por parte del juez nacional. 1. Consideraciones previas acerca del planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE.

2. La jurisprudencia constitucional sobre la cuestión prejudicial y el artículo 24 CE. 3. Valoraciones doctrinales de esta jurisprudencia constitucional. 4. La jurisprudencia del TEDH sobre el tema. 5. Reflexiones en relación con el control judicial de oficio de cláusulas abusivas en las ejecuciones hipotecarias.–VIII. Valoración final.–Bibliografía.–Resoluciones de los tribunales.

I. CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA DE FONDO

La Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece un régimen de protección al consumidor frente a las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente cuando, «pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato» (art. 3.1 de la Directiva). Se podría decir que la esencia de esta protección parte de la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional con el que contrata, que se trata de paliar mediante el artículo 6.1 de la Directiva en lo que se ha venido en llamar el principio de no vinculación, al disponer este precepto que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, manteniéndose la obligatoriedad del contrato en todos los demás elementos, siempre que este pueda subsistir sin las referidas cláusulas¹. La protección se refuerza a través del artículo 7.1 de la Directiva cuando reconoce el principio de efectividad, imponiéndose a los Estados miembros la obligación de velar por que existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

La protección que dispensa esta directiva a los consumidores ha adquirido especial relevancia práctica desde la crisis hipotecaria iniciada en 2008 porque se ha convertido en el principal mecanismo que ha permitido la defensa de los deudores en contratos de préstamo hipotecario cuando reúnan la condición de consumidores, dando lugar a un desarrollo jurisprudencial y doctrinal antes inimaginado². Por una parte, la tutela se ha proporcionado a través

¹ Esta idea se recoge, por ejemplo, en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-412/14, Banco Primus, párrafos 40 y 41, y en la más reciente STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, párrafos 35 y 36.

² Destaca, entre otros autores, el papel del TJUE para modificar el procedimiento de ejecución hipotecaria español en aras de la protección del consumidor en el marco de la Directiva 93/13/CEE, BLÁZQUEZ PEINADO, *RGDE* (2016) p. 28. Como veremos a lo largo de este estudio, el Tribunal Constitucional ha jugado también un papel relevante en este campo.

de procedimientos declarativos iniciados por consumidores que pretendían que se declarase nula por abusiva alguna de las cláusulas predispuestas en su contrato de préstamo hipotecario, con las consecuencias restitutorias que, en su caso, pudieran corresponder en relación con las cantidades satisfechas en el marco del cumplimiento de este contrato. Pero la Directiva, y especialmente la jurisprudencia del TJUE con relación a la misma, también ha jugado un papel importante en los procedimientos de ejecución hipotecaria cuando el contrato de préstamo hipotecario que constituye el título de la ejecución contenga cláusulas abusivas.

Es precisamente en este segundo escenario donde se ha venido desarrollando una ya abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando el consumidor (parte ejecutada) alega la existencia de cláusulas abusivas en el título que sirve de base a la ejecución, es decir, el contrato de préstamo hipotecario, y, básicamente por razones de naturaleza procesal, que luego se verán, el órgano judicial rechaza realizar un control de abusividad de las cláusulas invocadas por el ejecutado, pudiendo colisionar con el principio de efectividad del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE. Este principio, además, junto con el principio de equivalencia, constituye el límite a la autonomía procesal de los Estados miembros que se reconoce en el ámbito del derecho de la Unión. Es en este preciso contexto donde se sitúa la STC 141/2022, de 14 de noviembre, que va a ser objeto de análisis en las páginas siguientes.

No obstante, antes de adentrarnos en el estudio de esta sentencia y de toda la jurisprudencia constitucional creada en torno a esta cuestión, parece conveniente recordar algunas ideas que tradicionalmente han presidido nuestro modelo hipotecario y, en particular, los procedimientos de ejecución hipotecaria.

Con carácter general, este procedimiento se ha venido concibiendo tradicionalmente como un procedimiento sumario dirigido a la realización del bien hipotecado ante el incumplimiento del crédito garantizado con la hipoteca. La escritura pública que documenta el préstamo hipotecario es un título ejecutivo, lo que permite al acreedor instar directamente la tramitación de un procedimiento de ejecución que recae exclusivamente sobre el bien hipotecado para proceder a su venta en pública subasta y, con el precio obtenido, satisfacer el crédito impagado, sin necesidad de acudir previamente a un procedimiento declarativo en el que se discuta la realidad de la deuda, su exigibilidad o su cuantía. Y una vez que se insta el procedimiento de ejecución, las posibilidades de paralizarlo por la oposi-

ción del ejecutado se conciben de forma muy limitada³. Tan solo se permite, una vez presentada la demanda ejecutiva, que el ejecutado formule oposición por una serie de causas tasadas y que se enumeran en el artículo 695.1 LEC. De este modo, al configurarse este procedimiento de forma especialmente ágil –y con limitadas posibilidades de oposición por parte del deudor, que son, en definitiva, limitadas posibilidades de defensa⁴, y con la reducción de la intervención tanto del deudor como de terceros– el crédito garantizado con hipoteca se ha convertido en un crédito particularmente atractivo para los acreedores por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título⁵. En este sentido, el acreedor preferirá siempre que su crédito esté garantizado con hipoteca porque, entre otros aspectos, el cumplimiento forzoso será para él más rápido y sencillo que cuando no disponga de esta garantía. Estas ventajas repercuten a su vez en la posición de los créditos hipotecarios en el mercado frente a otros tipos de créditos⁶. Y de este modo, progresivamente, se ha ido creando un clima favorable al desarrollo del crédito hipotecario en el mercado.

Sin embargo, todas estas ventajas que se han venido predicando tanto del crédito hipotecario como de la ejecución hipotecaria, y que tienen una lectura claramente económica⁷, están teniendo que ceder en cierta medida, desde hace aproximadamente una década, por la necesidad de proteger al ejecutado cuando tenga la condición de consumidor, y como consecuencia de la necesidad de respetar el derecho de la Unión Europea en materia de protección a

³ En este sentido, por ejemplo, CORDÓN MORENO, 2012, pp. 782 y 783; CRESPO ALLUÉ, 2000, pp. 3558 y 3559.

⁴ Aunque se limitan las posibilidades de defensa, ha entendido el Tribunal Constitucional que la posibilidad de acudir al procedimiento declarativo que corresponda para poder hacer valer todas las reclamaciones que no tienen cabida en el marco de la ejecución hipotecaria lleva a considerar que no se vulnera con esta regulación procesal el derecho de defensa reconocido en el artículo 24 CE (STC 69/1995, de 9 de mayo). Con mayor detalle, expone CACHÓN CADENAS, 2019, pp. 233-263, las diferentes interpretaciones que pueden tener cabida en relación con el alcance de la cosa juzgada de la ejecución respecto del procedimiento declarativo posterior.

⁵ Lo apunta también CORDÓN MORENO, 2012, pp. 782 y 783.

También resulta atractivo por otros motivos, como su carácter privilegiado en el concurso o la posibilidad de titulización en un mercado secundario.

⁶ Por ejemplo, es posible la titulización de créditos en el mercado secundario mediante bonos y cédulas hipotecarias cuando están garantizados con hipoteca y cumplen además los requisitos del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que deroga la Ley 2/1981, reguladora del Mercado Hipotecario, que tradicionalmente ha venido regulando esta materia. Sin embargo, no es posible titularizar créditos personales.

⁷ No necesariamente una ventaja jurídica. En la doctrina, encontramos quien parece dudar de la conveniencia de esta protección reforzada que se atribuye al crédito hipotecario. En este sentido, la califica como «discutible» CORDÓN MORENO, 2012, p. 782.

los consumidores, particularmente al hilo del principio de efectividad del derecho de la Unión al que antes me he referido⁸.

¿Por qué?

El título inscrito, y que sirve de base a la ejecución, puede contener cláusulas abusivas. En ocasiones, estas cláusulas pueden condicionar en mayor o menor medida la ejecución, en el sentido de que pueden determinar que la cuantía que se reclama sea mayor que sin la referida cláusula, por ejemplo, porque existe una cláusula suelo, o porque la abusividad recae sobre la cláusula de intereses de demora, o porque se trata de un préstamo hipotecario multidivisa; y es posible, incluso, y este es el elemento determinante, que la propia existencia de la ejecución dependa de la cláusula potencialmente abusiva, que sería el caso de la cláusula de vencimiento anticipado. Si, como consecuencia del ánimo de celeridad que se imprime a los procedimientos de ejecución hipotecaria, no se permite, de un modo u otro, entrar a discutir el carácter abusivo de estas cláusulas, particularmente la de vencimiento anticipado, sobre la que pivota la propia existencia de la ejecución hipotecaria, los principios de no vinculación y efectividad de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE quedarían diluidos.

Como ya es sabido, esta circunstancia determinó que nuestro legislador, a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, *Aziz*, modificara el procedimiento de ejecución en 2013 para permitir que entre las causas tasadas de oposición a la ejecución el ejecutado pudiera alegar también «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (art. 695.1.4.º LEC), lo que no era posible hasta que se llevó a cabo esta reforma. Pero los problemas en relación con el control judicial de las cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria no terminaron ahí. Más bien, al contrario, se podría decir que, a raíz de esta reforma, la litigiosidad en relación con esta cuestión dentro de la ejecución hipotecaria se ha intensificado hasta el punto de que ha sido preciso que tanto el TJUE como el Tribunal Constitucional se

⁸ En este sentido, por ejemplo, CARMONA CONTRERAS, 2017, pp. 310 y 311, indica: «con una legislación hipotecaria y procesal claramente escorada a favor de los intereses del acreedor bancario que no merecía tacha alguna de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional español y que no tenía visos de ser modificada en sede legislativa, la única salida terminó por residenciarse en sede judicial europea».

En opinión de CORDERO LOBATO, 2013, p. 1, es «curioso» que el carácter sumario de los procedimientos de ejecución hipotecaria haya superado el filtro constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva pero no haya sucedido lo mismo respecto del principio de efectividad del derecho de la UE.

pronuncien, cada uno dentro del ámbito de su jurisdicción, sobre los problemas que se han ido planteando. El cambio de paradigma que ha supuesto introducir en el ámbito de las ejecuciones hipotecarias el respeto a la Directiva 93/13/CEE ha requerido no solo reformas legislativas, sino también un desarrollo jurisprudencial para resolver las cuestiones que se iban suscitando, que ha adquirido incluso dimensión constitucional por cuanto se ha considerado que, de alguna manera, se podría estar vulnerando también el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial, alegando razones de índole procesal, se ha negado a realizar un control del carácter abusivo de alguna cláusula invocado por el ejecutado que reúna la condición de consumidor. Es precisamente en este contexto en el que se dicta la STC 141/2022, que, ni es la primera, ni la última en esta materia⁹.

II. MÁS DE UNA DÉCADA DE CAMBIOS HACIA LA EFECTIVIDAD DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

La STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, marcó el inicio de la transformación de los procedimientos de ejecución hipotecaria frente a su tradicional configuración, en la que las limitadas posibilidades de defensa del ejecutado le impedían hacer valer el posible carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato de préstamo hipotecario que constituye el título de la ejecución¹⁰. Toda la jurisprudencia europea que se ha venido desarrollando en este contexto parte de la situación de inferioridad en que se encuentra el consumidor frente al profesional y asume un criterio de protección de este que, como veremos, pone en buena medida el acento en el principio de efectividad del derecho de la Unión (en este caso, de la Directiva 93/13/CEE) con apoyo en el artículo 7.1 de la Directiva para justificar una interpretación favorable a la tutela del consumidor frente a cláusulas abusivas¹¹.

En la sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, el TJUE declaró que la Directiva 93/13/CEE «se opone a una normativa de

⁹ En efecto, prácticamente al tiempo de concluirse este trabajo se dictaron dos nuevas sentencias sobre la materia, la STC 23/2023, de 27 de marzo, y la STC 26/2023, de 17 de abril.

¹⁰ En el mismo sentido, CARMONA CONTRERAS, 2017, p. 318.

Tras esta sentencia del TJUE, indicaba CORDÓN MORENO, 2015, p. 297, que resultaba obvio que el procedimiento de ejecución hipotecaria español vulneraba los derechos de los consumidores, lo que motivó la reforma de la LEC en este punto.

¹¹ En esta línea se pronuncia también CARMONA CONTRERAS, 2017, p. 316.

un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final» (párrafo 77).

De manera que se daban dos posibilidades al legislador español: o bien permitir que el ejecutado pudiera alegar entre las causas de oposición a la ejecución la existencia de cláusulas abusivas en el contrato que fundamenta la ejecución, o bien permitir la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria como medida cautelar cuando se esté debatiendo en un procedimiento declarativo el carácter abusivo de las cláusulas de este contrato.

La primera de estas dos opciones es, al menos a primera vista, la que mejor puede conciliar con la sumariedad que ha venido caracterizando a las ejecuciones hipotecarias. Y quizá por ello, el legislador optó por reformar la legislación procesal en este sentido. De este modo, la sentencia del TJUE motivó que la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil que se estaba tramitando en esos momentos –en un texto que reformaba también otras leyes, y que iba dirigido a mejorar la protección de los deudores hipotecarios– incluyera también la modificación de los procedimientos de ejecución en el sentido de dar cabida en ellos al control del posible carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario¹². Además de prever un control de oficio por parte del órgano judicial cuando acuerde el despacho de la ejecución (art. 552.1 segundo párrafo LEC), se modificaron los artículos 557.1 y 695.1 LEC con el fin de añadir entre las causas de oposición en los procedimientos de ejecución de títulos no judiciales (art. 557.1 LEC) y en las ejecuciones hipotecarias (art. 695.1 LEC) la existencia de cláusulas abusivas en el título que fundamenta la ejecución¹³.

¹² Indica la Exposición de Motivos de la Ley 1/2013: «Este Capítulo recoge también la modificación del procedimiento ejecutivo a efectos de que, de oficio o a instancia de parte, el órgano judicial competente pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas. Dicha modificación se adopta como consecuencia de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada en el asunto, por la que se resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona respecto a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993.»

¹³ Así, establece el artículo 557.1 LEC en su redacción actual como causa núm. 7 de oposición a la ejecución «Que el título contenga cláusulas abusivas»; y el artículo 695.1 LEC

La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, contenía además un régimen transitorio a través del cual trataba de permitir que este control de las cláusulas abusivas fuera posible también en los procedimientos de ejecución que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la ley y hubiera transcurrido ya el plazo de diez días para formular oposición, siempre que el procedimiento «no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (disposición transitoria cuarta, apartado 2, último párrafo). Respecto de todos estos procedimientos, la ley concedía un plazo *preclusivo* de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición a la ejecución, a contar desde el día siguiente a la entrada en vigor de esta ley.

Los problemas comenzaron cuando, transcurrido este plazo de un mes, que la propia ley calificaba como preclusivo, algunos ejecutados que reunían la condición de consumidores trataron de promover un incidente extraordinario de oposición a la ejecución alegando el carácter abusivo de alguna cláusula del contrato de préstamo hipotecario¹⁴. Unas veces, el problema se reducía a que se solicitaba el incidente extraordinario de oposición transcurrido este plazo preclusivo porque no se había solicitado antes. Otras veces, lo que sucedía era que, habiéndose tramitado el incidente extraordinario de oposición a la ejecución, al continuarse con la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria, el ejecutado solicitaba en un momento posterior que se sustanciara un nuevo incidente extraordinario de oposición para examinar el carácter abusivo de otras cláusulas que no habían sido objeto de examen en el incidente anterior. En uno y otro caso, no era extraño que el órgano judicial acordara que no había lugar a tramitar este incidente extraordinario de oposición porque había transcurrido el plazo preclusivo de un mes que fijaba el régimen transitorio de la Ley 1/2013, entendiendo además que existía cosa juzgada formal, razonamiento que se ajusta al modo en que los tribunales nacionales venían interpretando el artículo 207 LEC¹⁵.

Pero este entendimiento de las cosas, que resulta conforme con la legislación procesal nacional, podría chocar, sin embargo, con

ha añadido un cuarto motivo de oposición a la ejecución, permitiendo que esta se funde en «El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible».

¹⁴ Estos problemas se han arrastrado durante tiempo, y así puede constatarse al analizar los procedimientos que han dado lugar a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en relación con el tema que nos ocupa, como veremos en páginas sucesivas.

¹⁵ Sobre la preclusión y la cosa juzgada en el ordenamiento nacional y el diferente entendimiento del TJUE, cfr. QUESADA LÓPEZ, 2020, pp. 82-101.

el principio de efectividad reconocido en la Directiva 93/13/CEE y resultar contrario al principio de primacía del derecho de la UE –como efectivamente entendió el TJUE–, lo que llevó a que algunos órganos judiciales nacionales plantearan cuestiones prejudiciales ante el TJUE. De este modo, a propósito de la problemática expuesta¹⁶, el TJUE ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones.

En la STJUE de 29 de octubre de 2015, C-8/14, BBVA, el juez nacional preguntó al TJUE si el plazo de un mes establecido en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 para formular oposición en procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se oponía a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. El TJUE consideró que las modalidades de fijación del plazo de oposición en los procedimientos de ejecución hipotecaria forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, pero deben cumplir con los principios de equivalencia y efectividad¹⁷. El primer principio, es decir, que el régimen procesal de que se trate no resulte menos favorable que el que rige situaciones similares sujetas al derecho interno, se cumpliría en este caso. Pero el principio de efectividad, que exige que no se haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión, no se respetaría en el caso de la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 porque se sitúa el inicio del plazo en la entrada en vigor de la ley mientras que, en el momento de iniciarse el procedimiento de ejecución hipotecaria, se notificó de manera individual al ejecutado sobre la posibilidad de formular oposición en el plazo de diez días desde la notificación. Por lo tanto, concluye el TJUE, los consumidores no podían razonablemente esperar que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de ello a través de la misma vía procesal por la que recibieron la información inicial, teniendo en cuenta los principios de derecho de defensa, de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

En consecuencia, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 no podía aplicarse en estos procedimientos por ser contraria al

¹⁶ La reforma de la ejecución hipotecaria comportó también otros problemas. Así, en un primer momento solo se permitía recurrir en apelación frente a la resolución que apreciara el carácter abusivo de la cláusula, pero no en caso contrario, lo que dejaba al consumidor en una posición de inferioridad frente al acreedor hipotecario. Esta cuestión hubo de ser modificada a raíz de pronunciamientos posteriores del TJUE. Cfr., entre otros, BLÁZQUEZ PEINADO, *RGDE*, 2016, pp. 12-22.

¹⁷ Párrafo 24 de la sentencia.

principio de efectividad, de manera que la oposición a la ejecución por la existencia de cláusulas abusivas en tales casos quedaría huérfana de plazo.

Posteriormente, se planteó otra cuestión prejudicial al TJUE a propósito de esta misma cuestión, preguntando, además, entre otras cosas, si la Directiva 93/13/CEE obliga al juez nacional a examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas de un contrato que ya ha sido sometido a un examen de tal naturaleza a la luz de la propia Directiva y se ha dictado una resolución judicial firme, a pesar de lo que disponen las normas procesales nacionales relativas al principio de cosa juzgada, en particular, el artículo 207 LEC.

El TJUE dio respuesta a estas cuestiones a través de la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus. En ella recuerda que el sistema de protección de la Directiva 93/13/CEE se basa en la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional y el principio de no vinculación como forma de reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real que establezca el artículo 6.1 de la Directiva, el cual debe considerarse equivalente a las normas de orden público del derecho nacional. Esta afirmación, que no es nueva, puede considerarse en cierto modo la base sobre la que se apoya todo el desarrollo que veremos posteriormente acerca del principio de efectividad de la Directiva frente a las normas procesales nacionales. Y el hecho de que la Directiva 93/13/CEE constituya una norma de orden público comunitario quiere decir, según se ha indicado en la doctrina¹⁸, que resulta esencial e indispensable para el cumplimiento de los fines de la Unión, hasta el punto de que puede considerarse como una norma de rango constitucional en el sistema jurídico de la UE.

Por otra parte, al tratarse de una norma de orden público en el derecho de la UE, indica el TJUE en esta sentencia que el juez debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula incluida en el ámbito de la Directiva «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello». Al añadirse este último inciso, parece apuntarse la posibilidad de que el juez nacional no disponga de estos elementos en un primer momento y, por tanto, el proceso podría seguirse sin un examen de la totalidad de las cláusulas contractuales, que puede llevarse a cabo en un momento posterior si se dispone entonces de los elementos necesarios para ello¹⁹.

No obstante, añade el TJUE, la protección al consumidor no es absoluta. El derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren

¹⁸ QUESADA LÓPEZ, 2020, pp. 56 y 57.

¹⁹ En el mismo sentido, PAZOS CASTRO, *RDC*, 2017, p. 167.

fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar la infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13/CEE. Por tanto, la norma procesal que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, no se opone a la Directiva. Pero si en el examen anterior realizado por el juez, este se ha limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, esta directiva le impone la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato²⁰.

Parece que nuestro legislador tomó nota de algunos de estos pronunciamientos al aprobar la Ley 5/2019, de 16 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, porque estableció en su disposición transitoria tercera que en los procedimientos de ejecución en curso al tiempo de la entrada en vigor de esta ley en los que ya hubiera transcurrido el plazo de oposición a la ejecución cuando entró en vigor la Ley 1/2013, se concedería a las partes un nuevo plazo para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de cláusulas abusivas en los términos de los artículos 557.1.7.º LEC y 695.4.º LEC. Y se fija como momento de inicio del cómputo de este plazo, que se califica como preclusivo, el día siguiente a la notificación de la resolución por la que se comunica a las partes ejecutadas la posibilidad de formular este incidente extraordinario. El plazo se concede para todo procedimiento que «no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que en su día no se hubiera notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7.ª del artículo 557.1 y 4.ª del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ni se hubiera formulado por el ejecutado incidente extraordinario de oposición, conforme a lo recogido en la Disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, ni se hubiere admitido la oposición del ejecutado con base en la sentencia del Tribunal de

²⁰ A partir de esta sentencia del TJUE, comenzó a apuntarse en la doctrina la conveniencia o necesidad de revisar la cosa juzgada tal y como se venía entendiendo en nuestro derecho a la vista de la protección al consumidor dispensada por la Directiva 93/13/CEE. En este sentido, RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, *RAD*, 2017, pp. 1-7.

Justicia de la Unión Europea de 29 de octubre de 2015 o cuando el juez de oficio ya hubiera analizado la abusividad de las cláusulas contractuales».

Desde el derecho nacional parece, de este modo, que se rectifican las normas procesales en relación con el *dies a quo* del plazo para formular oposición en aquellos procedimientos en los que no se podía formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas conforme a la legislación entonces vigente. Pero se califica este plazo como preclusivo, lo que vendría a significar que fuera del mismo no sería posible ya que el juez realizara un control del carácter abusivo de las cláusulas. Y, precisamente, desde este entendimiento basado en la preclusión, pero también en la cosa juzgada del artículo 207 LEC –cosa juzgada formal–, hubo órganos judiciales que se negaron a examinar el posible carácter abusivo de alguna cláusula contractual que fuera invocada por el consumidor frente al que se dirigía un procedimiento de ejecución hipotecaria cuando tal invocación se realizara más allá del plazo legalmente conferido en la citada disposición transitoria.

De la misma manera, también se han negado en ocasiones los órganos judiciales a examinar el carácter abusivo de las cláusulas una vez transcurrido el plazo ordinario de diez días para formular oposición. Ante esta negativa, y teniendo en cuenta lo que había establecido la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, en los términos antes apuntados, algunos consumidores consideraron que los órganos judiciales que procedían de este modo se estaban separando de lo que había establecido el TJUE, que no circunscribía el control judicial de las cláusulas abusivas a un determinado plazo, sino que tenían el deber de realizarlo tan pronto como dispusieran de los elementos de hecho y de derecho necesarios, y en tanto no existiera un pronunciamiento judicial sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, sino solo respecto a alguna de las cláusulas. De manera que, con su modo de proceder, no estarían respetando el principio de efectividad en relación con la Directiva 93/13/CEE. En este contexto, comenzaron a plantearse demandas de amparo ante el Tribunal Constitucional por considerar que la actuación de los jueces en estos casos vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el deber de motivación, por selección no racional o arbitraria de la norma aplicable al proceso, en contra del principio de primacía del derecho de la UE.

III. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN

Antes de que se dictara la STC 31/2019, de 28 de febrero, con la que se inicia la doctrina jurisprudencial de la que es muestra la STC 141/2022, objeto de este comentario, el Tribunal Constitucional ya había desarrollado una jurisprudencia a propósito de la incidencia que podía tener la aplicación o no aplicación del derecho de la UE sobre el artículo 24 CE. Por ello, antes de adentrarnos en la doctrina específica del tema que nos ocupa, es conveniente realizar una aproximación a la perspectiva constitucional del principio de primacía del derecho europeo.

1. LOS PRECEDENTES EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UE

Si analizamos la jurisprudencia constitucional en relación con el derecho de la UE, podemos percibir que las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el TJUE no siempre han sido fáciles. En un primer momento, el Tribunal Constitucional consideró que las cuestiones relativas al derecho comunitario eran de legalidad ordinaria y no afectaban al derecho a la tutela judicial efectiva. Conforme al principio de primacía del derecho de la UE, las normas europeas «tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente»²¹, con lo que se asegura su efectividad. Pero el principio de primacía no significa, desde esta postura inicial, que a partir del artículo 93 CE se haya dotado a las normas del derecho europeo de rango y fuerza constitucionales, ni el derecho comunitario se podría considerar canon de la constitucionalidad de las normas con rango de ley²².

Posteriormente, se avanzó en el desarrollo de las relaciones entre el derecho de la UE y el derecho nacional desde una perspectiva constitucional, y comenzó a otorgarse el amparo en cuestiones relacionadas con el derecho de la Unión. En este sentido, se parte de considerar el doble canon de enjuiciamiento del Tribunal Constitucional, que, por una parte, alcanza a la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a

²¹ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 4.

²² Estas ideas se recogen, por ejemplo, en las SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 4; 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a); 235/2000, de 5 de octubre, FJ 11; 12/2008, de 29 de enero, FJ 2; 134/2011, de 20 de julio, FJ 6; 136/2011, de 13 de septiembre, FJ 12; 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3.

obtener de los órganos judiciales una resolución motivada y fundada en derecho sobre el fondo de las pretensiones oportunamente deducidas en el proceso, sin que por esta vía pueda llegar a examinarse el acierto o desacierto de la decisión. Y, por otro lado, se refiere al 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», lo que puede alcanzar al planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE ante una duda sobre la aplicación del derecho europeo²³.

Dejando ahora al margen el derecho a un proceso con todas las garantías en relación con el planteamiento de cuestión prejudicial, que abordaré en páginas posteriores, nos vamos a centrar en la doctrina del Tribunal Constitucional conforme a la cual, forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva el derecho a la selección razonable y no arbitraria de la norma aplicable al proceso, de manera que, cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE –que forma parte del derecho de la UE–, el desconocimiento y preterición del derecho de la Unión por parte del órgano judicial podrá dar lugar a la vulneración del artículo 24.1 CE. Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional se atribuye el deber de velar por el respeto al principio de primacía del derecho de la UE²⁴. Es esta la doctrina jurisprudencial que ahora interesa porque es precisamente esta faceta del artículo 24 CE la que ha llevado a conceder el amparo en procedimientos de ejecución hipotecaria cuando el órgano judicial se ha negado a realizar el control del carácter abusivo de alguna cláusula contractual. Entiende el Tribunal Constitucional que, existiendo una interpretación auténtica por parte del TJUE en relación con el deber del juez nacional de realizar este control de cláusulas abusivas, el órgano judicial que se opone a ella vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión por selección no razonable y arbitraria de la norma aplicable. Veamos ahora de forma sintética lo que vino a establecer la STC 31/2019, de 28 de febrero.

2. LA STC 31/2019, DE 28 DE FEBRERO

La STC 31/2019, de 28 de febrero, es la primera de una larga lista de sentencias que aprecian la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma apli-

²³ En este sentido, la STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 4.

²⁴ STC 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 5.

cable al proceso en supuestos en que el órgano judicial de un procedimiento de ejecución hipotecaria se niega a realizar un control del carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato alegando preclusión y cosa juzgada, cuando lo haya solicitado el ejecutado una vez transcurrido el plazo legalmente establecido para formular oposición. A pesar de lo que establecen las normas procesales reguladoras de la ejecución hipotecaria, entiende el Tribunal Constitucional que el órgano judicial queda obligado a realizar este control de acuerdo con lo que estableció la STJUE, de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus.

Señala el Tribunal Constitucional que el TJUE, en la citada sentencia, estableció que no se opone a la Directiva 93/13/CEE una normativa procesal nacional que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. Pero si existe alguna cláusula cuyo eventual carácter abusivo aún no ha sido examinado mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, el juez nacional está obligado a apreciar, de oficio o a instancia de parte, cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas. Y, de este modo, indica el Tribunal Constitucional, no cabe considerar, como sin embargo hizo el órgano judicial en este caso, que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas había precluido por no haber formulado oposición en el plazo legal de diez días si el órgano judicial no había realizado un control de oficio del posible carácter abusivo de la cláusula. También indica el Tribunal Constitucional en esta sentencia que el hecho de que se hubiera dictado el decreto de adjudicación cuando se solicitó el control de cláusulas abusivas no justifica que el órgano judicial se niegue a realizar el control. En la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus se indicó, en relación con las dudas sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial, que «a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas» (apartado 32), añadiendo que «la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable “a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente”» (apartado 32).

Realiza, además, la STC 31/2019, de 28 de febrero, una referencia específica al valor que debe atribuirse al control del título ejecutivo al que se refiere el artículo 552 LEC. Indica que no se puede entender realizado el control del carácter abusivo de las cláusulas por el hecho de que el auto que ordena el despacho de la ejecución indique genéricamente que la demanda ejecutiva cumple con los requisitos del artículo 685 LEC y ss. en concordancia con el artículo 551 LEC. Tal motivación es insuficiente a efectos de considerar sin género de dudas que se ha realizado el control de abusividad de las cláusulas, e invoca al efecto la jurisprudencia constitucional en relación con el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en cuanto que se realice una exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que ha llevado al órgano judicial a adoptar su decisión y que facilite, a su vez, el control de la actividad jurisdiccional por los tribunales superiores.

A partir de esta sentencia, se han sucedido numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional en los que se concedía el amparo al ejecutado que, reuniendo la condición de consumidor, hubiera recibido una negativa por parte del órgano judicial para realizar el examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario alegando preclusión del plazo para formular oposición y cosa juzgada del auto que acordaba el despacho de la ejecución. Respecto de todos ellos, el Tribunal Constitucional ha considerado que el órgano judicial no había aplicado lo que se estableció en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, y que, al no hacerlo, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable en relación con el principio de primacía del derecho de la UE.

Si analizamos estos supuestos, observamos que entre ellos existen diferencias. Algunas de las ejecuciones hipotecarias se iniciaron antes de la reforma de la LEC operada por la Ley 1/2013 y, por tanto, antes de que se previera legalmente la posibilidad de formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas. Respecto de estos procedimientos, conforme vino a establecer la STJUE de 29 de octubre de 2015, C-8/14, BBVA, el plazo establecido en el régimen transitorio de la Ley 1/2013 se opone a la Directiva 93/13/CEE, con lo que resultaría, en principio, que en estos procedimientos la posibilidad de formular oposición por cláusulas abusivas no quedaría sujeta a plazo legal alguno, y sería posible hasta «la puesta en posesión del inmueble al adquirente», porque es lo que establece la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013²⁵. En los mismos

²⁵ Es el caso, por ejemplo, de la STC 9/2022, las SSTC 44/2022 y 80/2022, en que el control de abusividad se solicitó tras la adjudicación del bien, pero antes del lanzamiento.

términos se pronuncia la disposición transitoria tercera, apartado 4 de la Ley 5/2019, de Contratos de Crédito Inmobiliario, por lo que no parece que haya dudas para mantener la misma interpretación respecto de aquellos procedimientos tras esta ley.

En los procedimientos iniciados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma de 2013, el plazo de diez días para formular oposición incluía ya la posibilidad de alegar la existencia de cláusulas abusivas, y el carácter preclusivo del plazo llevaba en ocasiones al órgano judicial a considerar que no era posible realizar un control posterior. Por otra parte, en estos procedimientos, conforme a la redacción dada al artículo 552.1 segundo párrafo LEC, el juez tiene el deber de examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas, debiendo conceder audiencia a las partes cuando considere que alguna cláusula puede ser abusiva. Esto llevaba a muchos jueces a apreciar que, ante la petición extemporánea de oposición a la ejecución por cláusulas abusivas, no procedía acceder a lo solicitado porque tal control ya se había efectuado y existía cosa juzgada conforme al artículo 207 LEC²⁶.

Finalmente, había también supuestos en los que la negativa al control de abusividad venía fundamentada en el hecho de que, al haberse dictado el decreto de adjudicación, se consideraba que el procedimiento ya había terminado y no podía, por tanto, tramitarse un incidente extraordinario de oposición a la ejecución²⁷. En estos casos, lo cierto es que no resulta de aplicación la normativa transitoria de la Ley 1/2013 y de la Ley 5/2019, que expresamente permite formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas hasta la puesta en posesión del inmueble al adquirente, por lo que puede surgir la duda de en qué medida la jurisprudencia del TJUE a propósito de esta cuestión puede ser aplicable cuando la norma nacional que sirve de apoyo al pronunciamiento del tribunal europeo no se aplica²⁸.

Efectivamente, estos supuestos sometidos a una regulación procesal distinta de la que existía en el procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial C-421/14 podrían recibir la misma respuesta desde el derecho de la UE, o tal vez no. Los órganos judiciales entendieron y argumentaron en algunos casos que la res-

²⁶ Así, por ejemplo, el órgano judicial había basado la negativa a realizar el control de cláusulas abusivas alegando preclusión y cosa juzgada, por ejemplo, en el caso de la STC 48/2020; 50/2021; 102/2021 (en este caso se alega además que ya se ha adjudicado el bien); 150/2021 (en este caso se alega además que ya se ha adjudicado el bien); 154/2021; 6/2022; 61/2022.

²⁷ Se refieren a este supuesto las SSTC 30/2020; 140/2020; 8/2021; 24/2021; 77/2021; 92/2021; 101/2021; 102/2021.

²⁸ Por ello, discrepa del criterio mantenido por el Tribunal Constitucional GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, *DPyC*, 2020, pp. 365-369.

puesta debía ser otra distinta de la que había dado el TJUE, y se sujetaron a la aplicación de las normas procesales en materia de preclusión y cosa juzgada, negando el control judicial de las cláusulas sin plantear tampoco cuestión prejudicial. No obstante, formulado recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, este último ha venido entendiendo que, en estos casos, el órgano judicial debió aplicar lo dispuesto en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus y, al no hacerlo, en contra del principio de primacía del derecho de la Unión, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el deber de motivación y la selección razonable de la norma aplicable al proceso. Las dudas que pudieran surgir parece que se podrían disipar con la STJUE de 17 de mayo de 2022.

IV. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE Y DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL TRAS LA STJUE C-600/19, DE 22 DE MAYO DE 2017

En la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022, Ibercaja Banco, se vuelve a preguntar al Tribunal de Justicia sobre la preclusión y la cosa juzgada en los procedimientos de ejecución hipotecaria y, específicamente, sus efectos con relación al auto por el que se despacha la ejecución cuando, al inicio del procedimiento, el órgano judicial ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas, pero el referido auto no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen, ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo. Es decir, la cuestión prejudicial se plantea en el contexto específico de las ejecuciones hipotecarias iniciadas bajo la normativa procesal vigente, una vez que fue reformada para dar cabida a la posibilidad de formular oposición alegando la existencia de cláusulas abusivas e incluyendo un control judicial de oficio de las cláusulas antes de acordar el despacho de la ejecución.

El TJUE reitera en esta sentencia su jurisprudencia sobre la situación de inferioridad del consumidor en la Directiva 93/13/CEE y el principio de no vinculación como mecanismo para reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real, así como el deber del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. Y recuerda que, conforme al principio de autonomía procesal, corresponde a cada Estado miem-

bro establecer los procedimientos para el examen del posible carácter abusivo de una cláusula contractual de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad.

En relación con la cosa juzgada, el TJUE reconoce que la protección al consumidor no es absoluta en el sentido de que el Derecho de la Unión no obliga a dejar de aplicar las normas procesales internas que atribuyan el efecto de cosa juzgada aun cuando ello permita subsanar la infracción de una disposición contenida en la Directiva 93/13/CEE, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad. Y respecto de la concreta cuestión prejudicial planteada, no duda de la conformidad de la normativa nacional controvertida con el principio de equivalencia, y pone el énfasis en el necesario respecto a este principio, aunque reconoce que «no puede llegar al extremo de suplir íntegramente la total pasividad del consumidor afectado» (párrafo 44). En cuanto al principio de efectividad en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13/CEE, señala que implica «una exigencia de tutela judicial efectiva, reafirmada en el artículo 7, apartado 1, de esa Directiva y consagrada también en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos» (párrafo 45). Destaca, además, que la resolución por la que el juez nacional ordenó la apertura del procedimiento de ejecución hipotecaria (el auto por el que se acuerda el despacho de la ejecución) «no incluía ningún motivo que acreditara la existencia de un control del carácter abusivo de las cláusulas del título que dio lugar a dicho procedimiento, el consumidor no fue informado de la existencia de dicho control ni, al menos sucintamente, de los motivos en los que se basó el tribunal para estimar que las cláusulas controvertidas carecían de carácter abusivo. Por lo tanto, no pudo apreciar con pleno conocimiento de causa si procedía interponer un recurso contra dicha resolución» (párrafo 49). Entiende que esto es así porque «no podría garantizarse un control eficaz del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales, tal como se exige en la Directiva 93/13, si la fuerza de cosa juzgada se extendiera también a las resoluciones judiciales que no mencionan tal control» (párrafo 50). En cambio, sí que se garantizaría la protección al consumidor si, en el auto que despacha la ejecución, el juez indica expresamente «que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título que da lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, que dicho examen, motivado al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y que, si no

formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas» (párrafo 51).

Y, de este modo, concluye: «De lo anterior se deriva que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo» (párrafo 52).

Esta sentencia no es, en mi opinión, una mera reiteración de lo que había establecido el TJUE en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus. Con la sentencia de 2022, el TJUE viene a clarificar problemas que habían surgido tras la reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria operada por la Ley 1/2013 y que no se habían planteado antes al TJUE, en relación con el posible efecto de cosa juzgada del auto por el que se despacha la ejecución, habida cuenta de que, a partir de esta reforma, antes de dictarse este auto, el juez debe realizar un examen de oficio del eventual carácter abusivo de las cláusulas del contrato que sirve de título a la ejecución. En los procedimientos anteriores a esta reforma procesal, como era el procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial C-421/14, el auto que despachaba la ejecución no reunía las mismas características, en el sentido de que la ley no imponía al juez el control de oficio de las cláusulas antes de acordar el despacho de la ejecución. La cuestión planteada, por tanto, es distinta, aunque el razonamiento del TJUE discurre en ambos casos en la misma línea. Pero en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, la problemática se planteaba con relación a que hubiera transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución y se quisiera que el órgano judicial examinara el carácter abusivo de una cláusula, y en la sentencia C-600/19, de 17 de mayo de 2022, se ahonda en el alcance que puede tener el efecto de cosa juzgada respecto del auto que acuerda el despacho de la ejecución, dado

que, con carácter previo al mismo, debe realizar el juez un control de oficio de las cláusulas, y respecto del auto que resuelve la oposición a la ejecución, en la que el ejecutado pudo alegar la existencia de cláusulas abusivas. Esta última sentencia realiza, además, una referencia al artículo 47 CDFUE que no debiera pasar desapercibida y a la que posteriormente me referiré.

En definitiva, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, da respuesta al argumento que venían ofreciendo algunos juzgados cuando se negaban a tramitar un incidente extraordinario de oposición a la ejecución en procedimientos iniciados con posterioridad a la reforma de la LEC de 2013. Y lo hace en el sentido de entender que la aplicación de las normas procesales sobre preclusión y cosa juzgada en el modo en que se han interpretado por algunos órganos judiciales nacionales se opone al principio de efectividad del derecho de la Unión Europea en relación con la Directiva 93/13/CEE. Si el auto que acuerda el despacho de la ejecución no indica que se ha realizado el examen de abusividad de oficio y que, si la parte no formula oposición en plazo, no podrá ya plantear el posible carácter abusivo de alguna cláusula, no puede negarse el control judicial de las cláusulas alegando preclusión y cosa juzgada. Para que pueda jugar el efecto de cosa juzgada, no basta con realizar el control judicial oficio, sino que debe indicarse en el auto que se ha realizado tal control —que viene impuesto legalmente en el artículo 552.1 segundo párrafo LEC—, y, además, se ha de advertir al ejecutado de la preclusión para formular oposición por cláusulas abusivas. Ello no significa, en mi opinión, que el auto deba desgarnar necesariamente una a una las cláusulas y deba motivar detalladamente por qué no considera que sea abusiva cada una de ellas. Más recientemente, el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, ha reformado el artículo 551.1 LEC introduciendo un número 5 en el que expresamente se indica que el auto que acuerda el despacho de la ejecución debe expresar que las cláusulas que sirven de fundamento a la ejecución no son abusivas. Y el artículo 551.4 LEC determina que si bien no cabe recurso contra este auto, el mismo debe indicar expresamente que el deudor puede formular oposición respecto de la valoración judicial de no abusividad de las cláusulas “y se le advertirá que en caso de no hacerlo en tiempo y forma no podrá impugnarla en un momento ulterior”. La duda que plantea esta reforma es su compatibilidad con el derecho de la Unión cuando el auto que acuerda el despacho de la ejecución omite examinar alguna de las cláusulas que sirven de fundamento de la ejecución y determinan la cantidad exigible o no aprecie el carácter abusivo de la cláusula pero tampoco cumpla los estándares

de motivación requeridos. Nótese, además, que el juez no puede apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula cuando este vaya anudado a la falta de transparencia, y que pueden aparecer con posterioridad elementos de hecho o de derecho que incidan sobre el carácter abusivo de una cláusula. Tal vez la solución legislativa pudiera hallar su fundamento en la pasividad del consumidor que, advertido en estos términos, no formula oposición.

Podemos observar que, en la jurisprudencia constitucional dictada en este ámbito con anterioridad a la STJUE de 19 de mayo de 2022, C-600/19, se ha venido defendiendo, en buena medida, una idea similar a la expresada por el TJUE y que, quizá, pueda quedar algo recortada por la reforma legislativa de 19 de diciembre de 2023 en relación con la advertencia de preclusión para formular oposición. Habrá que ver en qué términos la reciente reforma legal encuentra acomodo en esta jurisprudencia europea y constitucional, extremos que, en su caso, correspondería determinar al TJUE. Se puede decir que, con la sentencia de 19 de mayo de 2022, C-600/19, el TJUE viene a corroborar la interpretación que venía manteniendo el Tribunal Constitucional frente a las alegaciones de preclusión y cosa juzgada del auto que acuerda el despacho de la ejecución, formuladas por el órgano judicial cuando se niega a realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas una vez que ha transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución y no hay un pronunciamiento judicial al respecto.

Sin duda, al resolver de esta manera, el Tribunal Constitucional ha garantizado que se respete el principio de efectividad con relación a la Directiva 93/13/CEE, teniendo en cuenta el modo en que se ha venido interpretando por el TJUE. Pero, más allá del resultado del caso concreto, pueden surgir dudas sobre el modo en que se articula la relación entre el derecho de la Unión y el artículo 24 CE. Como hemos visto, la jurisprudencia constitucional viene considerando como parte del derecho a la tutela judicial efectiva la selección razonable de la norma aplicable al proceso en relación con el principio de primacía del derecho de la UE. Y, de este modo, considera que, cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el TJUE –que forma parte del derecho de la UE–, el desconocimiento y preterición del derecho de la Unión por parte del órgano judicial podrá dar lugar a la vulneración del artículo 24.1 CE.

Lo que creo que no resulta fácil es delimitar el alcance de la «interpretación auténtica» cuando se atribuye al Tribunal Constitucional la función de asegurar el respeto a la jurisprudencia del TJUE como parte del derecho de la UE y apreciar la vulneración del dere-

cho a la tutela judicial efectiva cuando el órgano judicial no haya aplicado esta interpretación auténtica pese a que debía hacerlo. Por una parte, el control constitucional de las resoluciones judiciales desde el prisma del artículo 24.1 CE es un control externo o formal, de razonabilidad de la decisión. Por otro lado, hay que recordar que el pronunciamiento que realice el TJUE al dar respuesta a una cuestión prejudicial vincula en el procedimiento en el que se haya planteado la cuestión y en otros que sean idénticos. ¿Y si el supuesto es parecido, pero no idéntico? En este caso, el órgano judicial podría haber razonado por qué considera que la solución ha de ser distinta, y si el Tribunal Constitucional otorga el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el principio de primacía del derecho de la UE, necesariamente ha de asumir una labor interpretativa que posiblemente iría más allá del canon de constitucionalidad que tradicionalmente se ha fijado a propósito del artículo 24.1 CE. Y, además, el Tribunal Constitucional corre el riesgo de que, posteriormente, el TJUE avale aquellos razonamientos del órgano judicial si se le plantea una cuestión prejudicial sobre un supuesto idéntico o prácticamente idéntico. Es decir, aunque se haya otorgado el amparo, posteriormente el TJUE podría entender en un caso similar que los razonamientos del órgano judicial no son contrarios al principio de efectividad. Como hemos visto, esto no parece que haya sucedido a propósito de la preclusión y la cosa juzgada. Las ideas generales que contenía la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, se han interpretado en el mismo sentido por parte del Tribunal Constitucional en los supuestos a él planteados, aun cuando el procedimiento de ejecución hipotecaria no estuviera sometido al régimen transitorio de la Ley 1/2013 por haberse iniciado después de su entrada en vigor. Y, posteriormente, el TJUE, en su sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19, referida precisamente a un procedimiento iniciado tras la entrada en vigor de la Ley 1/2013, ha mantenido el mismo entendimiento de las cosas.

Sin embargo, las coincidencias entre la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la última sentencia del TJUE sobre esta cuestión, quizá, no sean plenas. Además de lo que se ha expuesto anteriormente, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, contiene otro pronunciamiento importante y que se refiere al momento a partir del cual ya no es posible realizar un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas en los procedimientos de ejecución hipotecaria por razones distintas a la cosa juzgada. Indica el TJUE que cuando «el procedimiento de ejecución hipotecaria ha concluido y los derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a

un tercero, el juez, actuando de oficio o a instancias del consumidor, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales que lleve a la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y cuestionar la seguridad jurídica de la transmisión de la propiedad ya realizada frente a un tercero» (párrafo 57).

No obstante, como se ha indicado anteriormente, existen bastantes supuestos en los que el Tribunal Constitucional ha concedido el amparo cuando el órgano judicial se ha negado a realizar el control judicial del carácter abusivo de las cláusulas por entender que el procedimiento había concluido una vez que se ha dictado el decreto de adjudicación. El Tribunal Constitucional ha concedido el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable al proceso porque, como indica la STC 31/2019, en la sentencia C-421/14, de 26 de enero de 2017, Banco Primus, el TJUE «afirmó, en relación con las dudas de admisibilidad presentadas a las cuestiones prejudiciales, que “a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas” (apartado 32), añadiendo que “la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable ‘a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente’”» (apartado 32)» (FJ 7).

Tras la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, el Tribunal Constitucional no ha tenido aún ocasión de pronunciarse sobre si procede o no el control de abusividad de las cláusulas tras el decreto de adjudicación en procedimientos no sometidos al régimen transitorio de la Ley 1/2013. Habrá que ver si mantiene el mismo criterio que hasta ahora o lo revisa a la luz de este pronunciamiento del TJUE. Quizá fuera razonable entender que el control más allá del decreto de adjudicación podría tener cabida en el régimen transitorio de la Ley 1/2013, mientras que, en los demás casos, el control no debería considerarse posible una vez que se ha transmitido el inmueble, lo que, en sede judicial, y aunque no es una postura absolutamente unánime, se viene considerando que tiene lugar con el decreto de adjudicación²⁹. En cualquier caso, desde la perspectiva constitucional, habría que considerar que, una vez que el órgano judicial entienda que el procedimiento de ejecución ha concluido

²⁹ Entre los trabajos más recientes sobre esta cuestión, recogiendo las diversas posturas existentes, cfr. GÓMEZ LINACERO y CAMPO CANDELAS, *RCDI*, 2021, pp. 3443-3495. Concluyen estos autores como opción más acertada fijar el momento de transmisión del derecho en el dictado del decreto de adjudicación, p. 3482.

porque se ha transmitido la propiedad del bien (en mi opinión, no corresponde determinar esta cuestión al Tribunal Constitucional por ser una cuestión de legalidad ordinaria), no cabría el control de abusividad de las cláusulas, y la negativa a este control quizá no constituya una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable al proceso en relación con el principio de primacía del derecho de la Unión, a la luz del pronunciamiento del TJUE. Y para los procedimientos sujetos al régimen establecido en el Real Decreto ley 6/2023, de 19 de diciembre, el legislador habría tratado de zanjar la cuestión (veremos si lo ha hecho) con la preclusión que establece el artículo 551.4 LEC, tratando de impedir un control judicial ulterior y dejando estéril el debate sobre si cabe un control judicial de cláusulas abusivas hasta el decreto de adjudicación, hasta la entrega de la posesión material del bien al adjudicatario, u otro momento procesal, porque la cuestión solo podría ventilarse en el trámite inicial de oposición a la ejecución, con efecto preclusivo. Si, realmente, la norma procesal es conforme al principio de efectividad y la preclusión se aplica con toda su fuerza, el debate efectivamente devendrá estéril. Pero no en otro caso.

Tras la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, el Tribunal Constitucional solo se ha pronunciado a propósito del deber del juez de realizar un control del carácter abusivo de cláusulas del contrato en las sentencias 80/2022, de 27 de junio; 123/2022, de 10 de octubre; y 141/2022, de 14 de noviembre, objeto de este comentario, y más recientemente, las sentencias 23/2023, de 27 de marzo y 26/2023, de 17 de abril³⁰. Las dos primeras se refieren a procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes de la reforma de la LEC de 2013, y, por tanto, en los que la jurisprudencia establecida en la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, Banco Primus, parece que no ofrecería dudas. Otro tanto cabe decir de la STC 23/2023 y la STC 26/2023. Sin embargo, la STC 141/2022, de 14 de noviembre, se dicta respecto de un procedimiento de ejecución hipotecaria posterior a la reforma y, por tanto, en el que los pronunciamientos de la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022 pueden cobrar todo su sentido. Por este motivo, la sentencia merece mayor atención y dedicaré las páginas siguientes a su análisis.

³⁰ Se ha dictado también la STC 172/2023, de 11 de diciembre, pero en ese caso el recurso de amparo no se presentó por la negativa del juez de la ejecución hipotecaria a examinar el carácter abusivo de la cláusula, sino porque, iniciado un procedimiento declarativo posterior a la ejecución en el que se interesaba la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, el órgano judicial apreció la excepción de cosa juzgada alegada por la entidad bancaria pese a que el procedimiento de ejecución hipotecaria anterior no contenía un pronunciamiento expreso sobre si la referida cláusula era o no abusiva.

V. LOS EFECTOS DE LA PRECLUSIÓN Y LA COSA JUZGADA EN LA STC 141/2022, DE 14 DE NOVIEMBRE

Para analizar los pronunciamientos que realiza el Tribunal Constitucional en la sentencia 141/2022, creo que ha de partirse de una exposición de lo acontecido en el procedimiento de ejecución hipotecaria, indicando a continuación los términos en que, según la recurrente en amparo, se habría vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva para, finalmente, exponer cuál ha sido el razonamiento seguido por el Tribunal Constitucional para conceder el amparo solicitado, realizando, finalmente, una valoración de la sentencia.

1. LA TRAMITACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

En este caso, el procedimiento que dio origen al recurso de amparo era un procedimiento de ejecución hipotecaria posterior a la reforma de la LEC por la Ley 1/2013, pues el auto que acordó el despacho de la ejecución era de 28 de mayo de 2015. La parte ejecutada –posteriormente, demandante de amparo– formuló oposición a la ejecución alegando la existencia de cláusulas abusivas, mencionando en concreto la cláusula de intereses moratorios, la cláusula de vencimiento anticipado y el pacto de liquidez. En su escrito se refirió también a otras cláusulas que calificaba como «confusas»: cláusula de amortización, intereses ordinarios (*sic*), tipo de interés variable y comisiones. La oposición a la ejecución se resolvió por auto de 10 de febrero de 2016, que se pronunció únicamente respecto de las tres primeras cláusulas, que eran las que se denunciaban como abusivas. Entendió que la cláusula de intereses moratorios era abusiva, pero no la cláusula de vencimiento anticipado ni el pacto de liquidez. Respecto del resto de cláusulas alegadas, indicaba el auto que «exceden del ámbito de la presente oposición por cuanto el artículo 695 LEC dispone que “1. En los procedimientos a que se refiere este capítulo solo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: 4. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible”». Contra este auto, indicaba la propia resolución, cabía interponer recurso de apelación, pero no se planteó recurso.

A la vista de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en relación con la cláusula de vencimiento anticipado, se

dictó auto el 25 de mayo de 2017 acordando la suspensión del curso de las actuaciones hasta la resolución de la cuestión prejudicial. La suspensión se alzó por auto de 25 de marzo de 2021. En este auto se indicaba que la cuestión sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado había quedado resuelta por STJUE de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y 179/17, y la STS 463/2019, de 11 de septiembre, pero, en cualquier caso, en este procedimiento ya había un pronunciamiento con fuerza de cosa juzgada que rechazó el carácter abusivo de la cláusula: el auto de 10 de febrero de 2016. Frente a este auto formuló la parte ejecutada recurso de reposición alegando que no se habían analizado de oficio todas las cláusulas abusivas del contrato de préstamo hipotecario, en contra de la jurisprudencia establecida en la STC 31/2019, invocando como abusivas, al menos, la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de intereses de demora, la cláusula suelo, la cláusula de intereses ordinarios devengados en base al año 360 días, el tipo de interés variable, el índice de referencia de préstamos hipotecarios, comisiones y gastos a cargo de la prestataria, la imposición de sociedad tasadora, la prohibición de arrendar, enajenar y gravar, entre otras. Este recurso fue desestimado por auto de 3 de julio de 2021, considerando el órgano judicial que la cuestión ahora planteada ya se había resuelto en el auto de 10 de febrero de 2016, que es firme y con efecto de cosa juzgada.

2. LA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DENUNCIADA

La cuestión que se plantea ante el Tribunal Constitucional es la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión como consecuencia de la negativa del órgano judicial a controlar el carácter abusivo de todas las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, y la vulneración del principio de primacía del derecho de la UE y de la jurisprudencia del TJUE, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE y el derecho a un juicio justo del artículo 6.1 CEDH por incumplimiento de la doctrina establecida en la STC 31/2019.

Alega la recurrente que, en el auto de 10 de febrero de 2016, el órgano judicial se limitó a examinar el carácter abusivo de tres cláusulas, sin realizar un control del resto de cláusulas que la recurrente en amparo considera abusivas, a pesar de lo que establece la STC 31/2019 y la jurisprudencia del TJUE, que obliga a los tribunales a realizar un control de oficio y en cualquier

momento del proceso, del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre las que no ha recaído una decisión judicial con fuerza de cosa juzgada.

3. EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha entendido en este caso, a la luz de la doctrina establecida en la STC 31/2019, que se apoya a su vez en la STC 232/2015 y la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, que se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por la negativa del órgano judicial a realizar un control de las cláusulas en el auto de 25 de marzo de 2021, alegando que el auto de 10 de febrero de 2016 tenía efecto de cosa juzgada. Indica el Tribunal Constitucional que esta argumentación era válida respecto de la cláusula de vencimiento anticipado y el pacto de liquidez, pero no respecto de las otras cláusulas. En el recurso de reposición se citaron expresamente otras cláusulas cuyo examen fue rechazado por el órgano judicial alegando cosa juzgada. Esta respuesta, señala el Tribunal Constitucional, frustra la expectativa revisora de la recurrente y las exigencias de motivación derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva, así como la jurisprudencia constitucional sobre la obligación de control de oficio por el órgano judicial de la eventual abusividad de las cláusulas, que solo se exceptúa cuando ya se haya examinado en un anterior control judicial. El anterior control judicial solo había alcanzado a la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de intereses moratorios y el pacto de liquidez. Al negarse el ulterior control de las demás cláusulas, habría incurrido en falta de motivación material, infringiendo el principio de primacía del derecho de la Unión, al prescindir de la interpretación impuesta por el TJUE e incurriendo en una interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso.

4. REVISIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Surgen varias cuestiones a considerar a partir de esta sentencia:

a) La STC 141/2022 no contiene ninguna mención a la STJUE C-600/19, de 17 de mayo de 2022. Surge la duda sobre qué valoración debe merecer este silencio. En el FJ 2 de la sentencia, el Tribunal Constitucional delimita el objeto del enjuiciamiento en el

sentido de que le corresponde determinar «si la negativa del órgano judicial a pronunciarse sobre el carácter abusivo de la cláusula aludida, so pretexto de que la regulación procesal vigente, tanto al admitir la petición inicial de procedimiento hipotecario como al despachar la ejecución, no lo exigía, vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por su eventual contradicción con la doctrina de este tribunal».

Parece que, en este caso, el recurso de amparo se habría planteado –y este sería el motivo de especial trascendencia constitucional– en base a que el órgano judicial que se niega a realizar el control del carácter abusivo de la cláusula, contradice la doctrina del Tribunal Constitucional, lo que podría conectarse, posiblemente, con el motivo f) de la STC 155/2009, FJ 2. Es decir, que, al negarse a realizar el control, el órgano judicial incurriría en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional establecida en la STC 31/2019. En la medida en que la doctrina constitucional de la STC 31/2019 se construye sobre la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, podría justificarse que el enjuiciamiento se apoye en esta sentencia del TJUE y no en la más reciente STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco. No obstante, creo que hubiera sido posible introducir también alguna mención a la jurisprudencia más reciente del TJUE, en la medida en que, en definitiva, de lo que se trataría es de valorar si el órgano judicial ha actuado conforme al derecho de la Unión y, particularmente, si ha respetado el principio de efectividad de la Directiva 93/13CEE, cuestión que queda algo más clarificada en la sentencia de 2022 respecto de lo que dijo el TJUE en su sentencia de 2017.

b) Observamos, y esto es prácticamente una constante en los recursos de amparo presentados en este ámbito, que no hay un cauce procedimental específico para que el consumidor inste el control judicial de cláusulas abusivas fuera del plazo de oposición a la ejecución, lo que hace que su canalización en el marco del procedimiento se lleve a cabo de modos diversos. En este caso, se hace a través de un recurso de reposición que se presenta frente al auto que acuerda alzar la suspensión del procedimiento. El cauce normal para alegar la existencia de cláusulas abusivas es la oposición a la ejecución en el plazo de diez días desde la notificación del auto por el que se despacha la ejecución. Pero este plazo, conforme a la jurisprudencia del TJUE (tanto en la cuestión prejudicial C-421/14, como en la C-600/19) no es preclusivo, y la legislación procesal no contempla un trámite *ad hoc* para invocar el carácter abusivo de las cláusulas fuera del plazo para formular oposición a la ejecución.

Por otra parte, según la jurisprudencia del TJUE, el juez tiene el deber de realizar este control tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello³¹. Por tanto, en la práctica, en cualquier momento hasta la terminación del procedimiento, el ejecutado debería poder alegar la existencia de cláusulas abusivas que fundamenten la ejecución o determinen la cuantía, si no existe un pronunciamiento con efecto de cosa juzgada respecto del posible carácter abusivo de la cláusula. La falta de cauce procedimental para alegar cláusulas abusivas es una opción legislativa que queda reforzada con la reforma de la LEC por el Real Decreto Ley 6/2023, al establecerse la preclusión en el art. 551.4 LEC. La duda es cómo articular una solución cuando los elementos para apreciar el carácter abusivo de la cláusula son posteriores a este momento procesal, pues el TJUE insiste en el deber judicial de control de oficio tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. A primera vista, parece que el pronunciamiento del juez de primera instancia tendría un valor de cosa juzgada que se impondría en todo caso, según esta nueva configuración legal. Habrá que ver si este planteamiento legislativo es conforme al principio de efectividad (en su caso, lo dirá el TJUE) y/o a la jurisprudencia constitucional.

c) Pueden surgir algunas dudas sobre el concreto alcance que tendría en este caso la cosa juzgada. Por una parte, no se detalla en los antecedentes de la sentencia el contenido del auto que acordó el despacho de la ejecución, por lo que no sabemos si, en él, el órgano judicial indicó expresamente que había realizado un control de oficio de las cláusulas abusivas (a lo que queda obligado por aplicación del artículo 552.1 segundo párrafo LEC, vigente cuando se dictó el referido auto), ni tampoco si indicó al ejecutado expresamente que disponía de un plazo de diez días para formular oposición por la existencia de cláusulas abusivas y que, si no lo hacía en el referido plazo, precluiría tal posibilidad. De ser así, conforme a la jurisprudencia del TJUE³², habría que entender que el órgano

³¹ Por ejemplo, la STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, apartado 46; STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartado 58; STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, apartado 43; STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, párrafo 37.

³² La STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, indica en su párrafo 51: «En cambio, procede considerar que dicha protección quedaría garantizada si, en el supuesto contemplado en los apartados 49 y 50 de la presente sentencia, el juez nacional indicase expresamente, en su resolución en que se despacha ejecución hipotecaria, que ha examinado de oficio el carácter abusivo de las cláusulas del título que da lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria, que dicho examen, motivado al menos sucintamente, no ha puesto de manifiesto la existencia de ninguna cláusula abusiva y que, si no formula oposición dentro del plazo establecido en el Derecho nacional, el consumidor ya no podrá invocar el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas».

judicial sí podía oponerse a un ulterior control solicitado con posterioridad al plazo para formular oposición alegando la existencia de cosa juzgada. Hubiera sido deseable que el Tribunal Constitucional especificara este extremo para poder apreciar con más claridad que efectivamente no cabía oponer el efecto de cosa juzgada para negarse a un ulterior control de las cláusulas.

Por otra parte, el auto de 10 de febrero de 2016, que resolvió la oposición a la ejecución, examinó tres cláusulas, apreciando el carácter abusivo de una de ellas, y rehusó pronunciarse sobre las cláusulas que el consumidor había calificado como confusas. Posteriormente, en el recurso de reposición, se solicitó el control de abusividad de estas cláusulas y de otras no invocadas con anterioridad. Habría que precisar en qué medida el auto de 10 de febrero de 2016 tendría efecto de cosa juzgada respecto de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario. Creo que pueden distinguirse tres situaciones distintas:

1.º Parece que no habría duda en considerar que existe cosa juzgada respecto de las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo fue examinado en el auto de 10 de febrero de 2016 (la cláusula de vencimiento anticipado, la cláusula de intereses de demora y el pacto de liquidez).

2.º El consumidor había invocado también otras cláusulas, que calificó como «confusas», no como abusivas. Y el órgano judicial rechazó pronunciarse sobre ellas por entender que no estaban incluidas en el artículo 695.1.4.º LEC. Lo que, según parece, no precisa el auto, y por tanto, no podemos saber, es si se consideró que estas cláusulas estaban excluidas del artículo 695.1.4.º LEC porque no se trataba de cláusulas que constituyeran el fundamento de la ejecución o que hubieran determinado la cantidad exigible, o porque no se solicitaba específicamente su control de abusividad, ya que más bien se calificaban por el consumidor ejecutado como «confusas», no como «abusivas». En concreto, se trataba de las cláusulas de amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable y comisiones. Las cláusulas relativas a los intereses sí que determinan la cantidad exigible –no la cláusula de amortización ni las comisiones–, por lo que cabría un control de abusividad conforme al artículo 695.1.4.º LEC, aunque no queda claro que el consumidor estuviera invocando el carácter abusivo de la misma. Pero, en cualquier caso, el auto no se recurrió en apelación, lo que dificulta que podamos disipar las dudas al respecto.

Resulta dudoso considerar si existe cosa juzgada respecto de estas cláusulas cuando, posteriormente, en el recurso de reposi-

ción, se alega su carácter abusivo³³, en la medida en que el órgano judicial se refirió a ellas, pero no llegó a realizar un control de su carácter abusivo, cualquiera que fuera el motivo alegado para ello.

3.º Finalmente, hay otras cláusulas que se invocan en el recurso de reposición y que no se habían alegado antes. Se trata de la cláusula suelo, quizá la cláusula de intereses ordinarios devengados en base al año 360 días (salvo que se refiriera a esta cláusula cuando invocó la cláusula de intereses ordinarios en la oposición a la ejecución, lo que no queda claro), el índice de referencia de préstamos hipotecarios, comisiones y gastos a cargo de la prestataria, la imposición de sociedad tasadora, la prohibición de arrendar, enajenar y gravar. De todas ellas, algunas quedan fuera del ámbito del artículo 695.1.4.º LEC –las comisiones y gastos a cargo de la prestataria, la imposición de sociedad tasadora y la prohibición de arrendar, enajenar y gravar– porque estas cláusulas ni fundamentan la ejecución (la fundamenta la cláusula de vencimiento anticipado) ni determinan la cuantía que se reclama. Respecto de la cláusula suelo, el índice de referencia, y quizá la cláusula de intereses ordinarios devengados en base al año 360 días, no había pronunciamiento anterior del juez por lo que quedaba este obligado a examinar su posible carácter abusivo, sin que pudiera alegar preclusión y cosa juzgada, a la vista de la jurisprudencia del TJUE.

d) En otro orden de cosas, es importante valorar la incidencia que tiene esta jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Constitucional sobre la sumariedad de las ejecuciones hipotecarias por la importancia que esta circunstancia tiene en su configuración, como se ha dicho al inicio de este trabajo. La doctrina del Tribunal Constitucional en este ámbito se concreta en que el órgano judicial no puede desatender lo establecido en la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, Banco Primus, y tiene que realizar un control de cualquier cláusula que pueda ser abusiva, tan pronto como el órgano judicial disponga de los elementos de hecho o de derecho necesarios y no exista cosa juzgada. La mera falta de control de una sola cláusula que pueda incidir en la cuantía reclamada, como la cláusula suelo, determina que en cualquier momento se pueda pro-

³³ Las cláusulas que inicialmente se habían calificado como «confusas» (las cláusulas de amortización, intereses ordinarios, tipo de interés variable y comisiones), no coinciden plenamente con las que se alegan en el recurso de reposición. Sí que coincide la cláusula de interés variable, y no queda claro si se vuelve a invocar la cláusula de intereses ordinarios. Esta mención es ambigua, pues no se alcanza a comprender a simple vista qué diferencia puede haber con la cláusula de intereses ordinarios, a menos que en la invocación inicial se estuviera refiriendo a la cláusula de intereses ordinarios en base al año 360 días, que se invoca en el recurso de reposición. Las cláusulas de amortización y de comisiones no se invocan en el recurso de reposición.

mover la tramitación de un incidente de oposición a la ejecución, con la consiguiente paralización del procedimiento, lo que puede llegar a ralentizar enormemente su tramitación si asistimos a un goteo constante de invocaciones por parte del ejecutado con relación al posible carácter abusivo de cada una de las cláusulas que inciden en la cuantía reclamada. De manera que la situación de inferioridad del consumidor y los principios de no vinculación y efectividad que sustentan esta jurisprudencia del TJUE podrían llegar a poner en grave riesgo la configuración de la ejecución hipotecaria como un procedimiento sumario, con todas las ventajas que ello comporta en el tráfico jurídico. Por ello, en mi opinión, la adecuada conciliación de los intereses en juego pasaría por una actuación del órgano judicial en los términos dibujados por la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, en el sentido de que el auto por el que se despacha la ejecución debe contener una mención específica a que se ha realizado el control de oficio de las cláusulas e indicar el carácter preclusivo para formular oposición, como ha previsto el legislador en la reforma del artículo 551 LEC por el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre. De este modo se permitiría que el efecto de cosa juzgada pueda operar como límite frente a un goteo incesante de escritos solicitando la paralización del procedimiento de ejecución para examinar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas del contrato que fundamenten la ejecución o determinen la cuantía reclamada. En todo caso, si se solicita el control de una cláusula sobre la que no se ha pronunciado, el órgano judicial debe examinar y resolver de un modo ágil. Lo que más entorpece en este caso, posiblemente, es la negativa a realizar el control, porque el consumidor presentará sucesivos escritos y, en último término, acudirán ante el Tribunal Constitucional que, previsiblemente, concederá el amparo en términos análogos a esta sentencia, acordando la nulidad de lo actuado desde que el órgano judicial se negó al control del carácter abusivo de la cláusula.

e) Momento final para realizar el control judicial de las cláusulas abusivas: a raíz de la STC 31/2019, y con apoyo en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, se ha venido entendiendo que el órgano judicial queda obligado al control del carácter abusivo de las cláusulas del contrato en cualquier momento hasta la entrega de la posesión del bien. Esto, en la práctica, se puede dilatar enormemente en el tiempo si el ejecutado se encuentra en situación de especial vulnerabilidad³⁴. Sin

³⁴ Según la redacción vigente del artículo 1 de la Ley 1/2013, se suspenden los lanzamientos de estos colectivos hasta transcurridos once años desde la entrada en vigor de la ley siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en la norma.

embargo, como hemos visto en páginas anteriores, la STJUE de 26 de enero de 2017 se pronunciaba específicamente sobre una cuestión muy concreta, a efectos de admisibilidad de la cuestión prejudicial y en relación con el régimen transitorio de la Ley 1/2013. Posteriormente, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, considera que es conforme a la Directiva 93/13/CEE una legislación procesal que no permite el control del órgano judicial «cuando se ha ejecutado la garantía hipotecaria, se ha vendido el bien hipotecado y se han transmitido a un tercero los derechos de propiedad sobre dicho bien» siempre que se pueda hacer valer el carácter abusivo de la cláusula en un procedimiento posterior. Parece apreciarse así una cierta divergencia entre las dos sentencias del TJUE que podría justificarse por el hecho de referirse a dos regulaciones distintas, la del régimen transitorio de la Ley 1/2013 y la legislación procesal general. Lo cierto es que, en el caso sometido a enjuiciamiento en la STC 141/2022, parece que no se plantea este problema porque podemos deducir de lo acontecido en el proceso que, cuando se solicitó el control de las cláusulas que se consideraban abusivas, no se había llevado a cabo aún la realización del bien³⁵.

Pero la duda es: ¿Cómo habría que resolver un procedimiento judicial iniciado después de 2013, en el que se deniegue el control de cláusulas abusivas porque se considera que el procedimiento ha terminado porque se ha realizado el bien y se ha dictado el decreto de adjudicación, y esta negativa del juez se realiza antes de la STJUE de 17 de mayo de 2022?

La respuesta a esta pregunta podría ser, a la luz de la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, considerar que el momento final a partir del cual ya no es posible realizar el control judicial de las cláusulas es aquel en el que, conforme al derecho nacional, se considere que el procedimiento ha concluido por haberse llevado a cabo la transmisión/realización del bien. Se trata, desde mi punto de vista, de una cuestión de legalidad ordinaria que ni puede determinar el TJUE ni puede precisar el Tribunal Constitucional. Sobre esta cuestión, por otra parte, no hay una posición unánime ni en la

³⁵ En este caso, la denuncia de la existencia de cláusulas abusivas se realizó mediante un recurso de reposición frente al auto que acordó alzar la suspensión. Indica además la sentencia 141/2022 que, después de que se alzara la suspensión por auto de 25 de marzo de 2021 y se resolviera el recurso de reposición por auto de 3 de julio de 2021, se dictó diligencia de ordenación de 25 de febrero de 2022 en la que se daba traslado a la entidad ejecutante por plazo de cinco días para que, si le conviniera, solicitara la adjudicación del inmueble subastado. De ello podemos deducir que cuando se solicitó el control de las cláusulas abusivas, no se había llevado a cabo aún la realización del bien.

doctrina ni en los tribunales³⁶. En todo caso, parece advertirse una cierta tendencia en sede judicial a considerar que el decreto de adjudicación podría ser el momento final del procedimiento de ejecución en el que se produce la transmisión del bien. Sea como fuere, entiendo que, si son los tribunales de la jurisdicción civil quienes deben precisar esta cuestión, cuando un órgano judicial se negara a realizar el control de cláusulas abusivas argumentando que en el momento en que se ha solicitado, aunque no se haya procedido al lanzamiento, la ejecución ha concluido, no cabría apreciar que se haya separado de la jurisprudencia del TJUE y que, con ello, se vulnera también el artículo 24 CE. Siendo así, posiblemente, no procedería otorgar el amparo en este caso. Para los procedimientos sometidos al régimen establecido en el Real Decreto Ley 6/2023, el efecto preclusivo del art. 551.4 LEC podría hacer estéril este debate.

f) La revisión de la legislación procesal: en relación con el principio de autonomía procesal de los Estados miembros, la STJUE de 17 de mayo de 2022 contiene unos pronunciamientos importantes en relación con el ámbito de la cosa juzgada del auto que acuerda el despacho de la ejecución y del que, en su caso, resuelva la oposición a la ejecución formulada por considerar que existen cláusulas abusivas en las que se fundamenta la ejecución o la cuantía exigida. Parece que las pautas que da la STJUE de 17 de mayo de 2022 a propósito de los requisitos que debería reunir el auto que acuerda el despacho de la ejecución para tener el efecto de cosa juzgada respecto del carácter abusivo de las cláusulas se habrían trasladado a la LEC a través del Real Decreto Ley 6/2023 en los términos apuntados en páginas anteriores con el fin de procurar que los jueces nacionales se ajusten siempre a estas previsiones y preservar el procedimiento de ejecución hipotecaria como un procedimiento sumario, evitando continuas interrupciones del mismo para tramitar incidentes de oposición a la ejecución cada vez que el consumidor alegue la existencia de una cláusula abusiva. También podría haber sido conveniente que, en su caso, la LEC regulara el cauce para alegar cláusulas abusivas transcurrido el plazo para formular oposición en aquellos casos en que no pueda considerarse que hay cosa juzgada, e, incluso, que se precisara legalmente momento en el que ya no podría alegarse la existencia de estas cláusulas por considerar que el procedimiento ya ha concluido y se ha transmitido el bien, disipando de este modo cual-

³⁶ El tema ha sido ampliamente tratado en la doctrina y la jurisprudencia menor. Un análisis bastante completo y reciente sobre el estado de la cuestión y las diferentes posturas sobre el momento en que se transmite el bien es el realizado por GÓMEZ LINACERO y CAMPO CANDELAS, *RCDI*, 2021, pp. 3443-3495.

quier duda acerca del momento procesal concreto que marca el límite final al respecto. No obstante, lo cierto es que en la última reforma de la LEC no se ha incluido ninguna referencia a estas cuestiones.

VI. PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD Y PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROCESAL DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Al margen de las consideraciones anteriores, y desde una perspectiva más general o abstracta, esta jurisprudencia que venimos analizando pone en evidencia cómo las normas procesales nacionales quedan subordinadas o condicionadas por el principio de efectividad del derecho de la UE. Creo que es interesante profundizar sobre esta idea y las conexiones que puede encontrar con el derecho a la tutela judicial efectiva, quizá en una dimensión incluso distinta o matizada respecto del modo en que se viene resolviendo por parte del Tribunal Constitucional y a la luz de la jurisprudencia más reciente del TJUE.

El principio de autonomía procesal de los Estados miembros es uno de los principios por los que se rige el derecho de la Unión y, conforme al mismo, se deja al derecho nacional de cada Estado la regulación en el ámbito procesal, pero esta autonomía se subordina a la necesidad de procurar el pleno efecto o la efectividad de los derechos reconocidos en el ordenamiento de la UE, como consecuencia del principio de primacía. Así, el TJUE determina, a la vista de las cuestiones prejudiciales que se le planteen, si las normas procesales nacionales hacen imposible o extremadamente difícil la efectividad de estos derechos³⁷.

La jurisprudencia del TJUE dictada en relación con la problemática que venimos analizando parte de la situación de inferioridad del consumidor frente al profesional en el ámbito de la Directiva, y el principio de no vinculación del artículo 6.1 de la Directiva, con el que se trata de reemplazar el equilibrio formal del contrato por un equilibrio real. Podemos entender, en la línea que señala Tapia Hermida³⁸, que este planteamiento juega en el

³⁷ Este último extremo, es decir, si resulta «extremadamente difícil», resulta o puede resultar incierto, como indica *CARMONA CONTRERAS, TyRC*, 2017, p. 313, lo que genera el planteamiento de numerosas cuestiones prejudiciales por parte de los jueces nacionales para dilucidar si las normas procesales internas cumplen con el principio de efectividad.

³⁸ *TAPIA HERMIDA, LLUE*, 2022, p. 3.

ámbito del derecho sustantivo, y a ello se suma, por otro lado, una protección en el plano procesal a través del principio de efectividad, que en el caso de la Directiva 93/13/CEE se reconoce en el artículo 7.1.

El problema de fondo que se plantea en este ámbito es la colisión entre las normas procesales nacionales, que se enmarcan en el ámbito de la autonomía procesal de los Estados miembros, y los principios de equivalencia y efectividad del derecho de la UE, particularmente el principio de efectividad, en la medida en que el control judicial de las cláusulas abusivas debe ser efectivo, es decir, debe procurarse la tutela judicial efectiva de consumidor respecto a los derechos reconocidos en la Directiva. La tensión se produce en la medida en que las normas procesales nacionales sobre preclusión y cosa juzgada constituyen un obstáculo para que la protección que la Directiva 93/13/CEE dispensa al consumidor, que tiene consideración de orden público, despliegue todos sus efectos. Como indica Tapia Hermida³⁹ a propósito de la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, y otras dictadas en la misma fecha, en ellas el Tribunal de Justicia se plantea el alcance material de la tutela judicial efectiva de los consumidores frente a la cosa juzgada.

Y, de este modo, el TJUE, aunque reconoce la importancia de la cosa juzgada tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión como en los ordenamientos nacionales porque permite garantizar la estabilidad del derecho y las relaciones jurídicas, así como la recta administración de justicia, lo que impide impugnar resoluciones judiciales firmes (STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, párrafo 41), sitúa su límite en los principios de equivalencia y efectividad. Esto ya se reconocía en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus. Pero la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, va algo más allá en sus consideraciones de índole procesal. En relación con el principio de efectividad, reconoce una obligación de los Estados miembros en relación con la tutela judicial efectiva, que se contiene en el artículo 7.1 de la Directiva, pero que se consagra también en el artículo 47 CDFUE y «que es aplicable, entre otros aspectos, a la definición de la regulación procesal relativa a las acciones judiciales basadas en tales derechos» (párrafo 45)⁴⁰. Aunque en la sentencia de 2017 se alude

³⁹ *LLUE*, 2022, p. 10.

⁴⁰ Esta conexión del principio de efectividad de la protección al consumidor dispensada por la Directiva 93/13/CEE y el derecho a la tutela judicial efectiva con alusión expresa al artículo 47 CDFU comenzó a realizarse en sentencias anteriores, como la STJUE de 10 de junio de 2021, C-776/19 a 782/19, BNP Paris Bas Personal Finance S.A., o la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/16, Sziber, pero se referían a la regulación procesal

al principio de tutela judicial efectiva de los consumidores (párrafo 48), se menciona como un «principio», mientras que la sentencia de 2022 realiza una mención expresa al artículo 47 CDFUE, es decir, la tutela judicial efectiva como derecho fundamental de la UE. Hay una diferencia de matiz, pero, sin duda, una diferencia sobre la que se puede reflexionar. En la medida en que se reconoce en la última sentencia explícitamente esta conexión entre el principio de efectividad y el artículo 47 CDFUE, parece que se está transitando de un principio del derecho de la UE a un derecho fundamental reconocido en la Carta, y el TJUE lo ha querido poner de relieve no solo en esta sentencia, sino también en alguna otra que se ha dictado en los últimos años en relación con la autonomía procesal y la efectividad de la Directiva 93/13/CEE⁴¹. Ahora nos comenzamos a mover, como indica el TJUE, en el ámbito concreto del artículo 47 CDFUE. Las normas procesales nacionales ceden en este caso frente a un derecho fundamental del ordenamiento de la Unión. El artículo 47 CDFUE se aplica a toda persona que quiera hacer valer un derecho que el confiere el ordenamiento de la UE ante el TJUE o ante los jueces nacionales, es decir, es un derecho fundamental que obliga también a los órganos judiciales de los Estados miembros, encargados de aplicar el derecho europeo⁴². De manera que, cuando el juez nacional deba aplicar la Directiva 93/13/CEE, y en concreto el principio de no vinculación, que es de orden público según indica el TJUE, debe hacerse en términos que se garantice la efectividad de estas normas europeas, lo que, como vemos en el tema que nos ocupa, puede colisionar con normas procesales nacionales.

La duda es qué implicaciones puede tener esta referencia al artículo 47 CDFUE sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, el derecho fundamental en clave de derecho nacional y, por ende, qué papel le correspondería desarrollar al Tribunal Constitucional, si es que debe jugar alguno. El Tribunal Constitucional no se ha referido explícitamente a esta cuestión, ni menos aún ha asumido formalmente la función de garantizar el respeto del

relativa a las acciones basadas en los derechos reconocidos en la directiva y la determinación de los órganos judiciales competentes para conocer de las mismas.

Y los términos en que se pronuncia la STJUE de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja Banco*, C-600/19 se producen simultáneamente al dictado de otras tres sentencias que vienen a insistir en el alcance del principio de efectividad en el ámbito de la Directiva 93/13/CEE: las sentencias que dan respuesta a las cuestiones prejudiciales C-689/19, las cuestiones planteadas en los asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19 y la cuestión prejudicial C-725/19.

⁴¹ La STJUE de 10 de junio de 2021, C-776/19 a 782/19, *BNP Paris Bas Personal Finance S.A.*, o la STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/16, *Sziber*, que se acaban de citar.

⁴² En este sentido, LÓPEZ ESCUDERO, 2008, p. 743.

artículo 47 CDFUE en el ámbito nacional⁴³. No obstante, en relación con el control judicial de cláusulas abusivas en los procedimientos de ejecución hipotecaria, ha entendido como parte del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de deber de motivación en relación con la selección razonable de la norma aplicable al proceso, el derecho del consumidor a que el órgano judicial aplique la jurisprudencia del TJUE establecida en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, y a la que más recientemente se ha referido en la sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco. De este modo, el juez debe realizar un control del carácter abusivo de las cláusulas incluso después de que haya precluido el plazo para formular oposición, por haberse establecido así en la jurisprudencia del TJUE, y, si no lo hace, estará vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, el Tribunal Constitucional revisa en el caso concreto si el órgano judicial ha aplicado la jurisprudencia del TJUE y, si no lo ha hecho –o, a su juicio, no lo ha hecho correctamente, por ejemplo, por entender que el control es posible en todo caso hasta el lanzamiento, aunque se haya realizado el bien–, concede el amparo por vulneración del artículo 24.1 CE.

De este modo, el Tribunal Constitucional asume la función de velar por la aplicación del derecho de la Unión en los procedimientos de ejecución hipotecaria que se desarrollen dentro del Estado miembro. Y con la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, expresamente se indica que este derecho del consumidor es un derecho fundamental reconocido en el artículo 47 de la Carta: el derecho a que el consumidor pueda ejercitar las acciones judiciales basadas en los derechos reconocidos en la Directiva 93/13/CEE, sin que se le pueda oponer la preclusión o la cosa juzgada dentro de los límites marcados por el TJUE en su sentencia. Podemos entender que el Tribunal Constitucional está garantizando entonces, al otorgar el amparo, el respeto al art 47 de la Carta a través del artículo 24.1 CE, aunque no lo indique expresamente. Esto no significa necesariamente, en mi opinión, que se invoque o se pueda invocar ante el Tribunal Constitucional el artículo 47 CDFUE, pero podría plantearse si, existiendo una jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 47 de la Carta, cuando el consumidor

⁴³ Sin embargo, en Alemania, el Tribunal Constitucional modificó su jurisprudencia anterior a través de los autos *Recht auf Vergessen I y II*, determinado que, cuando la acción de los Estados miembros esté totalmente determinada por el derecho de la Unión, la Carta actuará como canon de constitucionalidad. Por el contrario, cuando la acción de los Estados miembros no esté totalmente determinada por el derecho de la Unión, el Tribunal Constitucional alemán aplicará los derechos fundamentales tal y como vienen reconocidos en la Ley Fundamental, que ofrece, en principio, una protección equivalente o superior a la Carta. Cfr. LENAERTS, 2022, pp. 11 y 12.

considere que órgano judicial no aplica esta jurisprudencia o no lo hace correctamente, vulnerando con ello su derecho a la tutela judicial efectiva con relación al ejercicio de acciones judiciales basadas en los derechos que reconoce la Directiva, este consumidor puede acudir ante el Tribunal Constitucional invocando la vulneración del artículo 24.1 CE y obtener el amparo. Indirectamente, por la vía del artículo 24.1 CE, el Tribunal Constitucional se convertiría de este modo en la práctica en guardián dentro del Estado del respeto a la jurisprudencia del TJUE sobre el artículo 47 CDFUE. Quizá indirectamente ya lo venía haciendo desde la STC 31/2019, y tal vez por ello, al analizar la jurisprudencia constitucional en esta materia, ha afirmado Carmona Contreras⁴⁴ que la jurisprudencia del TJUE en relación con el principio de efectividad en la protección al consumidor que dispensa la Directiva 93/13/CEE va más allá de la legalidad ordinaria y adquiere «dimensión constitucional» por quedar conectada con el derecho a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de considerar que se produce «una elevación del estándar europeo de protección de tal derecho fundamental a favor de los deudores hipotecarios en el curso de procedimientos judiciales que tiene como objeto la protección de la vivienda».

De manera que podríamos concluir que, *de facto*, a través de la jurisprudencia constitucional desarrollada en este ámbito, el Tribunal Constitucional ha venido a garantizar el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva del consumidor en relación con el derecho de la Unión tal y como lo interpreta el TJUE como derecho fundamental de la Carta en relación con la efectividad de los derechos reconocidos en la Directiva 93/13/CEE. Y en este contexto, podría plantearse, incluso, la posibilidad de que, si el Tribunal Constitucional tuviera dudas sobre la interpretación de la jurisprudencia del TJUE en relación con la efectividad de la Directiva en un caso concreto en el que se haya formulado recurso de amparo, podría plantear una cuestión prejudicial. En la medida en que la cuestión ya no podría considerarse de mera legalidad ordinaria, pues el propio TJUE en su sentencia de 17 de mayo de 2022 atribuye la consideración de derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE, que indirectamente se tutelaría a través del recurso de amparo, nos podríamos estar moviendo en un terreno propio del marco constitucional y en el que, tal vez, no habría que descartar este entendimiento de las cosas.

⁴⁴ TyRC, 2017, pp. 321 y 322.

VII. LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24 CE EN RELACIÓN CON LA FALTA DE PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE POR PARTE DEL JUEZ NACIONAL

En la jurisprudencia constitucional, como se ha anunciado en páginas anteriores, las relaciones entre el artículo 24 CE y el derecho de la UE no se limitan al derecho a la tutela judicial efectiva. Como hemos visto, este es el ámbito en el que el Tribunal Constitucional ha venido concediendo el amparo cuando en los procedimientos de ejecución hipotecaria el órgano judicial se ha negado al control de abusividad de las cláusulas alegando preclusión y cosa juzgada a pesar de la jurisprudencia del TJUE sobre la cuestión.

Sin embargo, en relación con la aplicación del derecho de la UE por parte de los órganos judiciales existe también una jurisprudencia constitucional relativa a los casos en que el órgano judicial ha decidido no plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, que conecta con el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 CE. Aunque no se ha realizado ningún pronunciamiento del Tribunal Constitucional en este terreno a propósito de los casos en que pueda ser de aplicación la Directiva 93/13/CEE en las ejecuciones hipotecarias, creo que puede ser interesante explorar también esta jurisprudencia, particularmente porque el modo en que se ha desarrollado puede, tal vez, contribuir a explicar cómo y por qué la jurisprudencia constitucional sobre el control judicial de cláusulas abusivas se ha incardinado en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva, pese al efecto expansivo del derecho de la Unión sobre el ámbito constitucional que indirectamente está comportando. Además, no es extraño que, en sede judicial, ante la negativa del órgano judicial a realizar el control de cláusulas abusivas, el consumidor haya solicitado al juez el planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJUE, obteniendo en muchos casos respuesta negativa o el silencio del órgano judicial.

Para abordar adecuadamente este tema, resulta procedente realizar unas consideraciones acerca de la cuestión prejudicial, exponiendo a continuación la postura que el Tribunal Constitucional viene manteniendo en relación con el artículo 24 CE y el planteamiento de cuestiones prejudiciales, seguido de la valoración doctrinal que se ha dado a la misma dentro del territorio nacional. Posteriormente, realizaré un breve apunte sobre el enfoque de este problema por parte del TEDH para, finalmente, realizar unas reflexiones sobre esta doctrina y el control judicial de cláusulas

abusivas en procedimientos de ejecución hipotecaria en relación con la jurisprudencia del TJUE.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS ACERCA DEL PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE

La cuestión prejudicial tiene un doble objeto: la interpretación de los tratados y del derecho derivado, y el examen de la validez de los actos de las instituciones. Es la primera, la cuestión prejudicial de interpretación, la que ahora interesa. A través de la misma, cualquier órgano jurisdiccional nacional puede dirigirse al TJUE para que disipe las dudas interpretativas en relación con el derecho de la Unión, y de este modo se procura evitar o limitar las interpretaciones diferenciadas de las mismas entre los Estados miembros. El TJUE se limita a determinar cuál es la interpretación de la norma europea, correspondiendo al juez nacional su aplicación⁴⁵.

La cuestión prejudicial se prevé en el artículo 267 TFUE. Conforme establece el precepto, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede pedir al TJUE que se pronuncie sobre la interpretación de una norma del derecho de la Unión cuando considere necesaria una decisión al respecto para emitir el fallo. Es decir, en principio, el planteamiento de la cuestión prejudicial queda a criterio del órgano judicial nacional. No obstante, añade el artículo 267 TFUE: «Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal». Es decir, la facultad de plantear cuestión prejudicial se torna en obligación cuando la decisión que se vaya a dictar en el procedimiento no sea susceptible de recurso en derecho interno.

El TJUE se ha encargado, no obstante, de interpretar este precepto –es decir, en qué medida existe tal obligación de plantear cuestión prejudicial– a través de la STJUE de 6 de octubre de 1982, C-283/81, Cilfit, que interpreta el artículo 177 del Tratado constitutivo de la CEE, actual artículo 267 TFUE.

De acuerdo con esta jurisprudencia, no basta con que una de las partes litigantes plantee una cuestión de interpretación del derecho europeo para que el órgano jurisdiccional esté obligado a plantear la cuestión prejudicial. No está obligado a hacerlo si la

⁴⁵ MANGAS MARTÍN y LIÑÁN NOGUERA, 2020, p. 496.

cuestión no es pertinente, en el sentido de que no pueda tener incidencia en la solución del litigio. Pero, si para la solución del litigio es necesario acudir al derecho de la UE, el artículo 177 (ahora, art. 267 TFUE) le impone la obligación de plantear la cuestión prejudicial. El TJUE matiza que no existirá tal obligación si la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo (así lo había reconocido ya en la sentencia *Da Costa en Schaake NV y otros*, de 27 de marzo de 1963). Y lo mismo habría que concluir si el TJUE ya hubiera resuelto la cuestión de derecho de que se trata, aun cuando las cuestiones debatidas no sean idénticas. En estos casos, el órgano jurisdiccional nacional tiene «plena libertad» para someter la cuestión al TJUE si lo considera oportuno. Tampoco hay tal obligación cuando de manera evidente no haya lugar a duda razonable alguna sobre la solución de la cuestión suscitada, pero el órgano jurisdiccional nacional debe llegar a la convicción de que la misma evidencia se impondría a los órganos jurisdiccionales nacionales de los otros Estados miembros y al Tribunal de Justicia. Y en relación con esta última cuestión, deben tenerse en cuenta las diversas versiones lingüísticas al comparar las interpretaciones de una disposición de derecho europeo⁴⁶.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que los órganos judiciales nacionales no tienen, como regla general, obligación de plantear cuestión prejudicial cuando deban aplicar una norma de derecho de la Unión a un litigio. Tal obligación solo existe cuando la resolución que dicten no sea susceptible de recurso en derecho interno y concurran los requisitos indicados en la sentencia *Cilfit*: 1) que la cuestión sea pertinente, en el sentido de que para la solución del litigio deba aplicarse la norma europea; 2) que no exista ya una interpretación del TJUE sobre esa cuestión; 3) que haya duda razonable sobre la correcta aplicación del derecho de la UE⁴⁷.

⁴⁶ La sentencia *Cilfit* (párrafo 21) sintetiza del siguiente modo los criterios para determinar la obligación de plantear la cuestión prejudicial, en términos seguidos por toda la jurisprudencia posterior del TJUE: «un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho comunitario, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia, a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente, o que la disposición comunitaria de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia, o que la correcta aplicación del derecho comunitario se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna; la existencia de tal supuesto debe ser apreciada en función de las características propias del Derecho comunitario, de las dificultades particulares que presenta su interpretación y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en el interior de la Comunidad».

⁴⁷ En este sentido, por ejemplo, la STS 776/2021, de 10 de noviembre, declaró que resulta improcedente plantear nueva cuestión prejudicial sobre hipoteca multdivisa porque

2. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL Y EL ARTÍCULO 24 CE

Aunque el tratamiento de la cuestión relativa a la decisión de no plantear cuestión prejudicial no ha sido absolutamente uniforme en la jurisprudencia constitucional⁴⁸, la interpretación que parece encontrar un mayor respaldo es la que se mantiene en los pronunciamientos más recientes, que encontramos particularmente en la STC 37/2019, de 26 de marzo, muy próxima en el tiempo a la STC 31/2019, de 28 de febrero, y que se reitera en la STC 67/2019, de 20 de mayo. En la STC 37/2019, FJ 4, el Tribunal Constitucional hace una recopilación de (algunos) pronunciamientos anteriores (SSTC 58/2004, de 19 de abril; 194/2006, de 19 de junio y 232/2015, de 5 de noviembre) y sintetiza su doctrina jurisprudencial del siguiente modo:

«a) Resulta contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), dejar de aplicar una norma interna (tenga esta rango de ley o no) sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando exista una “duda objetiva, clara y terminante” sobre esa supuesta contradicción [SSTC 58/2004, FFJJ 9 a 14; 232/2015, FJ 5 a)]. Tal duda objetiva puede derivar (i) del hecho de existir un criterio generalizado de los tribunales españoles acerca de la compatibilidad entre ambas normas, que el órgano judicial no desvirtúa mediante una motivación específica en la resolución impugnada en amparo; (ii) porque pese a haberse dictado una o más resoluciones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea referentes a dicha norma nacional, ninguna se ha pronunciado directamente sobre las cuestiones que ahora se suscitan; (iii) o bien por la conjunción de ambas circunstancias (STC 58/2004, FFJJ 13-14); b) Resulta igualmente contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), por alteración del sistema de fuentes: inaplicar una norma interna sin plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando se fundamente dicha decisión en la doctrina del “acto aclarado”, en los casos en que tal doctrina no puede ser invocada; es decir, cuando no sea posible afirmar que “la cuestión planteada es materialmente idéntica a una que ya fue objeto anteriormente de una decisión con carácter prejudicial en un asunto análogo” (STJUE de 6 de octubre de 1982, asunto 283/81, Cilfit, apartado 13) como, por ejemplo, se

las posibles dudas que se puedan plantear ya han sido resueltas explícita o implícitamente en pronunciamientos anteriores.

⁴⁸ Hace un repaso de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional LORA, *AJUM*, 2019, pp. 83 y 84.

examinó en la ya citada STC 194/2006; c) En sentido contrario a lo anterior, “dejar de plantear la cuestión prejudicial y aplicar una ley nacional supuestamente contraria al Derecho de la Unión no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva si esa decisión es fruto de una exégesis racional de la legalidad ordinaria, pues solo estos parámetros tan elevados forman parte de los derechos consagrados en el artículo 24 CE” [STC 232/2015, FJ 5 b), con cita de las anteriores SSTC 27/2013, de 11 de febrero, FJ 7; 212/2014, de 18 de diciembre, FJ 3, y 99/2015, de 25 de mayo, FJ 3]; d) Asimismo, cumpliéndose con los requisitos de la doctrina del “acto aclarado”, también hemos dicho que “corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando 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” [STC 232/2015, FJ 5 c), con cita de la anterior STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6; en igual sentido, SSTC 148/2016, de 19 de septiembre, FJ 5 b); 162/2016, de 3 de octubre, FJ 2, y 75/2017, de 19 de junio, FJ 2].»

En definitiva, el Tribunal Constitucional parece considerar como planteamiento general que solo se vulnera el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE cuando el órgano judicial deja de aplicar la norma de derecho nacional en uno de estos dos supuestos: el primero, por considerar que la norma nacional se opone al derecho de la UE, pero ha llegado a tal apreciación sin haber planteado cuestión prejudicial, pese a existir una duda objetiva, clara y terminante sobre la posible contradicción; y, el segundo, porque para inaplicar la norma nacional se ha basado en la doctrina del acto aclarado, pese a que la cuestión planteada no sea materialmente idéntica a la que fue objeto de decisión mediante cuestión prejudicial.

Si, al contrario, no plantea cuestión prejudicial y aplica la norma nacional supuestamente contraria al derecho de la Unión, no se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando haya realizado una interpretación racional de la legalidad ordinaria.

La protección del principio de primacía del derecho de la UE por parte del Tribunal Constitucional solo se lleva a cabo, según esta jurisprudencia, cuando exista una interpretación auténtica por parte del TJUE y el órgano judicial no la aplica, incurriendo en vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por selección no razonable de la norma aplicable al proceso.

No obstante, este entendimiento de las cosas no es el que siempre ha mantenido el Tribunal Constitucional⁴⁹. En un primer momento, consideró que la decisión del juez ordinario de no plantear cuestión prejudicial cuando no apreciara dudas sobre la aplicación del derecho de la Unión al caso concreto era una cuestión de legalidad ordinaria⁵⁰. Este planteamiento se ha superado, al entender en algunas sentencias –las más recientes serían las SSTC 37/2019 y 67/2019– que se vulnera el artículo 24 CE si no se plantea cuestión prejudicial.

A propósito de este enfoque, indicaba Arroyo Jiménez⁵¹ con anterioridad a la STC 37/2019 que la vulneración del artículo 24.2 CE cuando el juez inaplica ciertas normas por su propia autoridad sin plantear una cuestión o reenvío prejudicial se ha perfilado en la jurisprudencia constitucional a propósito de los casos en que el juez inaplica leyes contrarias a la Constitución, y parece considerar este autor que este mismo entendimiento es trasladable a los casos en que se inaplica la norma interna sin plantear cuestión prejudicial. Y, en concreto, se vulnera el artículo 24.2 CE cuando el órgano judicial que inaplica la ley interna no plantea la cuestión prejudicial debiendo hacerlo, es decir, cuando concurren los presupuestos fijados por el propio derecho europeo, cuya concurrencia corresponde apreciar a los jueces y tribunales ordinarios, tal y como estableció la STC 78/2010, de 20 de octubre. Se vulneraría entonces el derecho a un proceso con todas las garantías del artículo 24.2 CE, pero también el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) en su vertiente relativa al derecho a obtener una resolución fundada en derecho. Y sostiene Arroyo Jiménez que, de acuerdo con esta doctrina constitucional, la cuestión prejudicial solo opera como una garantía procesal en el sentido del artículo 24.2 CE frente a la inaplicación judicial de la ley, mientras que, en el caso de que sea obligado plantear cuestión prejudicial y no se hace, pero no se inaplica la ley (la norma interna), entonces, la cuestión debe enjuiciarse desde la perspectiva a obtener una resolución motivada (art. 24.1 CE), donde el canon constitucional se delimita por la arbitrariedad, irrazonabilidad manifiesta o error patente de carácter fáctico. Y ello porque «el Tribunal Constitucional no puede convertirse en el guardián de la correcta aplicación por los órganos judiciales españoles del régimen de la cuestión prejudicial definido por el Derecho de la Unión, sino que su papel en tal sentido ha de limitarse a depurar aquellos casos en los que el

⁴⁹ Así lo indica, por ejemplo, MARTÍN VALERO, *DLL*, 2019, p. 9.

⁵⁰ SSTC 111/1993, 180/1993.

⁵¹ *REDC*, 2014, pp. 307-312.

órgano judicial, además de interpretar y aplicar incorrectamente la legislación europea, vulnera al hacerlo algún derecho fundamental sustantivo o alguna de las normas adscritas al artículo 24 CE por el Tribunal Constitucional»⁵². Y discrepa expresamente del voto particular de la STC 27/2013, de 11 de febrero, en el que la magistrada Adela Asúa Batarrita defendía que el canon de enjuiciamiento del artículo 24.2 CE ha de aplicarse a la decisión de no promover una cuestión prejudicial aun cuando la resolución judicial no inaplique una ley interna. Entiende Arroyo Jiménez que no sería conveniente adoptar este criterio porque implicaría asignar al Tribunal Constitucional «una función de supervisión general de la aplicación del régimen de la cuestión prejudicial por parte de los jueces y tribunales que (...) le es en principio ajena»⁵³.

Aunque la postura predominante hoy es esta última, la STC 78/2010, de 20 de octubre, dictada por el Pleno del tribunal, parece que se desmarcó en alguna medida de aquel criterio estableciendo una diferenciación entre el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad y cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Mientras que en las primeras es imprescindible su planteamiento para dejar sin aplicar una norma legal posterior a la Constitución, en el caso de la cuestión prejudicial, no hay obligación de plantearla, incluso cuando se trate de una decisión que no sea susceptible de recurso, cuando la cuestión suscitada fuera materialmente idéntica a otra que ya ha sido objeto de cuestión prejudicial en un caso análogo, o cuando la correcta aplicación del Derecho comunitario puede imponerse con tal evidencia que no deje lugar a ninguna duda razonable sobre la solución de la cuestión, remitiéndose aquí a la doctrina *Cilfit*⁵⁴. Y expresamente concluye que «para dejar de aplicar una norma legal vigente por su contradicción con el Derecho comunitario el planteamiento de la cuestión prejudicial sólo resulta preciso, con la perspectiva del artículo 24 CE, en caso de que concurran los presupuestos fijados al efecto por el propio Derecho comunitario, cuya concurrencia corresponde apreciar a los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria». Este criterio se defendió en el voto particular que formuló el magistrado D. Andrés Ollero Tassara a la STC 37/2019.

⁵² Cit., pp. 311 y 312.

⁵³ Cit., p. 312.

⁵⁴ Indica RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 231, que la STC 78/2010 destacó los elementos distintivos entre un procedimiento y otro (cuestión de inconstitucionalidad y cuestión prejudicial) para señalar que su régimen jurídico es distinto y también lo es, por tanto, el modo de operar del juez en uno y otro caso. Discrepa, en este punto, de la lectura que sobre este extremo realiza el voto particular de la STC 37/2019, pues no creo que se haya abandonado esta distinción; «simplemente, este no hubo de enfrentarse a un supuesto de inaplicación de la ley interna por contradicción con el DUE durante los años 2010 a 2019», indica.

La cuestión, en definitiva, aunque no exenta de cierta polémica, parece ser que la jurisprudencia constitucional sobre esta materia se ha constituido a partir de un paralelismo entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial ante el TJUE, a pesar de que su mecánica es muy distinta y, quizá por ello, los resultados a los que conduce este paralelismo no son unánimemente aceptados en la doctrina, como veremos a continuación.

3. VALORACIONES DOCTRINALES DE ESTA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

La STC 37/2019 generó no pocas reacciones en la doctrina, prácticamente todas ellas en la misma línea, de las que se pueden destacar como principales ideas las que se indican a continuación.

1.º Las normas internas y las normas europeas quedan situadas en distinto plano a efectos del control que pueda realizar el Tribunal Constitucional sobre la procedencia de su inaplicación. La doctrina constitucional que a día de hoy parece imperar en relación con el artículo 24 CE y el planteamiento de cuestión prejudicial entiende vulnerado el derecho a un proceso con todas las garantías, únicamente, si se inaplica la ley nacional por el juez ordinario de última instancia sin que lo respalde una interpretación auténtica del TJUE, mientras que el control de la inaplicación del derecho de la UE se reconduce al canon constitucional del deber de motivación. Tal planteamiento dispar en función de la norma que se inaplique denota un control más intenso del Tribunal Constitucional cuando la norma que se deja de aplicar es la norma nacional; este tipo de control no rige cuando el juez nacional decida inaplicar la norma europea. No se entiende para muchos autores por qué el compromiso del Tribunal Constitucional es más intenso con relación a la aplicación de la norma nacional que respecto de la norma europea cuando ambas forman parte del sistema de fuentes y, además, respecto de la norma europea rige el principio de primacía⁵⁵. ¿No debería mostrarse equidistante respecto de ambas normas? A fin de cuentas, tanto la interpretación de la ley nacional como la interpretación de la norma comunitaria caen fuera del ámbito de su jurisdicción.

Este planteamiento del Tribunal Constitucional llama aún más la atención si tenemos en cuenta que en el derecho de la UE rige el

⁵⁵ En sentido parecido, LORA, *AJUM*, 2019, pp. 85 y 86; HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, pp. 2-4; RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 237; SARMIENTO, *AD*, 2019.

El voto particular de la STC 37/2019 concluye en este sentido que la sentencia favorece la aplicación de la ley nacional en detrimento del derecho de la Unión, con el resultado de una doctrina lógicamente inconsistente.

principio de primacía, que no comporta una relación de jerarquía –la cual, sin embargo, sí se deriva cuando se pretende inaplicar la ley nacional por entenderse contraria a la Constitución, y conlleva que la norma legal se anule, lo que exige plantear cuestión de inconstitucionalidad–. Conforme al principio de primacía, la norma nacional, que sigue siendo válida, queda desplazada en el caso concreto porque se opone a la norma europea. Esta diferente mecánica entre la norma legal inconstitucional, que ha de considerarse nula y se expulsa del ordenamiento, y la norma legal que se opone al derecho europeo, que no se anula, sino que simplemente queda desplazada por la norma de derecho europeo en el caso concreto por efecto del principio de primacía, parece ser el origen de las disfunciones de esta jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional, al intensificar el control cuando se inaplica la norma nacional sin plantear cuestión prejudicial, sitúa a esta en una posición de cierta preeminencia *de facto* cuando, quizá, debiera mostrar la misma intensidad de control frente a las normas europeas y nacionales, teniendo en cuenta que todas ellas forman parte del ordenamiento jurídico en sentido amplio. Por ello quizá sea dudoso establecer un paralelismo entre la cuestión de inconstitucionalidad y la cuestión prejudicial. En la cuestión prejudicial, el juez elige la norma aplicable al caso, pudiendo ocurrir que aplique la norma nacional o que no la aplique por quedar desplazada en ese ámbito concreto por la norma europea, pero en ningún caso la no aplicación de la norma nacional significa que sea nula por ser contraria a una norma jerárquicamente superior.

Esta decisión sobre la norma aplicable le corresponde al juez nacional interpretando las normas –la norma nacional y la norma europea– y, si tiene duda, puede plantear cuestión prejudicial ante el TJUE por ser este el intérprete del derecho de la Unión, siendo obligatorio su planteamiento en determinados casos que marca el derecho europeo. Y si incumple esta obligación, debiera considerarse que la intensidad del incumplimiento sería igual tanto si el resultado a que ha llegado es la aplicación de la norma nacional como de la norma europea. Sin embargo, el control del Tribunal Constitucional a efectos del artículo 24.2 CE solo se proyecta sobre la inaplicación de la norma nacional, mientras que en caso contrario se reconduce al artículo 24.1 CE.

2.º Con este planteamiento, el Tribunal Constitucional cae en la interpretación de la legalidad ordinaria, porque para apreciar si debió plantearse cuestión prejudicial antes de inaplicar la ley nacional, debe comprobar una serie de extremos que son de legalidad ordinaria: si existía una duda objetiva, clara y terminante sobre la

posible contradicción entre la jurisprudencia del TJUE y la norma nacional, o si se ha aplicado la doctrina del acto aclarado en una cuestión que no era materialmente idéntica a la que motivó la cuestión prejudicial. En este sentido, se han apuntado⁵⁶ también los problemas que se derivan del enfoque que realiza el Tribunal Constitucional, que le lleva a interpretar preceptos de la legalidad ordinaria y decidiendo si la «temática» de las sentencias del TJUE que se invocan como constitutivas del «acto aclarado» es diferente a la que atañe al caso decidido en el litigio. Esta interpretación de la legalidad ordinaria, función que no le corresponde⁵⁷, sería consecuencia, según se señala⁵⁸, de su equivocada doctrina, al atribuirse el Tribunal Constitucional el papel de determinar él cuándo la cuestión litigiosa es o no materialmente idéntica a la resuelta por el TJUE en pronunciamientos anteriores para apreciar si se ha infringido el artículo 24.2 CE cuando el órgano judicial inaplica la norma nacional sin plantear cuestión prejudicial.

En relación con esta cuestión, también se ha apuntado que, ante la decisión del juez de inaplicar el derecho nacional sin plantear cuestión prejudicial ante el TJUE, el Tribunal Constitucional debería limitarse a comprobar si el órgano judicial ha motivado en su resolución la incompatibilidad de la norma nacional con el derecho de la UE sin que le queden dudas al respecto. El juez nacional podría errar en su razonamiento, pero en tanto su decisión fuera motivada y no resultase arbitraria ni manifiestamente irrazonable, no habría que entender vulnerado ningún derecho fundamental, pues el derecho a la tutela judicial efectiva no incluye un pretendido derecho al acierto judicial⁵⁹.

3.º El Tribunal Constitucional realiza su propia configuración sobre el modo de proceder del órgano judicial con relación al planteamiento de la cuestión prejudicial en términos que no casan con la configuración dada desde el derecho europeo.

Se ha apuntado desde la doctrina que el planteamiento del Tribunal Constitucional no se ajusta, en realidad, a la jurisprudencia del TJUE que determina cuándo tiene obligación el juez nacional de plantear cuestión prejudicial y cuándo queda relegado de este deber⁶⁰. En este sentido, se indica que el juez ordinario no tiene

⁵⁶ HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 3.

⁵⁷ Como apuntan también LORA, *AJUM*, 2019, p. 86; IBÁÑEZ GARCÍA, *DLL*, 2019, p. 8, con remisión estos dos autores al voto particular de la STC 37/2019; también RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 241.

⁵⁸ En opinión de HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 3.

⁵⁹ IBÁÑEZ GARCÍA, *DLL*, 2019, p. 6.

⁶⁰ Entre otros, HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 4; RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, pp. 238-241.

obligación de plantear cuestión prejudicial, salvo que su decisión no admita recurso en derecho interno, con la salvedad establecida en la doctrina Cilfit, y, a propósito de esta, la interpretación que realiza el Tribunal Constitucional sobre el acto claro no se ajusta a la jurisprudencia del TJUE. El Tribunal Constitucional entiende que la sentencia que se invoque debe haber resuelto un caso sobre la misma norma europea y en un supuesto totalmente análogo, pero la sentencia Cilfit permite invocar la doctrina del acto aclarado cuando exista una jurisprudencia del TJUE que haya resuelto la cuestión de derecho de que se trate, «cualquiera que sea su naturaleza»⁶¹. Si el órgano judicial concluye que no está obligado a plantear cuestión prejudicial, el control que realice el Tribunal Constitucional no debería ser distinto al que realiza cuando los tribunales ordinarios interpretan y aplican la ley, es decir, el canon constitucional del deber de motivación⁶². El Tribunal Constitucional, sin embargo, realiza una interpretación del «acto aclarado» a efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial que exige una «identidad material» que el propio TJUE ha relajado, y, al entenderlo así, alterando el criterio del TJUE, se ha llegado a decir que se convierte también en intérprete del derecho de la Unión⁶³.

Este diferente enfoque que hace el Tribunal Constitucional trastoca también los principios que articulan la relación del derecho europeo con los derechos nacionales, particularmente el principio de primacía⁶⁴. Corresponde al juez nacional, de conformidad con el principio de primacía, garantizar la plena eficacia del derecho de la Unión, inaplicando, si procede, por su propia iniciativa, cualquier disposición de derecho nacional contraria (STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, Simmenthal). Cuando el Tribunal Constitucional intensifica su control, precisamente en los casos en que el juez aplica la norma europea e inaplica la norma nacional, parece que no permite que el planteamiento del principio de primacía se desarrolle con facilidad.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH SOBRE EL TEMA

Los problemas acerca de la aplicación de las normas europeas y las normas nacionales del Estado miembro no son una cuestión circunscrita al ámbito español. El problema se ha planteado también ante el TEDH invocando el artículo 6.1 del Convenio, lo que lleva

⁶¹ LOZANO, *AGAyP*, 2019, p. 3; RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 239.

⁶² HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, *EDJ*, 2020, p. 5.

⁶³ Lo afirma, por ejemplo, LORA, *AJUM*, 2019, p. 86.

⁶⁴ En este sentido, RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 240.

a que consideremos también este enfoque para ofrecer una visión global de la cuestión.

Esta jurisprudencia se ha venido desarrollando en relación con procedimientos judiciales en los que una de las partes litigantes entendía que procedía realizar una determinada interpretación de una norma europea (generalmente una directiva) y el órgano judicial ha resuelto de un modo distinto sin plantear cuestión prejudicial. De este modo, se ha establecido una reiterada jurisprudencia del TEDH que considera vulnerado el artículo 6.1 del Convenio cuando el órgano judicial de última instancia rechaza el planteamiento de una cuestión prejudicial ante el TJUE, teniendo en cuenta que tal rechazo solo es posible en casos excepcionales⁶⁵.

Así, a lo largo de esta jurisprudencia, el TEDH destaca que corresponde al juez nacional interpretar y aplicar el derecho nacional, si es aplicable de conformidad con el derecho de la UE, y decidir si es necesario plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE. Y esta cuestión se conecta con el artículo 6.1 CEDH porque, en algunos casos, el rechazo a plantear la cuestión prejudicial puede ser arbitrario, vulnerando el derecho a un juicio justo. Considera que es arbitraria la decisión cuando no cabe excepción, cuando la decisión se basa en razones distintas a las previstas en las normas o la negativa no se ha razonado debidamente⁶⁶.

Y añade⁶⁷ que la obligación de plantear una cuestión prejudicial por parte de un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, prevista en el artículo 267 TFUE, no es una obligación absoluta porque de la jurisprudencia *Cilfit* del TJUE se derivan algunas excepciones en las que no existiría tal obligación (cuando la cuestión es irrelevante, cuando la norma europea ya ha sido interpretada por el TJUE o cuando la correcta aplicación del derecho de la UE es tan evidente que no deja lugar a la duda razonable). Y aunque el CEDH no garantiza, como tal, el derecho a que el órgano judicial plantee cuestión prejudicial ante el TJUE, el artículo 6.1 del Convenio sí exige que los tribunales nacionales proporcionen los motivos por los que se decide no plantear cuestión prejudicial, especialmente cuando la ley aplicable solo permite rechazar la petición en casos excepcionales. La función del TEDH en estos casos, según

⁶⁵ En este sentido, la sentencia de 15 de diciembre de 2022, caso de *Rutar y Rutar Marketing D.O.O. contra Eslovenia*; la sentencia de 13 de febrero de 2020, caso *Sanofi Pasteur contra Francia*; la sentencia de 24 de abril de 2018, caso *Baydar contra Países Bajos*; la sentencia de 20 de septiembre de 2011, caso *Ullens de Schooten y Rezabek contra Bélgica*.

⁶⁶ STEDH de 24 de abril de 2018, caso *Baydar contra Países Bajos*, párrafo 39.

⁶⁷ STEDH la sentencia de 13 de febrero de 2020, caso *Sanofi Pasteur contra Francia*, párrafos 67 a 69.

indica el propio tribunal, consiste en asegurarse de que la decisión denegatoria que se impugna se ha acompañado de tal razonamiento, sin que corresponda al tribunal examinar los posibles errores que puedan haber cometido los tribunales nacionales al interpretar o aplicar el derecho. En relación con esto último, destaca la idea de que corresponde a los órganos judiciales nacionales interpretar y aplicar el derecho nacional y, cuando sea necesario, de conformidad con el derecho de la UE, limitándose el papel del TEDH a asegurarse de que los efectos de la resolución sean compatibles con el Convenio. En definitiva, desde la perspectiva del artículo 6.1 del Convenio, el TEDH considera que, en lo relativo al artículo 267 TFUE, los tribunales nacionales cuyas resoluciones no sean susceptibles de recurso que denieguen el planteamiento de una cuestión prejudicial están obligados a proporcionar las razones de su negativa a la luz de las excepciones establecidas en la jurisprudencia del TJUE.

Es decir, desde la perspectiva del artículo 6.1 del Convenio, la decisión del juez nacional con relación al planteamiento de una cuestión prejudicial en función de lo que establece el artículo 267 TFUE y la doctrina *Cilfit* es una cuestión que se examina únicamente desde el parámetro del deber de motivación.

Podríamos plantearnos si sería conveniente trasladar este mismo razonamiento al artículo 24 CE, por cuanto tampoco corresponde al Tribunal Constitucional interpretar las normas de derecho europeo ni, por tanto, determinar si concurren los presupuestos para apreciar que resulta obligatorio plantear una cuestión prejudicial. Pero, aunque no tenga atribuida tal función, se podría vulnerar el artículo 24 CE si la decisión del órgano judicial resulta irrazonable, arbitraria o basada en un error patente.

Cuando el Tribunal Constitucional asume un control más intenso, porque el órgano judicial ha inaplicado la ley nacional sin plantear cuestión prejudicial, está asumiendo él la interpretación de las normas europeas sobre la obligación de plantear cuestión prejudicial para revisar si la decisión del órgano judicial es o no es correcta.

5. REFLEXIONES EN RELACIÓN CON EL CONTROL JUDICIAL DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LAS EJECUCIONES HIPOTECARIAS

En los supuestos que centran la atención de este trabajo, es decir, los casos en que, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, el consumidor solicita que se realice el control de cláusulas abusivas transcurrido el plazo para formular oposición, frente a la posible preclusión y cosa juzgada que establecen las

normas procesales nacionales –y de manera particularmente contundente en la actualidad, tras la reforma de la LEC por el Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre–, suele entender el consumidor que la jurisprudencia del TJUE y el principio de primacía del derecho de la Unión avalarían la consideración de que procede este control, en principio extemporáneo. Y es posible –y no extraño– que en este contexto soliciten al órgano judicial el planteamiento de una cuestión prejudicial, que puede no obtener respuesta o recibir una respuesta negativa. Cabe señalar que nos encontramos en uno de los casos en que la decisión judicial no admite recurso⁶⁸, por lo que, conforme al artículo 267 TUE, el órgano judicial tiene la obligación de plantear la cuestión prejudicial, aunque esta obligación queda matizada a través de lo que se viene llamando doctrina *Cilfit*, de manera que, cuando se cumplan los presupuestos que indica esta doctrina, la obligación de plantear cuestión prejudicial decae.

Si el órgano judicial no plantea la cuestión prejudicial y aplica la norma nacional sobre preclusión y cosa juzgada (cosa relativamente habitual y quizá propiciada indirectamente por la jurisprudencia constitucional anteriormente expuesta sobre el artículo 24.2 CE y la cuestión prejudicial⁶⁹), habría que entender que, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, no cabe un control bajo el parámetro del artículo 24.2 CE porque, según hemos visto, este solo procede cuando se inaplica la ley nacional. De manera que la jurisprudencia constitucional sobre el planteamiento de cuestión prejudicial no permite otorgar el amparo frente a este tipo de comportamiento de algunos órganos judiciales. Si se aplica la norma europea (en este caso, la Directiva 93/13/CEE) y se inaplica la norma nacional sobre preclusión y cosa juzgada, sin haber planteado previamente una cuestión prejudicial, según la jurisprudencia constitucional, se vulneraría el artículo 24.2 CE porque podemos entender que en estos casos sí habría una duda objetiva, clara y terminante, dado que la jurisprudencia establecida en la sentencia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, se dicta a propósito del régimen transitorio de la Ley 1/2013 respecto de previsiones específicas que no son de aplicación en la legislación procesal general, y algunos de los pronunciamientos de esta sentencia han sido matizados o aclarados en la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, Ibercaja Banco, y más recientemente, se

⁶⁸ Sí que se puede recurrir en apelación el auto que resuelve sobre el carácter abusivo de las cláusulas, pero no la resolución judicial que deniega el control.

⁶⁹ RIPOL CARULLA, *RGDE*, 2020, p. 238, con cita de doctrina anterior, indica que el planteamiento del Tribunal Constitucional puede entenderse como un incentivo para la aplicación del derecho interno; para SARMIENTO, *AD*, 2019, p. 5, la doctrina del Tribunal Constitucional tendría un «efecto perverso».

ha llevado a cabo una nueva reforma legal que parece acomodarse a algunos de los pronunciamientos de la última STJUE citada, aunque la rotundidad con que se proclama la preclusión podría, quizá, chocar con el principio de efectividad en algunos casos.

Este resultado es paradójico si tenemos en cuenta que, en la práctica, la jurisprudencia constitucional, por un camino distinto, ha llegado al resultado contrario, es decir, ha considerado que al no aplicarse la STJUE de 26 de enero de 2017 (eso sí, sin exigir el planteamiento de cuestión prejudicial) se ha vulnerado el artículo 24 CE, aunque en su apartado 1. Si el Tribunal Constitucional asumiera una jurisprudencia análoga a la que mantiene el TEDH a propósito de la aplicación del derecho de la UE, se vulneraría el artículo 24 CE cuando el órgano judicial de última instancia no plantea cuestión prejudicial, ni lo motiva a la luz de la jurisprudencia Cilfit, y no habría vulneración del artículo 24 CE si el órgano judicial de última instancia razona por qué no plantea cuestión prejudicial al resolver de un modo distinto a como lo interpreta el consumidor (en este caso, al no aplicar tal y como pretende el consumidor la STJUE de 26 de enero de 2017), teniendo en cuenta los supuestos en que excepcionalmente no existe la obligación de plantear cuestión prejudicial según la jurisprudencia Cilfit.

De acuerdo con la lógica de la jurisprudencia constitucional actual, la cuestión debería reconducirse en estos casos al ámbito del artículo 24.1 CE, donde el control es menos intenso, es un control externo y formal, limitado a comprobar que la resolución judicial esté motivada y que su motivación no sea irracional, arbitraria o basada en un error patente, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el derecho al acierto judicial. Y es, precisamente, en este ámbito, donde se ha situado la jurisprudencia constitucional.

Pero si observamos cómo se ha venido desarrollando en la práctica esta jurisprudencia, quizá en alguna medida se pudiera considerar que su función ha ido algo más allá de este mero control externo del artículo 24.1 CE. Como hemos visto, existen casos en que el Tribunal Constitucional ha apreciado la obligación del control judicial en contra de la preclusión y la cosa juzgada en términos que pudieran ir más lejos de lo que ha llegado a establecer el TJUE en su sentencia de 26 de enero 2017, por ejemplo, cuando concede el amparo frente a la negativa del órgano judicial a realizar el control de abusividad tras el decreto de adjudicación.

En la STC 141/2022, que justifica y sirve de base para este trabajo, se realizó un primer control en el que se examinaron únicamente tres cláusulas, y se declaró abusiva la cláusula de intereses

moratorios, pero no la cláusula de vencimiento anticipado, ni el pacto de liquidez. Esta resolución no fue recurrida y devino firme. Ante el planteamiento de cuestión prejudicial por parte del Tribunal Supremo con relación a la cláusula de vencimiento anticipado, se suspendió la ejecución, reanudándose posteriormente mediante auto de 25 de marzo de 2021. En este auto se indica que ya existe en el procedimiento un pronunciamiento firme que rechazó la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, que goza de la autoridad de cosa juzgada, por lo que no procede realizar ahora el análisis de la referida cláusula, y se apoya para ello en la STJUE de 26 de enero de 2017 cuando afirma que la Directiva 93/13/CEE «no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada». El consumidor recurre este pronunciamiento en reposición porque el juzgado solo ha examinado las cláusulas alegadas, pero no ha realizado el examen de oficio de todas las cláusulas, por lo que no existe cosa juzgada, e invoca expresamente nueve cláusulas que considera abusivas, entre ellas, la de vencimiento anticipado. El recurso se desestima razonando que la recurrente ya había formulado oposición en su momento, y fue resuelta por auto de 10 de febrero de 2016, que devino firme y tiene el efecto de cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional concede el amparo en este caso. Razona que la negativa a revisar las cláusulas, «con quiebra de las exigencias de motivación derivadas del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), y de la propia doctrina anteriormente expuesta, se enfrenta con nuestros pronunciamientos relativos a la obligación de control de oficio por el órgano judicial de la eventual abusividad de las cláusulas, que únicamente se exceptúa en el caso de que el carácter abusivo hubiera sido examinado en un anterior control judicial», idea que desarrolla desde el entendimiento de que el primer control de abusividad quedó circunscrito a tres cláusulas, sin extenderse al resto. Concede el amparo por falta de motivación material y porque la decisión judicial infringió el principio de primacía del derecho de la Unión, «al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante», incurriendo en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso.

Se podría considerar que el control que realiza el Tribunal Constitucional en este caso no es un mero control formal de motivación tal y como genéricamente se viene interpretando, como mero control externo que no alcanza al derecho al acierto judicial⁷⁰. El control constitucional de la motivación judicial en este caso se intensifica, comprobando que se haya aplicado la jurisprudencia del TJUE, y, aunque no lo indica expresamente, que se haya aplicado «correctamente», porque en este caso no podemos decir que el órgano judicial haya desconocido la jurisprudencia europea, que cita en su decisión, lo que sucede es que la interpreta de un modo distinto a como lo hace el Tribunal Constitucional. El control, por tanto, se extiende al acierto judicial. Este control más intenso en relación con la motivación se viene admitiendo en la jurisprudencia constitucional en algunos supuestos en los que se viene refiriendo a la existencia de un deber de motivación reforzada⁷¹, y cuando la cuestión afecta a derechos fundamentales sustantivos, el control constitucional va más allá del mero control externo del deber de motivación⁷². Quizá nos podríamos encontrar ahora, también, ante uno de esos casos en los que el control constitucional va más allá de ese mero control formal o externo, aunque el Tribunal Constitucional no lo ha afirmado explícitamente.

En este sentido, observamos que en la problemática que ahora nos ocupa, la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19 ha precisado que la cuestión afecta al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE, a propósito de la efectividad de los derechos que confiere la Directiva 93/13/CEE, en relación con el ejercicio de acciones judiciales⁷³. Es decir, nos estaríamos moviendo en el terreno de un derecho fundamental europeo y, además, en una cuestión –

⁷⁰ Respecto de esta cuestión, indica, entre otras muchas, la STC 50/1988, de 22 de marzo, FJ 2, que «el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva no puede incluir la exigencia de acierto, en términos de legalidad ordinaria, de la resolución recaída, ni la de que el órgano judicial acoja las tesis de una de las partes sobre las cuestiones de hecho o de derecho debatidas en la litis».

⁷¹ Quizá el ejemplo paradigmático sea la protección del interés superior del menor del artículo 39 CE, respecto del cual, realiza una detallada exposición sobre su tratamiento en la jurisprudencia constitucional la STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ 3.

⁷² En este sentido, la STC 8/2022, de 27 de enero, FJ 4 y las que allí se citan.

⁷³ Tras esta sentencia del TJUE, creo que no se podría compartir la opinión de QUESADA LÓPEZ, 2020, pp. 209 y 210, cuando distingue entre el principio de efectividad y el artículo 47 CDFUE en el sentido de dotar al primero de una mayor fuerza expansiva, que traspasa sus límites propios de los derechos sustantivos, sobrepasando la propia atribución de competencias a la Unión, mientras que los derechos de la Carta quedarían encorsetados por el artículo 51 CDFUE en el sentido de que no podrían ampliar su contenido más allá de los mismos límites del propio derecho sustantivo europeo. Con la jurisprudencia reciente del TJUE, parece que el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 47 CDFUE proyectado sobre la Directiva vendrían a ser una misma cosa: garantizar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor en la citada norma, entendida como una efectividad en el ámbito procesal.

la no vinculación de las cláusulas abusivas que establece el artículo 6.1 de la Directiva— que el propio TJUE ha calificado como de orden público⁷⁴, y quizá por ello pudiera justificarse un control constitucional más intenso que el mero control formal del deber de motivación. Aunque no se trasluce en la jurisprudencia constitucional, al menos hasta hoy, que nuestro Tribunal Constitucional haya asumido una función de estas características, en este ámbito el resultado práctico al que se llega es, en mi opinión, el que se ha descrito. De este modo, el Tribunal Constitucional se convertiría en garante dentro del Estado miembro del respeto a la jurisprudencia del TJUE en relación con los derechos fundamentales de la UE.

De manera que, quizá, se podría entender que cuando la cuestión controvertida en relación con la aplicación del derecho de la UE afecte al artículo 47 o a otro derecho fundamental de la Carta, precisamente por tratarse de un derecho fundamental europeo, el control constitucional de la motivación devendría más intenso. Fuera de estos casos, es decir, cuando la norma europea no se refiera a derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE, en mi opinión, el control constitucional debería reconducirse al ámbito de la cuestión prejudicial entendida en términos similares a como viene haciendo el TEDH. Respecto de estas cuestiones, el Tribunal Constitucional asumiría entonces un papel menos activo en la defensa del derecho de la UE y más equidistante entre el derecho nacional y el europeo, aunque para entenderlo así, sería preciso un cambio o una evolución en la jurisprudencia constitucional porque, como hemos visto, la negativa a plantear cuestión prejudicial se mueve en el terreno del artículo 24.2 CE, pero el control constitucional solo se despliega cuando el juez inaplique la ley nacional. Si esta problemática se entendiera bajo el enfoque del TEDH a propósito del artículo 6.1 del Convenio, evitaría que el Tribunal Constitucional realice una interpretación sobre la correcta aplicación de la norma, o sobre la correcta selección de la norma nacional o europea (con el riesgo de equívoco que ello puede conllevar), aunque sí exigiría al juez una motivación respecto de su decisión de no plantear cuestión prejudicial a la luz de la doctrina *Cilfit*.

VII. VALORACIÓN FINAL

Como consecuencia de la jurisprudencia del TJUE dictada a la luz del principio de efectividad con relación a la Directiva 93/13/CEE,

⁷⁴ Por ejemplo, en la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, *Banco Primus*.

el Tribunal Constitucional viene desarrollando una jurisprudencia con la que se trastoca el planteamiento tradicional de las ejecuciones hipotecarias con relación a la preclusión para formular oposición y el efecto de cosa juzgada formal en aquellos casos en que el ejecutado sea un consumidor y alegue la existencia de cláusulas abusivas. A través de esta jurisprudencia, se fortalece la posición –como punto de partida, debilitada– que tiene el ejecutado que reúne la condición de consumidor en el procedimiento de ejecución de títulos no judiciales cuando en ellos se contengan cláusulas que puedan ser abusivas, minorando la tradicional fuerza ejecutiva del título mediante un procedimiento judicial sumario.

La jurisprudencia del TJUE no solo ha provocado una reforma legal para que se pueda formular oposición alegando el carácter abusivo de alguna cláusula en la que se fundamenta la ejecución o determine la cuantía, sino que también entiende, y lo hace de forma especialmente clara en la sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19, que el control judicial sobre este extremo puede realizarse en cualquier momento, en tanto no haya un pronunciamiento al respecto y hasta que se transmita el bien. Estas circunstancias bajo las que puede realizarse el control judicial de las cláusulas abusivas entran en colisión con algunas normas procesales nacionales, en particular, las normas sobre preclusión y cosa juzgada, lo que motiva que algunos jueces hayan mostrado reticencias a acoger la interpretación del TJUE porque ello podría suponer contravenir las normas contenidas en la LEC.

La cuestión controvertida puede ser, para algunos, el papel que cumple el Tribunal Constitucional en el cumplimiento de esta jurisprudencia, al otorgar el amparo por vulneración del artículo 24.1 CE cuando el juez se niega a realizar el control de abusividad de la cláusula alegando preclusión y cosa juzgada. En último término, el objeto del debate puede ser qué papel asume el Tribunal Constitucional frente al incumplimiento del derecho de la UE. En principio, tanto la interpretación de la ley procesal nacional, cuestión de legalidad ordinaria, como el derecho europeo, cuya interpretación corresponde al TJUE, caerían fuera del ámbito de la jurisdicción constitucional, y no es fácil delimitar el ámbito del control del tribunal de garantías.

Una forma, quizá la más sencilla, para evitar una posible extralimitación del Tribunal Constitucional, consistiría en tratar de reconducir el problema de la actuación judicial a apreciar si debió plantear o no cuestión prejudicial en el caso concreto para que fuera el TJUE quien determinara si la norma procesal nacional que pretende aplicar el juez se opone a la Directiva. Si debió hacerlo, se

estimaría el amparo, anulando lo actuado para que el juez plantee cuestión prejudicial y resuelva conforme le indique el TJUE.

El problema para aceptar este enfoque radica en que la jurisprudencia constitucional sobre el planteamiento de cuestión prejudicial se viene situando en el artículo 24.2 CE en términos que no permitirían otorgar el amparo frente al juez que entiende aplicable la norma nacional frente a la jurisprudencia europea sin plantear cuestión prejudicial –únicamente cabría el amparo por una motivación irracional o arbitraria en el marco del artículo 24.1 CE–. Sin perjuicio de la posible pertinencia de revisar este entendimiento de las cosas, podría, tal vez, explicarse la intervención del Tribunal Constitucional a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva asumiendo que la efectividad de la Directiva 93/13/CEE forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 47 CDFUE, como viene entendiendo el TJUE en pronunciamientos recientes, entre ellos, en la sentencia de 17 de mayo de 2022, C-600/19. De acuerdo con la naturaleza de derecho fundamental europeo de la cuestión controvertida, podría aceptarse que el Tribunal Constitucional pueda estar llamado a asumir un control más intenso en relación con el deber de motivación que el que normalmente despliega con relación a la legalidad ordinaria. Esto, que supondría un cambio de paradigma desde un planteamiento teórico y que carece de un reconocimiento expreso por parte del Tribunal Constitucional, es algo que en la práctica se puede deducir de la jurisprudencia que concede el amparo a la luz de la interpretación que realiza el TJUE a propósito de la efectividad de la Directiva, como ocurre en la STC 141/2022, objeto de este comentario.

BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO JIMÉNEZ, Luis: «La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización», *REDC*, 2014, pp. 293-316.
- BLÁZQUEZ PEINADO, M.^a Dolores: «El procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la normativa europea en materia de protección a los consumidores por cláusulas abusivas. Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia», *RGDE*, 2016, pp. 10-30.
- CACHÓN CADENAS, Manuel Jesús: «La cosa juzgada derivada del incidente de oposición a la ejecución (el pasado se hace presente)», en F. JIMÉNEZ CONDE y R. BELLIDO PENADÉS (dir.), *Justicia: ¿garantías «versus» eficiencia?*, Valencia, 2019, pp. 233-263.
- CARMONA CONTRERAS, Ana: «La construcción por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de un estándar común de protección de derechos del consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria», *TyRC*, 2017, pp. 307-332.

- CORDERO LOBATO, Encarna: «Control judicial sobre cláusulas abusivas y ejecuciones hipotecarias», *RAD*, 2013, pp. 1-5.
- CORDÓN MORENO, Faustino: «Comentario al artículo 695 de la LECiv. Oposición a la ejecución», en A. SALAS CARCELLER (dir.) *Ejecución hipotecaria. Solución a tiempos de conflicto*, Cizur Menor, 2012, pp. 781-787.
- «Cuestiones polémicas sobre el proceso de ejecución», en J. F. HERRERO PEREZAGUA (dir.), *Coherencias e incoherencias de las reformas del proceso civil*, Cizur Menor, 2015, p. 279-303.
- CRESPO ALLUÉ, Fernando: «Comentario al artículo 695», en A. LORCA NAVARRETE y V. GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo 3, Valladolid, 2000, pp. 3557-3565.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José: «La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual», *DPyC*, 2020, pp. 343-380.
- GÓMEZ LINACERO, Adrián, y CAMPO CANDELAS, Jesús: «La adquisición de la propiedad en subasta judicial: momento de transmisión y revisión crítica», *RCDI*, 2021, pp. 3443-3495.
- HUELIN MARTÍNEZ DE VELASCO, Joaquín: «La tormentosa relación del Tribunal Constitucional con el derecho la Unión Europea», *EDC* 2020/500023.
- IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac: «El nuevo canon de control establecido por el Tribunal Constitucional respecto del planteamiento de cuestiones prejudiciales europeas», *DLL*, 9408/2019.
- LENAERTS, Koen: «La protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico de la UE: un diálogo entre el Tribunal de Justicia y los tribunales constitucionales de los Estados miembros», conferencia pronunciada en la visita institucional al Tribunal Constitucional de España, Madrid, 6 de mayo de 2022.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel: «Artículo 47. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», en A. MANGAS MARTÍN (dir.) *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, pp. 739-757.
- LORA, Carlos: «Aplicación del derecho de la UE y vulneración del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías (reflexiones a la luz de la STC 37/2019, de 26 de marzo)», *AJUM*, 2019, pp. 82-88.
- LOZANO CUTANDA, Blanca: «El TC limita la discrecionalidad de los tribunales para inaplicar leyes sin plantear cuestión prejudicial», *AGyP*, 2019, pp. 1-4.
- MANGAS MARTÍN, Araceli, y LIÑÁN NOGUERA, Diego Javier: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2020.
- MARTÍN VALERO, Ana Isabel: «Planteamiento de la cuestión prejudicial y derecho a un proceso con todas las garantías. Comentario a la STC 37/2019, de 26 de marzo», *DLL*, 7173/2019.
- PAZOS CASTRO, Ricardo: «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas», *RDC*, 2017, pp. 163-181.
- QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel: *Desencuentros entre el derecho europeo y la ejecución hipotecaria española: ¿una relación imposible?*, Cizur Menor, 2020.
- RIPOL CARULLA, Santiago: «La sentencia del Tribunal Constitucional 37/2019: la aplicación del canon de control más específico del artículo 24.2 CE a las decisiones judiciales que no aplican una norma nacional contraria al DUE sin planteamiento de cuestión prejudicial», *RGDE*, 2020, pp. 205-241.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Tras la doctrina del TJUE: ¿sigue siendo santa la cosa juzgada?», *RAD*, 2017, pp. 1-7.

SARMIENTO, Daniel: «Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia», Almacén de Derecho, 2019 (URL: <https://almacenederecho.org/los-tribunales-constitucionales-como-garantes-de-la-obligacion-de-plantear-cuestion-prejudicial-al-tribunal-de-justicia>)

TAPIA HERMIDA, Alberto Javier: «Efectividad de la tutela judicial de los consumidores frente a las cláusulas abusivas de los contratos bancarios», *LLUE*, 6715/2022.

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE de 27 de marzo de 1963, C-28/62, C-29/62 y C-30/62, *Da Costa en Schaake NV y otros*.

STJUE de 9 de marzo de 1978, C-106/77, *Simmenthal*.

STJUE de 6 de octubre de 1982, C-283/81, *Cilfit*.

STJUE de 14 de marzo de 2013, C-415/11, *Aziz*.

STJUE de 29 de octubre de 2015, C-8/14, *BBVA*.

STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*.

STJUE de 26 de enero de 2017, C-412/14, *Banco Primus*.

STJUE de 31 de mayo de 2018, C-483/16, *Sziber*.

STJUE de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y 179/17, *Abanca y Bankia*.

STJUE de 10 de junio de 2021, C-776/19 a 782/19, *BNP Paris Bas Personal Finance S. A.*

STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, *Ibercaja Banco*.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

STEDH de 20 de septiembre de 2011, caso *Ullens de Schooten y Rezabek contra Bélgica*.

STEDH de 24 de abril de 2018, caso *Baydar contra Países Bajos*.

STEDH de 13 de febrero de 2020, caso *Sanofi Pasteur contra Francia*. STEDH de 15 de diciembre de 2022, caso de *Rutar y Rutar Marketing D. O. O. contra Eslovenia*.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 50/1988, de 22 de marzo.

STC 28/1991, de 14 de febrero.

STC 64/1991, de 22 de marzo.

STC 111/1993, de 25 de marzo.
STC 180/1993, de 31 de mayo.
STC 69/1995, de 9 de mayo.
STC 235/2000, de 5 de octubre.
STC 58/2004, de 19 de abril.
STC 194/2006, de 19 de junio.
STC 12/2008, de 29 de enero.
STC 155/2009, de 25 de junio.
STC 78/2010, de 20 de octubre.
STC 134/2011, de 20 de julio.
STC 136/2011, de 13 de septiembre.
STC 27/2013, de 11 de febrero.
STC 215/2014, de 18 de diciembre.
STC 232/2015, de 5 de noviembre.
STC 31/2019, de 28 de febrero.
STC 37/2019, de 26 de marzo.
STC 67/2019, de 20 de mayo.
STC 30/2020, de 24 de febrero.
STC 48/2020, de 15 de junio.
STC 140/2020, de 6 de octubre.
STC 178/2020, de 14 de diciembre.
STC 8/2021, de 25 de enero.
STC 24/2021, de 15 de febrero.
STC 50/2021, de 3 de marzo.
STC 77/2021, de 19 de abril.
STC 92/2021, de 10 de mayo.
STC 101/2021, de 10 de mayo.
STC 102/2021, de 10 de mayo.
STC 154/2021, de 13 de septiembre.
STC 6/2022, de 24 de enero.
STC 8/2022, de 27 de enero.
STC 9/2022, de 7 de febrero.
STC 44/2022, de 21 de marzo.
STC 61/2022, de 9 de mayo.
STC 80/2022, de 27 de junio.
STC 123/2022, de 10 de octubre.
STC 141/2022, de 14 de noviembre.
STC 23/2023, de 27 de marzo.
STC 26/2023, de 17 de abril.

TRIBUNAL SUPREMO

STS 463/2019, de 11 de septiembre.
STS 776/2021, de 10 de noviembre.