

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**4446** *Pleno. Sentencia 31/2019, de 28 de febrero de 2019. Recurso de amparo 1086-2018. Promovido por doña Cruz Ximena Gaiborquiroz respecto de las resoluciones dictadas por un juzgado de primera instancia de Madrid en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2019:31

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente, la magistrada doña Encarnación Roca Trías, los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

#### SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1086-2018, promovido por doña Cruz Ximena Gaiborquiroz contra la providencia de 16 de enero de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, dictada en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1134-2013. Ha intervenido el ministerio fiscal. Ha comparecido y formulado alegaciones Madrid RMBS IV, fondo de titulización de activos. Ha sido ponente la magistrada doña Encarnación Roca Trías.

#### I. Antecedentes

1. Por escrito presentado en el registro general de este Tribunal, el día 27 de febrero de 2018, doña Cruz Ximena Gaiborquiroz interpuso recurso de amparo frente a la providencia de 16 de enero de 2018, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1134-2013, que inadmitió el incidente de nulidad promovido por la demandante de amparo, en el que se denunciaba el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado del título de ejecución.

2. Los hechos relevantes para resolver el recurso de amparo interpuesto, son los siguientes:

a) Con fecha 28 de octubre de 2013, la entidad bancaria Bankia, S.A., presentó demanda de ejecución hipotecaria contra doña Cruz Ximena Gaiborquiroz y otros, como deudores hipotecarios en relación con el préstamo hipotecario solicitado para la adquisición de su vivienda habitual, que se elevó a escritura pública el 6 de abril de 2006. Dicha demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, que la tramitó con el núm. 1134-2013.

b) Por auto de 25 de noviembre de 2013, el juzgado despachó ejecución y se requirió de pago a los ejecutados.

c) El 14 de abril de 2016, seguidos los trámites pertinentes, se dictó decreto de adjudicación del bien objeto de ejecución.

d) Por diligencia de ordenación de 6 de junio de 2017, el letrado de la administración de justicia indicó a la hoy demandante de amparo que no procedía dar trámite a los escritos por ella presentados los días 2, 29 y 30 de mayo de 2017 ante el juzgado, ni a la suspensión solicitada, entre otros motivos, por no intervenir asistida de letrado y representada por procurador, como exige el artículo 539 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC), advirtiéndole que dichas solicitudes podrían volver a ser presentadas con la mencionada asistencia.

En el escrito presentado por la recurrente el 29 de mayo de 2017, obrante en las actuaciones, se solicitaba la nulidad, ex artículo 227.2 LEC, de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en la cláusula sexta *bis* del contrato de préstamo hipotecario y, subsidiariamente, la suspensión de la ejecución en curso. Se ponían de manifiesto «hechos nuevos jurídicamente relevantes» para entender necesaria la prosecución del procedimiento en virtud del artículo 564 LEC. En concreto, se hacía referencia a la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*, C-421/14, así como al auto de 8 de febrero de 2017, por el que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo había planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia preguntando acerca de la citada cláusula.

e) Por escrito de 1 de diciembre de 2017, la representación de la recurrente promovió de nuevo incidente de nulidad, ex artículo 227.2 LEC, asistida de letrado y representada por procurador.

En él se alega que, dado que no se había producido aún el lanzamiento, «debe suspenderse el curso de los autos, por cuanto que el título llevado a ejecución contiene, entre otras cláusulas de carácter abusivo que esta parte, como no puede ser menos, instará en el declarativo pertinente, una cláusula de vencimiento anticipado de crucial trascendencia incluso para la viabilidad de la acción hipotecaria emprendida en su día de contrario, por cuanto que, de ser nula de pleno derecho [...] sus efectos exigen no solo su completa eliminación del contrato, sino que con arreglo a la doctrina general, conlleva la nulidad de todos los actos y efectos de la misma desde su origen, lo que equivale a la falta de título para emprender la ejecución aquí pactada».

En el escrito se hace referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, principalmente la derivada de su Sentencia de 26 de enero de 2017 (C-421/14, asunto *Banco Primus, S.A. v. Jesús Gutiérrez García*), a la que dedica la alegación cuarta, para interesar la declaración de nulidad de la citada cláusula –cláusula sexta *bis* de la escritura de préstamo hipotecario–, y, subsidiariamente, dado que no ha sido lanzada de la vivienda que ocupa, la suspensión del proceso hasta que por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se resuelva la cuestión prejudicial suscitada por la Sala Primera del Tribunal Supremo por auto de 8 de febrero de 2017. Sobre la petición de suspensión, pone de manifiesto cómo, en la práctica, el planteamiento de la cuestión prejudicial ha supuesto la paralización de los procesos hipotecarios pendientes, y cómo, por acuerdo no jurisdiccional de la Audiencia Provincial de Madrid, se han paralizado todos aquellos en los que, no habiendo sido archivados, exista una vinculación con la cláusula de vencimiento anticipado. Se añade que «al tratarse de una cláusula nula, su impugnación, con arreglo a la doctrina general, no está sujeta a plazo, ni puede aducirse que se pudo invocar antes», señalando al respecto que la acción de nulidad es imprescriptible, como así lo afirma la jurisprudencia constitucional.

f) Por providencia de 16 de enero de 2018, el juzgado acuerda no admitir a trámite el incidente de nulidad, apoyándose en siete consideraciones. Estima, en síntesis, que: (i) el incidente es indebido pues la causa en que se funda se corresponde con un motivo de oposición a la ejecución (art. 695.1 LEC) y no una infracción procedimental; (ii) es extemporáneo por haber transcurrido más de veinte días desde que la demandada tuvo conocimiento del eventual defecto (art. 228 LEC); (iii) ha precluido el plazo de la

recurrente para formular oposición a la ejecución por la posible presencia de cláusulas abusivas (art. 136 LEC); (iv) los principios de preclusión procesal y de cosa juzgada (arts. 136 y 207 LEC) no son incompatibles con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea ni con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13), y así lo recogen las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017, esta última en sus apartados 46, 47 y 48; (v) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, relativa a la cláusula de vencimiento anticipado) y del Tribunal Supremo (auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, recurso 7-2017), no tiene eficacia retroactiva ni obliga a revisar el auto que acordó despachar ejecución; (vi) no concurre prejudicialidad respecto de la abusividad de cualquiera de las cláusulas del título de ejecución con relación al Derecho europeo, porque el artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea requiere que «exista un asunto pendiente de decisión y, además, que no sea susceptible de ulterior recurso judicial en el Derecho interno, situación en la que el Tribunal Supremo ha planteado la cuestión prejudicial por auto de fecha 8 de febrero de 2017 (recurso 1752-2014) y que aquí no es posible apreciar», y (vii) el examen del título se efectuó en el momento procesal previsto en el artículo 552 LEC y «no corresponden otros exámenes de oficio del título por jurisprudencia sobrevenida o a criterio de los deudores porque tal examen de oficio del título no tiene por finalidad suplir su omisión de no haber formulado oposición a la ejecución en plazo».

3. La recurrente invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho de acceso a la justicia y a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad (arts. 9.1 y 3 CE), el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), el principio de primacía del derecho comunitario (arts. 10.2 y 96.1 CE) y la especial protección de los consumidores y usuarios (art. 51.1 CE, en relación con la Directiva 93/13).

Entiende, en síntesis, que el órgano judicial debió haberse pronunciado de oficio sobre la cláusula de vencimiento anticipado, y ello especialmente teniendo en consideración la evolución jurisprudencial sufrida en esta materia, en concreto tras la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14, *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*), en la que el Tribunal de Justicia establece los criterios que el juzgador ha de tener en cuenta para considerar abusiva dicha cláusula, concluyendo que si la cláusula debatida deviene nula, conforme a dichos estándares, debe ser expulsada del contrato hipotecario. Por lo expuesto considera que, con la inadmisión del incidente de nulidad, se vulneró su derecho de acceso a la jurisdicción (art. 24.1 CE) y, por ende, el del resto de los derechos ya mencionados, con incumplimiento del Derecho de la Unión. Hace énfasis en tres circunstancias:

(i) «[E]l juzgador en ningún momento previo al proceso se pronunció sobre la cláusula de vencimiento anticipado». La inexistencia de control judicial previo de la cláusula de vencimiento anticipado y la ausencia de pronunciamiento al respecto a lo largo del procedimiento, la deduce la recurrente de la falta de mención sobre una cláusula contenida en el contrato, la cláusula sexta sobre intereses moratorios, que contiene la capitalización de intereses expresa y normativamente prohibida por ley en la fecha de dictarse el auto que despachó la ejecución.

(ii) El proceso de ejecución hipotecaria «no ha finalizado», pues no se han llevado a cabo todos los actos procesales del proceso, ni se ha producido el archivo de las actuaciones, ni se ha entregado la vivienda por parte del deudor (al respecto, se hace mención de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea aludiendo a tales circunstancias). Para la recurrente sería un «verdadero contrasentido» que pudiéndose promover un proceso declarativo, no se pudiera evitar el efecto indeseado de impedir el valor retroactivo de la jurisprudencia en un proceso aún no finalizado.

(iii) «[L]as exigencias jurisprudenciales del Tribunal de Justicia en la sentencia de 26 de enero de 2017, dejan clara e indubitada la nulidad de las cláusulas de vencimiento», como la insertada en el contrato origen de la *litis*.

De lo expuesto, la recurrente deduce que dado que el juez no se había pronunciado con anterioridad al dictado de la citada sentencia y el proceso no había finalizado, debió hacerlo desde el momento en el que tuvo elementos materiales para ello, a pesar de la cosa juzgada del auto que despachó ejecución, tal y como así le exige el Derecho de la Unión y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; en concreto, la mencionada sentencia que corrige el efecto de cosa juzgada que la normativa española impone. Añade que el propio Tribunal Supremo se ha visto obligado a modificar su propia doctrina, reconociendo la abusividad de estas cláusulas y su nulo efecto en nuestro Derecho, y advierte que el citado órgano judicial tiene planteada, mediante auto de 8 de febrero de 2017, una cuestión prejudicial pendiente de resolver por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La recurrente dedica un apartado específico a justificar la especial trascendencia constitucional del recurso de amparo. Argumenta, en síntesis, que permitirá al Tribunal aclarar el contenido garantizado por el principio de acceso a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los procesos de ejecución hipotecaria en los que el título ejecutivo contiene cláusulas abusivas y contrarias del Derecho de la Unión; lo que se hace todavía más necesario ante la falta de un criterio normativo claro tras el dictado de la STJUE de 26 de enero de 2017. Además, entiende que el fallo que se dicte en el presente recurso trascenderá del caso, porque plantea cuestiones jurídicas relevantes y generales de repercusión social innegable, al afectar a la propia seguridad jurídica y al procedimiento de ejecución hipotecaria español en el que, a la postre, se está decidiendo sobre el derecho a la vivienda consagrado en el artículo 47 CE.

4. Mediante providencia de fecha 16 de abril de 2018, la Sección Tercera de este Tribunal admitió a trámite el recurso de amparo al apreciar que el asunto trasciende del caso concreto, porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]. Acordó, al propio tiempo, dirigir comunicación al órgano judicial interviniente, a fin de que en el plazo que de diez días remitiese certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1134-2013, y emplazar a quienes hubieran sido parte en el proceso, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en plazo de diez días pudiesen comparecer, si así lo desearan. Finalmente, al concurrir en el presente caso la urgencia excepcional a que se refiere el artículo 56.3 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), se acordó suspender el lanzamiento señalado para el día 17 de abril de 2018. Suspensión que fue ratificada por la Sala Segunda de este Tribunal, tras oír a la recurrente y al ministerio fiscal, mediante ATC 58/2018, de 4 de junio.

5. Por escrito registrado en este Tribunal el 22 de mayo de 2018, la procuradora doña Elena Medina Cuadros, solicitó que se le tuviera por personada en el procedimiento en nombre y representación de Madrid RMBS IV, fondo de titulización de activos, y que se entendieran con ella las sucesivas diligencias y notificaciones derivadas del presente procedimiento, como cesionaria del derecho de crédito.

6. Mediante diligencia de ordenación de 20 de junio de 2018, la secretaría de justicia de la Sala Segunda, tuvo por personada y parte en el procedimiento a la procuradora doña Elena Medina Cuadros, en nombre y representación de Madrid RMBS IV, fondo de titulización de activos, y acordó tener con ella las sucesivas diligencias y notificaciones derivadas del presente procedimiento. Asimismo se acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al ministerio fiscal por veinte días para que presentaran las alegaciones que estimaran convenientes, conforme determina el artículo 52.1 LOTIC.

7. Por escrito presentado el día 19 de julio de 2018, la procuradora doña Elena Medina Cuadros en nombre y representación de Madrid RMBS IV, fondo de titulización de activos, formuló alegaciones.

Como primera alegación, se plantea la inadmisibilidad del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a), ambos LOTC]. La parte personada considera que el incidente de nulidad de actuaciones formulado por la recurrente no se apoyaba en la vulneración del artículo 24.1 CE, como se dice en la demanda de amparo, sino en cuestiones de derecho ordinario sobre la aplicación retroactiva de la nulidad de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Razón por la cual, de sostenerse que la providencia recurrida incurría en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al inadmitir el incidente, debió formularse un nuevo incidente de nulidad, al amparo del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), invocando tal vulneración. Sin embargo, no se planteó, no dando oportunidad con ello al órgano judicial de pronunciarse al respecto.

Subsidiariamente, se solicita la desestimación del presente recurso de amparo. Para ello se argumenta que la providencia de inadmisión «es en realidad de desestimación sustantiva, en la que se razona sobre la improcedencia de aplicar las causas de nulidad de derecho ordinario invocadas a ese incidente por la demandante, por lo que esta no se ha visto privada de que el juzgador examine el fondo de sus pretensiones». Considera, por un lado, que «la apreciación o no de la concurrencia de las causas de nulidad invocadas por la demandante ante el juzgado es una cuestión de derecho ordinario, y su declaración de improcedencia no es constitutiva de vulneración de derecho fundamental alguno tutelable en amparo», pues «los únicos derechos que pudieran verse afectados, que son los recogidos en los arts. 47 y 51.1 de la Constitución», no lo son ex artículo 53.2 CE, y, en segundo término, que, en todo caso, «no constituiría una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no tratarse de una inadmisión basada en una causa manifiestamente errónea o arbitraria o en un "formalismo desproporcionado o enervante" según la doctrina constitucional, ya que tal retroactividad solo es patente en los casos excepcionales de "normas odiosas" y *crimina laesa humanitatis*». Entiende que «la cuestión de la retroactividad de la nulidad de las cláusulas abusivas, no se encuentra en los supuestos en que manifiestamente debe ser apreciada la ultraactividad de las normas jurídicas pretendida por el demandante, ni ninguno de los restantes pronunciamientos de la providencia (cosa juzgada, extemporaneidad, inexistencia de prejudicialidad, etc.) incurre tampoco en arbitrariedad alguna manifiesta, siendo todas ellas cuestiones de derecho ordinario».

8. Por escrito presentado el día 30 de julio de 2018, el ministerio fiscal formuló alegaciones interesando el otorgamiento del amparo.

El fiscal, tras hacer una exposición de los hechos y de las alegaciones de la recurrente, entiende que el objeto de análisis en este recurso es «la posibilidad o no de revisión de cláusulas abusivas, con independencia de la atacabilidad de las resoluciones, por la presencia de cosa juzgada de alguna de ellas, y del hecho de que esa revisabilidad dependa de la incitación de parte o venga impuesta al propio órgano judicial a ejercerla por sí mismo».

A continuación, se hace una aproximación general a la materia que se ventila en el proceso principal, haciendo mención sobre la especial naturaleza del proceso de ejecución hipotecaria y la realidad social actual que ha llevado al legislador y a los Tribunales a adoptar decisiones claramente novedosas y con la clara finalidad de asegurar la igualdad de las partes, señalando como esencial en este sentido la Directiva 93/13; la Ley general de defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, cuyo texto refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de enero, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

Señala que la cuestión a dilucidar no es el carácter abusivo o no de cláusula definida en el contrato de préstamo hipotecario como la sexta-bis, sino si el órgano judicial ha actuado correctamente al denegar el examen de esa condición por considerar la pretensión extemporánea o improcedente, vulnerando así el artículo 24.1 CE. Una vulneración que se pretende reforzar en otra vulneración concurrente: la inaplicación por parte del Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid de la primacía del Derecho comunitario, con base legal en los arts. 10.2 y 96.1, ambos de la Constitución, ya que el citado órgano no aplicó la doctrina muy reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que obliga a los órganos judiciales al examen *ex officio*, de la existencia de cláusulas abusivas, que es compartida por el ministerio fiscal con base en lo dispuesto en las SSTC 145/2012, de 2 de julio; 232/2015, de 5 de noviembre; 13/2017, de 30 de enero, y 75/2017, de 19 de junio.

Lo determinante, a su juicio, es si el juez estaba obligado al examen de oficio y cuál sea el momento en que este examen le es exigible y advierte que la providencia recurrida afirma haberse llevado a cabo el examen de las cláusulas, entendiendo el órgano judicial que lo que no es procedente es un nuevo examen porque chocaría con el principio de seguridad jurídica que la cosa juzgada garantiza a todas las resoluciones judiciales. En relación con la primera de las referidas cuestiones, el fiscal considera que el órgano judicial estaba obligado a examinar la abusividad de la cláusula, bien de oficio o a instancia de parte, dado que tanto la Directiva 93/13 y su interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, así lo disponen. Y respecto al momento en que puede ser declarado el carácter abusivo de una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario, considera que se debe estar a lo dispuesto en la STJUE de 26 de enero de 2017, no sólo por la notable identidad de hechos, sino porque a ella se refieren la parte y el órgano judicial.

Tras la transcripción de los fundamentos 46, 47 y 48 de la citada sentencia europea, el fiscal concluye que el juzgado ha desoído la doctrina allí dictada, entrando en claro conflicto con la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace del alcance de la directiva, pues apoya su decisión de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones en el carácter preclusivo de la posible oposición y en el carácter inatacable que acompaña al auto despachando ejecución de fecha de 25 de noviembre de 2013. Y ello a pesar de que se cite en apoyo de su argumento la sentencia de 26 de enero de 2017, si bien circunscrita a los apartados mencionados, y, como consolidación de su argumento, el auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017. Una resolución que no puede ser considerada aplicable al presente asunto, siéndolo, en todo caso, por referirse a un supuesto más parecido, la sentencia de 27 de septiembre de 2017; si bien, advierte, que la reclamación de abusividad se intentó en un procedimiento declarativo posterior y no, como en el presente, en el propio ejecutivo.

Subraya, por último, que «lleva razón la recurrente al decir que no consta en ningún apartado del auto despachando la ejecución que se haya producido ese examen de oficio, pues el mismo nada dice, la única mención que al respecto se produce es ya en el momento de dar respuesta a la solicitud de nulidad en que se afirma por el juez, que se ha llevado a cabo ese examen, no siendo más que una mera afirmación sin valorar en ningún momento las razones que le llevaron a considerar la validez de todas y cada una de las cláusulas, lo cual era difícilmente justificable en alguna de ellas, concretamente la sexta-bis, de capitalización de intereses». Y añade: «Además al dar respuesta no dice nunca que las cláusulas no sean abusivas, sino que no lo consideró entonces con arreglo a la jurisprudencia y legislación vigente, pero rechazando el actual pronunciamiento por meras razones de preclusividad o proscripción del carácter retroactivo de la doctrina europea».

Por todo lo expuesto, estima que la decisión acordada en la providencia recurrida «entra en claro conflicto con la interpretación que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace del alcance de la Directiva 93/13 en esta materia y por tanto el juzgador adoptó una elección normativa y una motivación para inadmitir el incidente de nulidad que provocan que esa decisión deba ser calificada de vulneradora del derecho a tutela

judicial del art. 24.1 CE», siendo procedente, por lo expuesto, el otorgamiento del amparo y, en consecuencia, reconocer que se ha vulnerado el derecho invocado por la recurrente y reestablecerlo, acordándose la nulidad de todo lo actuado desde la providencia de 16 de enero de 2018, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la misma, para que el órgano judicial competente resuelva si, con todos los datos que obran en la causa, se dan las circunstancias para decidir que las cláusulas son abusivas y, una vez depuradas las mismas, estimar si es procedente continuar la ejecución y en qué términos.

9. La demandante de amparo no formuló alegaciones.

10. El Pleno de este Tribunal, por providencia de 30 de octubre de 2018, decidió conforme establece el artículo 10.1 n) LOTC, a propuesta de la Sala Segunda, recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

11. Por providencia de 26 de febrero de 2019 se señaló para deliberación y fallo de esta Sentencia el día 28 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto del recurso de amparo. El objeto del presente recurso de amparo es dilucidar si el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, con su decisión, adoptada por providencia de 16 de enero de 2018, de inadmitir el incidente de nulidad formulado por la demandante de amparo, en el que se invocaba la existencia en su contrato de préstamo de una cláusula abusiva, en concreto la de vencimiento anticipado, vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en la vertiente de acceso a la justicia y a la motivación de las resoluciones judiciales. Y ello al decidirlo, según denuncia la parte, con base en una pretendida preclusión de su obligación de control ya desechada por STJUE de 26 de enero de 2017 dictada en el asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García, C-421/14*.

La entidad bancaria Bankia, S.A., presentó demanda de ejecución hipotecaria contra la demandante de amparo y otros, como deudores hipotecarios en relación con el préstamo solicitado y elevado a escritura pública para la adquisición de su vivienda habitual. Por auto de 25 de noviembre de 2013, el juzgado despachó ejecución y se requirió de pago a los ejecutados, dictándose decreto de adjudicación del bien objeto de ejecución. La recurrente, tras conocer la sentencia del Tribunal antes aludida, planteó incidente de nulidad de actuaciones y denunció, tomando como base el contenido de la citada resolución, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en su contrato de préstamo.

El fiscal solicita el otorgamiento del amparo por los motivos ya expuestos en los antecedentes. Por su parte, Madrid RMBS IV, fondo de titulización de activos, interesa la inadmisión del recurso por falta de agotamiento de la vía judicial precedente y, subsidiariamente, su desestimación.

2. Especial trascendencia constitucional. El presente recurso de amparo se decidió admitir a trámite al apreciar que el asunto trasciende del caso concreto, porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y económica [STC 155/2009, FJ 2 g)]. En él confluyen varias cuestiones que conducen a tal consideración. En primer lugar, el recurso plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión dado que la vulneración de derecho fundamental alegado, el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), podría provenir de un posible incumplimiento del Derecho de la Unión, con las consecuencias *ad extra* que ello conlleva para el Estado español, en consideración que, según establece el artículo 19.1 del Tratado de la Unión Europea, «[l]os Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión». En nuestro caso, será el Tribunal Constitucional quien dispensará dicha tutela cuando los demás órganos jurisdiccionales, llamados en primera

instancia a ello, no lo han hecho, ya que, además, dicha vulneración afectará de forma directa a principios rectores de la política social y económica, contemplados en la Constitución española, como son el derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE) y la defensa de los consumidores (art. 51 CE).

3. Objeción procesal sobre la falta de agotamiento de la vía judicial previa. Antes de proceder al análisis del fondo de este proceso constitucional, es preciso pronunciarse sobre la objeción procesal opuesta por la representación procesal de Madrid RMBS IV, fondo de titulización de activos en su escrito de alegaciones, acerca de la inadmisibilidad del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa [art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a), ambos de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)].

Como se ha recogido en los antecedentes, la parte personada considera que el incidente de nulidad formulado por la recurrente no se apoyaba en la vulneración del artículo 24.1 CE, sino en cuestiones de derecho ordinario sobre la aplicación retroactiva de la jurisprudencia europea sobre la nulidad de las cláusulas abusivas en el procedimiento de ejecución hipotecaria, por lo que defiende que debió formularse un nuevo incidente de nulidad de actuaciones al amparo del artículo 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en el que se hubiera invocado dicho precepto, dando así la oportunidad al órgano judicial de pronunciarse al respecto.

Conviene advertir que la recurrente planteó la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por la vía del artículo 227.2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC). No obstante, dado que el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid lo tramita y resuelve como un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 228.1 LEC, será este el que se considerará formulado a efectos de despejar el presente óbice procesal.

La parte advierte con acierto que la vulneración que ante este Tribunal se denuncia, no fue invocada, ni, por tanto, conocida por ningún órgano judicial; con ello se incumplió la necesaria subsidiariedad del amparo. Dicha circunstancia deriva, sin duda, de la peculiaridad de la situación objeto de este amparo. La recurrente consideró, como consecuencia de lo declarado en la citada STJUE de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García*, que el plazo de preclusión establecido por la legislación española para denunciar la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en su contrato de préstamo hipotecario, ya no era de aplicación siempre que dicha cláusula no hubiera estado previamente sometida a control judicial, por lo que procedió a denunciarla, en un primer momento, por escrito de 29 de mayo de 2017, que fue rechazado, junto a otros, por el letrado de la administración de justicia por falta de postulación, y, posteriormente, a través del planteamiento del incidente de nulidad una vez subsanada esta.

Nos encontramos, pues, ante una de las situaciones, en referencia a las resoluciones judiciales que resuelven sobre el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, que este Tribunal ha considerado que «adquiere dimensión constitucional en orden a la denuncia de una lesión diferenciada en amparo» (por todas, STC 81/2018, de 16 de julio, FJ 6): los supuestos en los que el recurso de amparo se dirige en exclusiva contra el auto o providencia resolutorios de dicho remedio procesal, en tanto que en ellos se habría cometido una vulneración autónoma con ocasión de la nulidad solicitada. En estos casos, este Tribunal decidió el recurso sin apreciar óbice procesal alguno por el hecho de que no se hubiera denunciado la vulneración autónoma a través del planteamiento de un nuevo incidente (vid. SSTC 153/2012, de 16 de julio, FJ 3; 9/2014, de 27 de enero; 204/2014, de 15 de diciembre; 91/2015, de 11 de mayo; 96/2015, de 25 de mayo; 98/2015, de 25 de mayo, y 142/2015, de 22 de junio), por lo que no procede adoptar en esta ocasión otra decisión. En efecto, se debe recordar que «nuestra jurisprudencia ha subrayado que "a efectos del agotamiento de la vía judicial solo son exigibles los cauces procesales cuya viabilidad no ofrezca dudas interpretativas" (STC 106/2005, de 9 de mayo, FJ 2) y que "el art. 44.1 a) LOTC únicamente impone la utilización de los recursos o instrumentos de impugnación cuya procedencia se

desprenda de modo claro, terminante e inequívoco del tenor de las previsiones legales, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad" (STC 18/2002, de 28 de enero, FJ 5)» (STC 248/2006, de 24 de julio, FJ 2), máxime, cuando, además, «el recurrente obra en la creencia de que hace lo correcto» (STC 241/2006, de 20 de julio, FJ 3), absteniéndose de emplear un recurso cuya procedencia podría ser razonablemente dudosa como ocurre en el presente caso dada su peculiaridad y la jurisprudencia dictada hasta el momento.

Dicho lo anterior, conviene igualmente advertir que, de haber sido planteado el incidente de nulidad de actuaciones respecto de la vulneración autónoma de derecho fundamental denunciada en sede constitucional, el amparo no incurriría en extemporaneidad, por haberse interpuesto un recurso manifiestamente improcedente. Se debe tener presente que «el recurso judicial intentado no procede en forma manifiesta, ya sea porque existe un precepto legal que expresamente lo impide [...] ya sea porque el recurso intentado ni siquiera está previsto legalmente» [ATC 198/2010, de 21 de diciembre, FJ 4 a)], lo que no ocurre en este caso, porque el incidente de nulidad de actuaciones se encuentra previsto en la Ley Orgánica Poder Judicial y de su regulación solo se desprende que contra la providencia o el auto que lo resuelve no cabe recurso alguno, sin hacer más precisiones.

4. Doctrina constitucional. Resuelto el óbice procesal, procede entrar en el examen de la cuestión de fondo. Para ello es necesario comenzar remitiéndonos a lo dicho en la STC 232/2015, de 5 de noviembre.

En la citada sentencia de Pleno se afirmó, con los argumentos allí expuestos, a los que nos remitimos, que: (i) a este Tribunal «corresponde [...] 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» [FJ 5 c)], (ii) el desconocimiento y preterición de una 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 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)» [FJ 5 c)], y (iii) prescindir por «propia, autónoma y exclusiva decisión» del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)].

Expuesto lo anterior, el Pleno resalta, en su fundamento jurídico 6, la «importancia capital» que tienen dos circunstancias del caso que le llevaron a considerar que se había producido una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en aquel asunto: (i) la existencia de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia previo a la deliberación y fallo del procedimiento en el que se estima incumplida la interpretación auténtica de una norma de Derecho de la Unión efectuada por el citado Tribunal, y (ii) que esa jurisprudencia europea había sido introducida y formaba parte del objeto del debate.

5. Aplicación de dicha doctrina. En el presente caso se dan los requisitos señalados en el fundamento jurídico anterior que permiten entender vulnerado el artículo 24.1 CE por los motivos expuestos en la STC 232/2015.

En efecto, el primero de los requisitos –es decir, la existencia de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea previo a la deliberación y fallo del procedimiento– se cumple claramente. Antes de que la recurrente formulara el incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se había pronunciado sobre cuál era la interpretación correcta de la Directiva 93/13, en relación con la obligación de los órganos judiciales de examinar *ex officio* la existencia de cláusulas abusivas, y, más en concreto, respecto al momento en que puede ser declarado el carácter abusivo de una cláusula existente en un contrato con garantía hipotecaria. En efecto, la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus, S.A. y Jesús Gutiérrez García*, declaró, por lo que al caso concierne, lo siguiente:

«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decreto-ley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, 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.

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a 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 esas cláusulas».

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia formó parte del objeto del debate, además de haber sido dictada con anterioridad a la providencia de 16 de enero de 2018 ahora impugnada. La propia recurrente alegó, en el escrito en el que planteó el incidente de nulidad, la citada STJUE de 26 de enero de 2017. Aun así, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, decidió inadmitirlo, como ya ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente sentencia, y lo hizo con base en los siguientes motivos: (i) el incidente es indebido pues la causa en que se funda se corresponde con un motivo de oposición a la ejecución (art. 695.1 LEC) y no una infracción procedimental; (ii) es extemporáneo por haber transcurrido más de veinte días desde que la demandada tuvo conocimiento del eventual defecto (art. 228 LEC); (iii) ha precluido el plazo de la recurrente para formular oposición a la ejecución por la posible presencia de cláusulas abusivas (art. 136 LEC); (iv) los principios de preclusión procesal y de cosa juzgada (arts. 136 y 207 LEC) no son incompatibles con el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea ni con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante Directiva 93/13), y así lo recogen las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017, esta última en sus apartados 46, 47 y 48; (v) la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, relativo a la cláusula de vencimiento anticipado) y del Tribunal Supremo (auto del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2017, recurso 7-2017), no tiene eficacia retroactiva ni obliga a revisar el auto que acordó despachar ejecución; (vi) no concurre prejudicialidad respecto de la abusividad de cualquiera de las cláusulas del título de ejecución con relación al Derecho de la Unión Europea, porque el artículo 267 TFUE (Tratado de funcionamiento de la Unión Europea) requiere que «exista un asunto pendiente de decisión y, además, que no sea susceptible de ulterior recurso judicial en el Derecho interno, situación en la que el Tribunal Supremo ha planteado la cuestión prejudicial por auto de fecha 8 de febrero de 2017 (recurso 1752-2014) y que aquí no es posible apreciar», y (vii) el examen del título se efectuó en el momento procesal previsto en el artículo 552 LEC y «no corresponden otros exámenes de oficio del título por jurisprudencia sobrevenida o a criterio de los deudores porque tal examen de oficio del título no tiene por finalidad suplir su omisión de no haber formulado oposición a la ejecución en plazo».

6. Control judicial de las cláusulas abusivas: motivos procesales. Constatado lo anterior, procede analizar si las razones esgrimidas por el órgano judicial para entender que no cabía el control de la cláusula de vencimiento anticipado solicitado por la recurrente a través del incidente de nulidad de actuaciones, fueron contrarias a la interpretación de la Directiva 93/13 efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión

Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García*, para poder valorar su racionalidad y poder así descartar o confirmar que se haya producido una preterición o desconocimiento del Derecho de la Unión Europea que pudiera suponer una «selección irrazonable o arbitraria de la norma aplicada al proceso», en los términos apreciados por la STC 232/2015. Pues en estos casos, en los que existe una interpretación de una directiva establecida por una resolución de Tribunal de Justicia, único órgano competente para realizarla con carácter vinculante, «[e]l juicio sobre la vulneración del artículo 24 CE queda necesariamente influido» por su contenido [STC 75/2017, de 19 de junio, FJ 3 a)].

Este Tribunal considera que de la segunda declaración efectuada en la STJUE de 26 de enero de 2017, transcrita en el fundamento jurídico anterior, se desprende que las cláusulas cuyo eventual carácter abusivo no haya sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, deben ser conocidas por el juez nacional, bien a instancia de parte o de oficio. Como apunta el fiscal, lo determinante es si el juez estaba obligado al examen de oficio y cuál es el momento en que este examen le era exigible. Así que, declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición —expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea—, en este caso a través de un incidente de nulidad, se encuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Es importante destacar, en este sentido, que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, es (i) «una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartados 53 y 55)» (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 41) y (ii) «debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C40/08, EU:C:2009:615, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 54)» (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 42). Precisamente ha sido en este contexto en el que el Tribunal de Justicia ha declarado que «el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 [...] tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 58)» (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 43).

De ahí que no quepa considerar, como así hace el órgano judicial, que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas había precluido, por no haber formulado oposición a la ejecución en el plazo legal establecido de diez días. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Y, por supuesto, permite que el consumidor pueda formular un incidente de oposición cumpliendo con lo

que disponga la norma, lo que no exime de la obligación de control de oficio por el órgano judicial. En este caso, la sentencia *Banco Primus* aportaba los elementos de hecho y de Derecho que permitían, en el caso de que así procediera, declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado. Pero, es más, la recurrente denunció su abusividad «cumpliendo con lo exigido en la norma», a excepción del plazo de diez días previsto legalmente para la oposición (art. 556.1 LEC) que, tras el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el órgano debió interpretar a la luz de lo dispuesto en la sentencia del Tribunal de Justicia, que motivó el planteamiento del incidente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 *bis* LOPJ.

Tampoco es conforme con lo declarado por la jurisprudencia europea, entender que en los casos en los que el carácter abusivo de una determinada cláusula ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia con posterioridad al plazo para poder formular oposición, el incidente de nulidad no sea el cauce para ello o sea extemporánea su formulación. Se ha de tener en cuenta que una vez finalizado dicho plazo, si el órgano judicial no controló de oficio la posible abusividad de la cláusula, al recurrente no le queda más cauce procesal que su denuncia.

Igualmente hay que rechazar el argumento esgrimido por el órgano judicial de que de las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017, solo se desprenda que los principios de preclusión procesal y de cosa juzgada no son incompatibles con el principio de primacía del Derecho europeo, con alusión a lo dicho en los apartados 46, 47 y 48 de la segunda de las resoluciones citadas, sin añadir, a continuación, lo que se erigía en lo verdaderamente novedoso y relevante de su contenido: el necesario control de las cláusulas abusivas, de oficio o a instancia de parte, siempre que no hubiera existido control previo apreciado por resolución con fuerza de cosa juzgada, expresado en sus apartados 51 y 52. De ahí que tampoco pueda entenderse justificado afirmar, como así hace el juzgado, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no tiene eficacia retroactiva.

En definitiva, no cabe advertir, por tanto, defectos procesales como los señalados por el Juzgado para rechazar el incidente de nulidad en el que se invocaba la posible abusividad de una cláusula contenida en el contrato de préstamo hipotecario. Máxime cuando ya en la Sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto *Cofidis y Jean-Louis Fredout*, C-473/00, el Tribunal de Justicia declaró que «[l]a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato»; doctrina aplicada en el asunto *Banco Primus*.

7. La sentencia *Banco Primus* y el «plazo de preclusión»: su aplicación al presente caso o el planteamiento de la cuestión prejudicial. El juzgado, al adoptar la providencia de inadmisión ahora recurrida, tuvo que tener en consideración si los hechos del litigio principal y el contenido y resolución de las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto *Banco Primus*, eran o no trasladables al caso del que estaba conociendo.

a) Los hechos en el asunto *Banco Primus* fueron los siguientes: (i) la cuestión prejudicial se planteó en un procedimiento de ejecución hipotecaria que se inició en 2010; (ii) por auto de 12 de junio de 2013 se declaró abusiva la cláusula sexta del contrato de préstamo relativa a los intereses de demora; (iii) antes del lanzamiento, el recurrente formuló un incidente extraordinario de oposición al procedimiento de ejecución, invocando el carácter abusivo de la cláusula sexta del contrato; y lo hizo superando con mucho el plazo preclusivo de un mes otorgado por la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que era la norma aplicable en dicho momento y (iv) el órgano judicial, a raíz de esta oposición y ante las dudas de abusividad respecto de cláusulas diferentes a la relativa a los intereses de demora –intereses ordinarios (cláusula tercera) y de vencimiento anticipado (cláusula sexta *bis*)–, planteó, tras suspender el lanzamiento, siete cuestiones

prejudiciales; siendo las tres primeras las que sobre aspectos procesales interesan en este recurso.

El órgano judicial consultó si la disposición transitoria cuarta de la citada Ley 1/2013, de 14 de mayo, debía interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del consumidor, y si, al haberse formulado la oposición fuera del plazo legal de un mes previsto en la norma la citada disposición transitoria, al recurrente le estaba permitido denunciar la presencia de cláusulas abusivas más allá del tiempo previsto por la norma nacional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea concluyó que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 debían interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición de Derecho nacional, como la citada disposición transitoria cuarta, «que supedita el ejercicio por parte de los consumidores, frente a los cuales se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria que no ha concluido antes de la entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición, de su derecho a formular oposición a este procedimiento de ejecución basándose en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales, a la observancia de un plazo preclusivo de un mes, computado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley».

También preguntó si la directiva obligaba al órgano judicial, a pesar de lo dispuesto en el artículo 207 LEC, a examinar de oficio las cláusulas de un contrato ya sometido a tal examen en el marco de una resolución con fuerza juzgada. A lo que el Tribunal contestó en los términos ya expuestos en el fundamento jurídico quinto. Es decir, que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe –y esto es lo principal– 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 que, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido, sin embargo, aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido, concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional está obligado a 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 esas cláusulas.

b) Advertido lo anterior, se ha de exponer igualmente que, en el caso que da lugar al presente recurso de amparo, (i) se presentó demanda de ejecución hipotecaria, pero en octubre 2013; (ii) se despachó ejecución y se dictó decreto de adjudicación del bien objeto de ejecución; (iii) mediante un incidente de nulidad de actuaciones (art. 227.2 LEC), presentado en diciembre de 2017, se procedió a denunciar por la recurrente, antes del lanzamiento y tras el dictado de la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus y Jesús Gutiérrez García*, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, haciéndolo transcurridos los diez días previstos legalmente para la oposición a la ejecución (art. 556.1 LEC), a contar desde el 11 de abril de 2014, fecha en la que fue requerida al pago y se le notificó el despacho, y (iv) el órgano judicial mediante providencia de 16 de enero de 2018 acordó no admitir a trámite el citado incidente.

Pues bien, a la luz de lo expuesto, el órgano judicial debió admitir el incidente y conocer de la posible abusividad de la cláusula en atención a lo dispuesto en la sentencia *Banco Primus*, o, de haber considerado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se mostraba incompleta o no resolvía en su totalidad la cuestión planteada, o tenía dudas sobre su aplicación a la resolución del litigio por ser la norma enjuiciada la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 y no el artículo 556.1 LEC, plantear la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, al ser el competente para resolver sobre la aplicabilidad del Derecho de la Unión. Sin embargo, ni admitió el incidente ni tampoco planteó cuestión prejudicial al apreciar que no concurrían los requisitos del artículo 267 TFUE.

Respecto al primer requisito, es decir, a la pendencia del asunto, basta subrayar que la propia STJUE de 26 de enero de 2017 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). Por su parte, en lo que atañe al requisito de la firmeza de la resolución, es decir que esta no sea susceptible de recurso posterior, igualmente hay que afirmar que en el asunto que estamos valorando, la resolución era firme, y prueba de ello es que la providencia impugnada instrúa expresamente acerca de que no era susceptible de recurso alguno por ser el incidente de nulidad indebido y extemporáneo (art. 228.1 LEC). El hecho de que, como se advierte en la providencia, existiera pendiente una cuestión prejudicial planteada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, mediante auto de 8 de febrero de 2017, no permite llegar a una interpretación distinta, pues ha de tenerse en consideración que dicha cuestión prejudicial se ha planteado por cuestiones relacionadas con la valoración del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado y no sobre la posibilidad de su control tras haberse dictado resolución firme, que era sobre lo que se debía haber decidido tras el planteamiento del incidente de nulidad.

8. Control judicial de las cláusulas abusivas: motivos sustantivos. Tras ser rechazadas las razones de tipo procesal esgrimidas en la providencia impugnada, solo resta examinar si se cumple el requisito sustantivo que prevé la STJUE de 26 de enero de 2017, para admitir un control posterior sobre la abusividad de una cláusula no advertida en el correspondiente trámite de oposición y tras el dictado de una resolución firme. Es decir, si se efectuó un control judicial previo al requerimiento instado por la parte, como excepción a su control posterior, sobre la cláusula de vencimiento anticipado.

Aunque en la providencia recurrida, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid afirma que el examen del título se efectuó en el momento procesal previsto en el artículo 552 LEC —es decir, antes de dictar orden general de ejecución—, por lo que entendía que no correspondían «otros exámenes de oficio del título por jurisprudencia sobrevenida o a criterio de los deudores», lo cierto es que le asiste la razón a la recurrente al decir, como así confirma también el fiscal, que no consta en ningún apartado del auto despachando la ejecución que se haya producido un examen del clausulado contractual. En efecto, no se puede entender cumplido dicho examen por el hecho de que en el fundamento jurídico segundo del auto de 25 de noviembre de 2013, que ordena la ejecución, se afirme que «[l]a demanda ejecutiva cumple los requisitos establecidos en el artículo 685 de la LEC, y el título que se acompaña es susceptible de ejecución, conforme al artículo 517.1.4 de la misma ley, por lo que procede, en virtud de lo dispuesto en los artículos 681 y siguientes en concordancia con el artículo 551 de la LEC, dictar la presente orden general de ejecución y despacho de la misma a favor de la ejecutante frente al deudor, al haber acreditado aquél su condición de acreedor en el título ejecutivo presentado».

Es cierto, como pone de manifiesto el fiscal en su escrito de alegaciones, que podría entenderse que el silencio sobre cada una de las cláusulas se producía precisamente como consecuencia del carácter adecuado de las mismas, pero no lo es menos que la motivación esgrimida por el órgano judicial en el auto despachando ejecución es insuficiente a los efectos de considerar que, sin género de dudas, se realizó dicho control, máxime cuando de dicha argumentación se va hacer depender el acceso a un pronunciamiento de fondo al que el órgano judicial, de acuerdo con el Derecho de la Unión, debe proceder de oficio de haber razones para ello. De lo dicho, únicamente se desprende que se efectuó el control de los requisitos de la demanda ejecutiva y de los documentos que han de acompañarla (art. 685 LEC), y de la escritura pública (art. 517.1.4 LEC). Y ha de recordarse que, como este Tribunal ha venido apreciando, «la existencia de una motivación adecuada y suficiente en función de las cuestiones que se susciten en cada caso concreto resulta una garantía esencial para el justiciable, ya que la exteriorización de los rasgos más esenciales del razonamiento que ha llevado a los órganos judiciales a adoptar su decisión permite apreciar su racionalidad, además de facilitar el control de la actividad jurisdiccional por los tribunales

superiores y de, consecuentemente, mejorar las posibilidades de defensa por parte de los ciudadanos de sus derechos mediante el empleo de los recursos que en cada supuesto litigioso procedan (SSTC 209/1993, de 28 de junio, FJ 1, o 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3), siendo de añadir, trascendiendo desde la esfera individual a la colectiva, que "la exigencia de motivación de las sentencias está directamente relacionada con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para jueces y magistrados tiene la ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional (art. 117 CE, párrafos 1 y 3)" (SSTC 24/1990, de 15 de febrero, FJ 4; 35/2002, de 11 de febrero, FJ 3, y 119/2003, de 16 de junio, FJ 3)» (STC 329/2006, de 20 de noviembre, FJ 7). Por ello, hemos declarado que «el canon constitucional de la "motivación suficiente" no se ve satisfecho mediante la simple exposición de una conclusión, fáctica o jurídica, sino que requiere un razonamiento o inferencia» (STC 8/2014, de 27 de enero, FJ 4). Aún más, en este caso, cuando el artículo 51 CE impone a los poderes públicos en general la obligación de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios.

De lo expuesto se deduce que el juzgado vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) con su inmotivada contestación acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia –única excepción contemplada por el Tribunal de Justicia para excluir, de haberse dictado resolución firme, un examen posterior–, pues «[m]al se puede realizar un control –ni siquiera externo– de lo que carece de un razonamiento expreso» (STC 135/2017, de 27 de noviembre, FJ 4). Como consecuencia de tal decisión, así como de las del resto de las contenidas en la providencia impugnada, la recurrente se vio privada de un pronunciamiento de fondo sobre la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en su contrato de préstamo hipotecario, al que el órgano judicial se encontraba obligado de acuerdo con la STJUE de 26 de enero de 2017.

9. Conclusión. En definitiva, el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, al no atenerse a la interpretación de la Directiva 93/13 que había sido realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017, no haber entrado a analizar la posible nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado objeto del incidente de nulidad, ni haber planteado cuestión prejudicial de haberse encontrado en alguno de los supuestos ya descritos en el fundamento jurídico séptimo de esta sentencia: (i) infringió el citado 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; (ii) incurrió, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y (iii) consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (art. 24.1 CE). Por ello es procedente el otorgamiento del amparo, con declaración de la nulidad de la resolución que lo ha vulnerado y retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno a fin de que el órgano judicial, con plenitud de jurisdicción, dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Cruz Ximena Gaiborquiroz y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad de la providencia de 16 de enero de 2018 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1134-2013.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la citada resolución para que el órgano judicial dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintiocho de febrero de dos mil diecinueve.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

*Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 1086-2018*

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 1086-2018. En ella se dicta doctrina sobre el alcance del derecho de la parte ejecutada para exigir el control judicial de oficio de las cláusulas abusivas en contratos con consumidores, a partir de una interpretación que entiendo errónea de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este tema, y con un resultado que, de propagarse en el foro, puede suponer un riesgo fundado para la necesaria seguridad jurídica de los procesos ejecutivos en nuestro país, no solo de los hipotecarios. En todo caso, además, el recurso de amparo debió ser desestimado porque de ningún modo se reunían las condiciones para reconocer vulnerado el derecho fundamental objeto de invocación, como tuve ocasión de explicar en el pleno.

La demanda de amparo se refiere a un procedimiento hipotecario cuya parte ejecutada es la recurrente, que fue instado contra ella en octubre de 2013, por un impago acumulado de diez (10) cuotas mensuales de devolución del préstamo (capital e intereses). Una vez despachada ejecución en noviembre de 2013 y debidamente notificada, la recurrente se aquietó, sin plantear incidente de oposición —por ningún motivo— dentro del plazo concedido, dejando transcurrir todas las fases del procedimiento, hasta que tres años y medio después y cuando solamente restaba por poner en posesión de la entidad adquirente el bien inmueble realizado en subasta, la demandante presentó a finales de mayo de 2017 un escrito al juzgado executor impetrando el control de oficio de una de las cláusulas del contrato, la de vencimiento anticipado, que figuraba como cláusula sexta *bis*, aduciendo que la misma era abusiva con base en los pronunciamientos de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de ese año, dictada en el asunto C-421/14, *Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García*. El órgano judicial contestó a esta petición, que calificó como incidente de nulidad de actuaciones, mediante una providencia motivada de inadmisión a trámite que es la impugnada en amparo, indicando entre otros extremos que la petición así formulada era extemporánea; que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no considera incompatible con la Directiva 93/13/CEE el principio de seguridad jurídica y la eficacia de cosa juzgada contenida en normas de nuestro ordenamiento procesal; y que de todas formas el control de oficio sobre dicha cláusula ya se había efectuado al despachar el auto de ejecución en noviembre de 2013, por lo que no resultaba procedente realizarlo de nuevo.

Lo debatido en el recurso de amparo, como es de ver, no ha sido un problema sustantivo en torno a una cláusula abusiva (no se ha entrado a dilucidar si la cuestionada lo era ciertamente o no), sino procesal: si existe un pretendido derecho a provocar la nulidad de actuaciones, total o parcial, de un proceso de ejecución prácticamente

finalizado, pese a no haber sufrido la parte ejecutada indefensión alguna y haber desaprovechado sin motivo justificado los trámites de defensa que tenía a su disposición para obtener una respuesta judicial sobre el carácter abusivo de la cláusula, amparándose en el último momento en el supuesto incumplimiento de un control de oficio de la misma. El examen de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia, incluyendo la sentencia dictada el 26 de enero de 2017, que se alegó, no permite alcanzar la tesis afirmativa que postula la demanda y que asume la Sentencia aprobada por la mayoría.

1. El control de oficio de la cláusula abusiva a instancia de la parte interesada, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea: es pacífico que una de las consecuencias que se derivan del carácter de norma imperativa del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, «sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores», a tenor del cual no vinculan al consumidor las cláusulas abusivas incluidas en un contrato celebrado entre éste y un profesional, es precisamente la exigencia de un control de oficio de dicha ilicitud por los órganos judiciales, sin que deba depender de una petición previa del interesado, como ha reconocido el Tribunal de Justicia desde su sentencia de 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial, S.A., Rocio Murciano Quintero y Salvat Editores, S.A., y otros* (apartados 26, 28 y 29); siendo la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, *Pannon GSM Zrt. y Erzsébet Sustikné Gyórfi*, a su vez, la que lo configura en simultáneo como facultad y obligación del juez, que este debe cumplir en cuanto disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello (apartado 32).

A falta de jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que haya dispuesto otra cosa, se deduce de sus pronunciamientos que dicho deber oficial existe en tanto no se ejercite dentro del procedimiento respectivo. El apartado 32 de la STJUE de 26 de enero de 2017, cit., señala que nuestro proceso hipotecario no se tiene por finalizado mientras el bien subastado no haya sido puesto en posesión del adquirente. Aunque la puesta en posesión no es un acto necesario y de ella puede prescindir el nuevo propietario (lo que, desde luego, no equivaldría a considerar abierto el proceso *sine die*), si así lo pide han de practicarse las actuaciones coercitivas que marca el art. 675 LEC. Esto es a lo que se refiere el apartado 32 de aquella STJUE, pero ni ese ni ningún otro de sus fundamentos jurídicos señala que el juez esté obligado a responder a una petición de la parte ejecutada para que lleve a cabo el control de oficio, cuando está a punto de finalizar el procedimiento, ya otorgado el decreto de adjudicación, y sin importar las cargas procesales que pesan sobre la ejecutada y por tanto si ha podido solicitarlo antes. La STJUE de 26 de enero de 2017 se enmarca en un caso en el que, conviene advertirlo ya, la ejecutada no había tenido la oportunidad de defenderse de la cláusula abusiva, lo que, como luego veremos, no es lo que acaece con la aquí demandante.

Fuera del caso de que sea el propio consumidor quien renuncie al control incluso de oficio de la cláusula abusiva, derecho que es renunciable siempre que se conozca el carácter no vinculante de aquella, según reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 14 de abril de 2016, asuntos acumulados C-381/14 *Jorge Sales Sinués y Caixabank, S.A.* y C-385/14 *Youssouf Drame Ba y Catalunya Caixa, S.A.*; apartado 25, con cita de la anterior STJUE de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, apartado 35; y la de 4 de junio de 2009, cit., apartado 33), importa detenerse en dos causas que pueden impedir que la parte exija al juez el control (de oficio):

a) *Que el órgano judicial se haya pronunciado ya sobre el carácter abusivo de la cláusula*: el Tribunal de Luxemburgo declara que «con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para el ejercicio de dichos recursos» (STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones, S.L.*, y *Cristina Rodríguez Nogueira*, apartado 36; también STJUE de 26 de enero de 2017, cit., apartado 46). Ello supone que

«el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, del Derecho comunitario por la resolución en cuestión» (STJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C-40/08, cit., apartado 37; también SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, cit., apartado 68; y 26 de enero de 2017, cit., apartado 47).

En conexión estrecha con esto, en cuanto al principio de cosa juzgada formal de nuestro art. 207 LEC, asevera que «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición 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 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, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente» (STJUE de 26 de enero de 2017, cit., apartado 49).

Respeto a la cosa juzgada, por tanto, y posibilidad ofrecida al juez de exponer en un juicio global, no necesariamente pormenorizado cláusula a cláusula, el control de verificación de su posible carácter abusivo. De este modo, solamente aquellas cláusulas que no hubieran sido todavía examinadas (que no es lo mismo, se insiste, que no haber expresado una motivación separada de ellas en la resolución dictada, si se ha hecho en su conjunto), son las que siguen pendientes de verificarse de oficio (STJUE de 26 de enero de 2017, apartados 52 y 54).

Pero es más: tratándose de procesos civiles y a diferencia de lo que sostiene para los de carácter administrativo, la STJUE de 6 de octubre de 2015, dictada en Gran Sala, en el asunto C-69/14, *Dragoș Constantin Târșia y Statul român, Serviciul public comunitar regim permise de conducere și înmatriculare a autovehiculelor*, apartado 35, enseña que «el principio de equivalencia no se opone a que un juez nacional no tenga la posibilidad de revisar una resolución judicial firme dictada en un procedimiento civil, cuando esta resolución resulta incompatible con una interpretación del Derecho de la Unión adoptada por el Tribunal de Justicia con posterioridad a la fecha en la que dicha resolución ha devenido firme» (también apartado 41). Esto es, incluso si esa nueva interpretación fundara *ex novo* el carácter abusivo de la cláusula.

b) *Que la parte haya desaprovechado los trámites otorgados por la ley para exigir al juez el control de oficio, dentro del procedimiento:* en su sentencia de 21 de noviembre de 2002, asunto C-473/00, *Cofidis SA y Jean-Louis Fredout*, citada por la sentencia aprobada por la mayoría del Pleno de este Tribunal, en un caso en el que se discutía si resultaba contrario a la Directiva 93/13/CEE la fijación en la norma nacional de un plazo de dos años para formular reclamaciones de consumo y, en lo que ello conllevase también de plazo límite, para oponer como demandado la nulidad por abuso de la cláusula, el Tribunal de Justicia señaló en su apartado 36, que «una norma procesal, que prohíba al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula cuyo cumplimiento solicita el profesional, puede hacer excesivamente difícil la aplicación de la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores en los litigios en los que estos sean demandados». Ahora bien, justo en el apartado siguiente y contestando a un argumento de la entidad comparecida y del Gobierno francés, el propio Tribunal reconoció haber declarado «en repetidas ocasiones que unos plazos más breves que el que se cuestiona en el asunto principal no son incompatibles con la protección de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los particulares»; y que en realidad «cada caso [...] debe analizarse teniendo en cuenta el lugar que ocupa dicha disposición [nacional] dentro del conjunto del procedimiento, de su desarrollo y de sus peculiaridades, ante las diversas instancias nacionales» (apartado 37). Pero además y sobre todo, realmente aunque esta sentencia habla de un plazo de preclusión, se trataba de una norma de derecho nacional que imponía al consumidor la carga de impugnar en un plazo de dos años la introducción de una cláusula considerada abusiva, transcurrido el cual no

podía oponerse en los procesos instado por el profesional, para obligarle a cumplir el acuerdo en el que dicha cláusula se había sustentado. Es decir, al profesional le bastaba con constatar que habían pasado más de dos años de suscrito el contrato, para exigir el cumplimiento sin trabas de dichas cláusulas. Esto nada tiene que ver con el caso que se nos plantea en el amparo, pues sin importar el tiempo transcurrido desde la celebración del préstamo, si se solicita la ejecución forzosa de título extrajudicial por su incumplimiento, la parte puede oponerse dentro de dicho procedimiento.

Con los años y desde luego actualmente, el criterio del Tribunal se ha situado claramente del lado de admitir que «según jurisprudencia reiterada, la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho comunitario [...]. En efecto, plazos de este tipo no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario» (STJUE de 6 de octubre de 2009, cit. apartado 41; también STJUE de 21 de diciembre de 2016, cit., apartado 69).

En virtud de ello es el propio Tribunal de Justicia el que impone a la parte que pretende exigir al juez el control de oficio de la cláusula abusiva, cumplir con la legalidad procesal vigente, a fin de preservar la seguridad jurídica y, con ello también pues no debe olvidarse, los derechos de las demás partes. Por tanto, ha de emplear los concretos trámites instrumentados en su favor dentro del procedimiento, no fuera de ellos y a su libre conveniencia, debiendo sujetarse al efecto preclusivo derivado de su no utilización (art. 136 LEC). Con palabras de la STJUE de 26 de enero de 2017, cit., en relación con nuestro proceso ejecutivo hipotecario: «dicha Directiva impone a un juez nacional, como el del presente asunto, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, 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 contrato» (apartado 52; también el apartado 54 y el fallo, 2, recalcan que la parte ha de cumplir con lo exigido por la norma, a través del incidente de oposición). De donde resulta que el juez queda relevado del deber de dar una respuesta de fondo a una petición de la parte formalizada por esta sin cumplir con lo exigido por la/s norma/s; lo que no impide que la nulidad pueda ser planteada en un proceso declarativo posterior.

2. El recurso de amparo debió ser desestimado: la aplicación de los criterios que resultan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el control de oficio de la cláusula abusiva, en los términos que se han transcrito, llevaban necesariamente a desestimar la demanda interpuesta:

a) *El juzgado executor tenía la obligación de controlar el clausulado del contrato de préstamo garantizado con hipoteca, objeto de la demanda ejecutiva, antes de despachar ejecución:* a resultas de la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, *Mohamed Aziz y Caixa D'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)*, que formuló una severa censura al diseño del proceso ejecutivo hipotecario español, al no preverse la posibilidad de control, de oficio o a instancia de parte en el incidente de oposición, del carácter abusivo de las cláusulas en contratos con consumidores (apartado 64 y fallo, 1), para paliar estas carencias se dictó la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; la cual introdujo precisamente el control de oficio, añadiendo un nuevo párrafo al apartado 1 del art. 552 LEC, fijando desde entonces que antes de despachar ejecución, el juez que aprecie que alguna de las cláusulas es abusiva dará audiencia a las partes y «[o]ídas estas, acordará lo procedente». El preámbulo de la Ley deja clara esta finalidad al señalar que: «Este capítulo [III] 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», y refiere que esta modificación es consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013.

El referido precepto fue ajustado ese mismo año (por Ley 8/2013, de 26 de junio) para ampliar el plazo de audiencia, pero no ha cambiado sustancialmente desde la entrada en vigor de aquella Ley 1/2013, lo que tuvo lugar el 15 de mayo de 2013 (fecha de su publicación en el «BOE», según su disposición final cuarta). Por tanto, no hay duda de que cuando el juzgado despachó ejecución contra la recurrente, por auto de 25 de noviembre de 2013, estaba obligado a aplicar el art. 552 ya vigente, lo citara expresamente o no en el auto, y ello a su vez le exigía verificar no solamente la existencia de «los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución», sino la eventual exclusión de aquellas cláusulas que fuesen abusivas.

b) *El juez, al tiempo de despachar ejecución, se encontraba ya en posesión de elementos de hecho y de Derecho para juzgar el carácter abusivo de la cláusula sexta bis de vencimiento anticipado:* no es la STJUE de 26 de enero de 2017, como sostiene la recurrente y asume la sentencia aprobada por la mayoría, la sentencia que fija los parámetros para ponderar el carácter abusivo de la cláusula de referencia. En realidad, como de manera expedita hace constar dicha sentencia en su apartado 66, en este punto se limitó a reproducir los cuatro parámetros que ya había establecido el Tribunal de Justicia en su sentencia de 14 de marzo de 2013, cit., en su apartado 73, y en los que no hace falta entrar aquí. Nada innova pues la sentencia de 2017, lo que es tanto como decir que el análisis *ad casum* pudo cumplirse con la misma efectividad en noviembre de 2013, cuando se despachó ejecución, y cuando a la recurrente le fue notificado dicho auto.

c) *La recurrente pudo haber pedido la aclaración y, en su caso, el complemento del auto despachando ejecución, ex art. 267 LOPJ y arts. 214-215 LEC:* si albergaba dudas de que se hubiera efectuado el control de oficio del carácter abusivo de la cláusula sexta bis, a partir de la lectura del auto, o incluso si entendía «sin género de dudas» —término que utiliza la sentencia aprobada— que tal control no había tenido lugar (falta de enjuiciamiento), la ejecutada y aquí recurrente podía haber solicitado la aclaración o, en su caso, el complemento de dicho auto. Un incidente sencillo y rápido que permite precisamente depurar defectos de motivación e incongruencia omisiva respecto de sentencias y autos.

d) *Contaba siempre con el incidente de oposición a la ejecución para instar dicho control:* la mencionada Ley 1/2013 completó la reforma del modelo procesal, ampliando el control a instancia de parte, tanto en el proceso común de ejecución de título no judicial (nuevo apartado 7 al art. 557 LEC), como en el hipotecario (nuevo art. 695.4 LEC). De allí que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea mencione el incidente de oposición a la ejecución expresamente, pues con carácter general es el trámite previsto por la ley para que el ejecutado impugne el despacho de ejecución (arts. 556 y ss, y 695 LEC), como lo es para el ejecutante interponer recursos contra el auto que lo deniegue (art. 552.2 LEC). En este caso, del mismo modo como el órgano judicial disponía de los elementos de hecho y de derecho para juzgar si la cláusula sexta bis era abusiva, la recurrente también lo estaba para oponerse y pedir su exclusión, valiéndose de los criterios de la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto *Aziz*. La STJUE de 26 de enero de 2017 no le servía para justificar una solicitud tardía.

e) *La recurrente presentó su solicitud sin someterse a plazo alguno:* no parece correcta la apreciación del juzgado en la providencia de inadmisión, de calificar el escrito de la recurrente como un incidente de nulidad de actuaciones de los arts. 241 LOPJ y 228 LEC, y no como una pretensión de anulación de actuaciones, ex 227 LEC, como sostiene esta última, lo que encajaría con el hecho de que el procedimiento de ejecución (en la óptica ya reseñada) no había finalizado. Consiguientemente no regirían los plazos estrictos de caducidad de aquellos preceptos ni su restricción a la denuncia de lesión de derechos fundamentales. Dicho esto, carece de toda justificación sin embargo que se acuda al órgano judicial invocando una resolución que se dice aperturista del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictada a finales de enero de 2017, esperando a los últimos días del mes de mayo para hacerlo (cuatro meses), que por la falta de la debida representación procesal no fue proveído hasta el mes de diciembre. Incluso si a efectos meramente dialécticos se aceptara que la causa para impetrar el control de oficio se

contenía en la STJUE de 26 de enero de 2017 y no antes (ya se ha dicho que no es así), la pasividad mostrada después, prescindiendo de la seguridad jurídica y del derecho de tutela judicial efectiva de la contraparte del proceso, vista la estimación del amparo plantea el lógico interrogante de cuántos meses o años habrían tenido que transcurrir para considerar su petición fuera de plazo, la suya y la presentada por otra persona en una situación similar.

f) *Traslación de la STJUE de 26 de enero de 2017 al caso de autos, por la sentencia aprobada*: como consta en los fundamentos jurídicos 7 a 9, la sentencia estima el amparo básicamente porque considera que la situación de la recurrente es equiparable a la enjuiciada en la STJUE de 26 de enero de 2017. Como ya hemos advertido antes, tal identidad no existe. En esta última resolución, se trataba de un proceso hipotecario iniciado en el año 2010 pero todavía abierto a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de modo que la articulación sobrevenida de la oposición a la cláusula abusiva de vencimiento anticipado se sujetaba a las reglas de su disposición transitoria cuarta, que otorgaba plazo de un mes para formalizar en ese caso la impugnación. Sucede, sin embargo, que tal plazo fue objeto de censura por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 29 de octubre de 2015, asunto C-8/14, *BBVA SA y Pedro Peñalva López, Clara López Durán y Diego Fernández Gabarro* (apartados 39 a 41, y fallo), y no porque el mismo fuera demasiado breve, sino porque se contaba desde el día siguiente a la publicación de la ley según dicho precepto, sin exigir una notificación judicial a la parte dentro de cada procedimiento, lo que se consideró contrario al principio de efectividad de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE. Esto y no otra cosa es lo que toma en cuenta la STJUE de 26 de enero de 2017 para considerar que la parte ejecutada del proceso *a quo* no había podido promover el incidente de oposición para el control de la cláusula (apartados 35 a 37), lo que abría la alternativa a poder exigir el control de oficio mediante un incidente de nulidad instado con posterioridad.

El procedimiento de la aquí recurrente en amparo, como se ha dicho, se abrió en noviembre de 2013, ya con la vigencia de las normas que posibilitaban, de manera normal, su control en el incidente de oposición a la ejecución, que sin embargo no se interpuso. La traslación de la solución dada por la STJUE en aquel otro caso, no está correctamente justificada por la sentencia de la que discrepo, pues se ha prescindido del ordenamiento procesal que regulaba la actuación del juez y de las partes en este proceso de ejecución hipotecaria núm. 1134-2013, otorgando a la recurrente un derecho, el de exigir sin sujeción a plazo alguno el control del carácter abusivo de una cláusula, que las leyes no le concedían. Se sienta con ello una doctrina cuyas consecuencias generales, de mantenerse en estos términos en los demás recursos de amparo de esta serie, serán perjudiciales para nuestro sistema de justicia civil ejecutiva.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a seis de marzo de dos mil diecinueve.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.