

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<sup>1</sup>

The Constitutional Court judgment of 28 February  
2019: procedural preclusion, *res judicata* and right  
of property in the assesment of the unfairness  
of a contractual term

MARÍA JOSÉ GARCÍA-VALDECASAS DORREGO  
Letrada del Tribunal Constitucional  
mjgarciavaldecasas@tribunalconstitucional.es

*Cómo citar/Citation*

García-Valdecasas Dorrego, M.ª J. (2020).  
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.  
*Derecho Privado y Constitución*, 37, 343-380.  
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.37.04>

(Recepción: 02/08/2020; aceptación tras revisión: 15/10/2020; publicación: 18/12/2020)

**Resumen**

La STC 31/2019, de 28 de febrero, otorga el amparo promovido tras la denegación del juez nacional de controlar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, contenida en un contrato de préstamo hipotecario, que fundamentaba el despacho de la ejecución hipotecaria seguido contra la recurrente. El TC interpreta la STJ *Banco Primus* considerando que, promovido un incidente de nulidad, antes

---

<sup>1</sup> Las opiniones recogidas en este trabajo son estrictamente personales de su autora.

de que tenga lugar el lanzamiento de la vivienda, debe realizarse dicho control de abusividad y que el auto por el que se despachó la ejecución hipotecaria debe contener una motivación suficiente para considerar que se hizo un control de oficio en una resolución con fuerza de cosa juzgada que impida llevar a cabo dicho control. El trabajo analiza la sentencia del TC y las dudas que surgen en torno al momento en que debe considerarse finalizado el procedimiento de ejecución hipotecaria, así como en relación a la protección de los derechos de propiedad ya adquiridos.

### **Palabras clave**

Preclusión procesal; cosa juzgada; derecho de propiedad; cláusulas abusivas; control de oficio.

### **Abstract**

The Constitutional Judgment 31/2019 of 28 February grants the “amparo” (appeal for constitutional protection of fundamental rights) sought after the national judge’s refusal to review the unfairness of the accelerated repayment clause contained in the mortgage loan contract that supported the possibility of calling in the totality of the loan and bringing enforcement proceedings. The Court interprets the ECJ Banco Primus Judgment considering that when lodging an objection of nullity, before the eviction takes place, such review must be carried out and that the judicial resolution initiating the enforcement proceeding must contain sufficient motivation as to consider that an *ex officio* review has taken place in a resolution with the force of *res judicata* thus preventing such review from being carried out. The work analyzes the judgment of the Constitutional Court and the doubts that arise regarding the moment in which the enforcement proceedings should be considered definitely terminated, as well as in relation to the protection of the property rights already acquired.

### **Keywords**

Procedural preclusion; *res judicata*; right of property; unfair terms; *ex officio* review.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES DE LA STC 31/2019, DE 28 DE FEBRERO: LOS ASUNTOS BBVA, BANCO PRIMUS Y BANCO SANTANDER: 1. Las sentencias BBVA y Banco Primus y la disposición transitoria 4ª de la Ley 1/2013. 2. La sentencia Banco Santander y la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas. III. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. El incumplimiento de la obligación de apreciar la abusividad de una cláusula contractual como presupuesto para instar el amparo ante el Tribunal Constitucional. 2. La interpretación de Banco Primus por el Tribunal Constitucional y el otorgamiento del amparo: 2.1. *La exigencia de un control de abusividad*: 2.2. *La posibilidad de plantear cuestión prejudicial por el juez nacional*: 2.2.1. *La finalización del procedimiento de ejecución hipotecaria*. 2.2.2. *Ulterior recurso de derecho interno*. 2.3. *La inexistencia de una resolución con fuerza de cosa juzgada y las exigencias de motivación*. 2.4. *El otorgamiento del amparo*. IV. LA EXISTENCIA DE OTRAS EXCEPCIONES MÁS ALLÁ DE LA COSA JUZGADA: LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD. V. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA SALVAGUARDA DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

---

## I. INTRODUCCIÓN

La litigiosidad que las cláusulas abusivas ha tenido en nuestro país ha implicado a todas las instancias jurisdiccionales del orden civil que, con el Tribunal Supremo en su cúspide, han llevado a cabo una labor incansable de incorporación de la profusa jurisprudencia que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, Tribunal de Justicia o TJUE) ha desarrollado en torno a la protección del consumidor, en la forma que se desprende de 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/CEE).

Esta litigiosidad ha alcanzado también recientemente al garante último de los derechos fundamentales en nuestro sistema jurisdiccional: al Tribunal Constitucional español. Sin duda alguna ello era inevitable, dado que, al fin y al cabo, los problemas que han derivado de la aplicación de la Directiva

93/13/CEE han tenido una relación directa con la tutela judicial que deben dispensar los jueces nacionales. Así, no podemos olvidar que más allá de los problemas sustantivos ha habido una parte procesal muy importante, cuyo principal pilar ha sido la atribución por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al juez nacional de una obligación de apreciar, de oficio, el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, y aunque el consumidor no haya formulado oposición.

El ejercicio de esta obligación en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria ha planteado un gran número de problemas, relativos, principalmente, al momento temporal en que debe producirse dicho control, o, por ser más precisos, al momento límite en el que decae esta obligación de control. Esto ha llevado a nuestros órganos jurisdiccionales a plantear un gran número de cuestiones prejudiciales con la finalidad de determinar hasta qué momento el órgano judicial que tramita un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a apreciar, de oficio, la abusividad de una cláusula contractual, y si puede haber límites a esta apreciación que vengan determinados por la cosa juzgada o por la existencia de un derecho de propiedad ya nacido. Ha sido precisamente la aplicación (o en algunos casos la no aplicación) de las respuestas que ha ido dando el Tribunal de Justicia a estas cuestiones prejudiciales lo que motivó la intervención del Tribunal Constitucional en la Sentencia de 28 de febrero de 2019<sup>2</sup> (también nos referiremos a esta sentencia como la STC 31/2019), objeto de análisis en este trabajo. Como la propia sentencia explica, fueron estos pronunciamientos los que motivaron la intervención del Tribunal Constitucional, que apreció que la especial trascendencia del recurso de amparo radicaba, entre otras razones, en que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión «podía provenir de un posible incumplimiento del Derecho de la Unión», lo cual planteaba una cuestión jurídica de relevante y general repercusión.

El hecho de que el Tribunal Constitucional haya concluido que le corresponde dispensar la tutela judicial efectiva cuando los órganos jurisdiccionales llamados en primera instancia a ello no lo hayan hecho tiene una gran trascendencia, cuestión sobre la que necesariamente haremos unas consideraciones finales. Si bien comenzaremos examinando por qué podía existir un incumplimiento del derecho de la Unión, en especial, de la obligación del juez nacional de apreciar, de oficio, la existencia de cláusulas abusivas, en la

---

<sup>2</sup> STC 31/2019, de 28 de febrero de 2019, del Pleno del Tribunal Constitucional, ponente doña Encarnación Roca Trías, ES:TC:2019:31 [BOE de 26 de marzo de 2019].

forma configurada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al interpretar la Directiva 93/13/CEE, y, concretamente, en la forma configurada por las sentencias de 29 de octubre de 2015 y de 26 de enero de 2017 dictadas, respectivamente, en los asuntos españoles *BBVA* [C-8/14, EU:C:2015:731], y *Banco Primus* [C-421/14, EU:C:2017:60] que habían analizado precisamente las condiciones en las que debía llevarse a cabo esta obligación de control en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria español. Estas son las sentencias que el Tribunal Constitucional toma en consideración en su pronunciamiento, si bien nuestro examen abarcará también la sentencia de 7 de diciembre de 2017, dictada en el asunto *Banco Santander* [C-598/15, EU:C:2017:945], por su relación directa con los concretos problemas examinados en la STC de 28 de febrero de 2019. A estos tres pronunciamientos del Tribunal de Justicia nos referiremos en adelante, respectivamente, como las sentencias *BBVA*, *Banco Primus* y *Banco Santander*.

## II. ANTECEDENTES DE LA STC 31/2019, DE 28 DE FEBRERO: LOS ASUNTOS *BBVA*, *BANCO PRIMUS* Y *BANCO SANTANDER*

La obligación que pesa sobre el juez nacional de apreciar, de oficio, el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que el Tribunal de Justicia deduce del art. 6 de la Directiva 93/13/CEE<sup>3</sup>, fue establecida por primera vez por el Tribunal de Justicia en la sentencia dictada en el asunto español *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*<sup>4</sup>. Este criterio jurisprudencial se consolidó en la sentencia *Pannon*, en la que el Tribunal de Justicia precisó que esta obligación surge tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello<sup>5</sup>, pronunciamiento a partir del cual el Tribunal de Justicia ha señalado que su jurisprudencia ya indicaba claramente dicho papel que el derecho de la Unión atribuye al juez nacional<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> El art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE dispone que: «1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

<sup>4</sup> STJ de 27 de junio de 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346.

<sup>5</sup> STJ de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, apdo. 32.

<sup>6</sup> STJ de 28 de julio de 2016, *Tomášová*, C-168/15, EU:C:2016:602, apdo. 30.

Desde entonces el Tribunal de Justicia ha ido reiterando de forma inequívoca la existencia de esta obligación necesaria para garantizar al consumidor una protección efectiva habida cuenta, en particular, del riesgo no desdeñable de que este ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos<sup>7</sup>. Siendo aplicable en todo tipo de procedimientos en los que un profesional hace valer una cláusula abusiva contra un consumidor, lo cual normalmente ocurre en procedimientos iniciados por un profesional contra el consumidor (pueden ser procedimientos declarativos o de ejecución), pero, como recientemente ha subrayado el Tribunal de Justicia, también cabe realizar dicho control en procedimientos iniciados por el consumidor y en «sustitución del consumidor en su condición de parte demandante»<sup>8</sup>. En todos estos casos, como explica de forma impecable la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2020<sup>9</sup>, el control de oficio que ha configurado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene sentido «cuando la validez y eficacia de la cláusula sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes».

La peculiaridad de las sentencias *BBVA* y *Banco Primus* radica en que analizan el cumplimiento de esta obligación por el juez nacional en un procedimiento de ejecución hipotecaria en la forma que viene configurado por la legislación española. La aplicación de la Directiva 93/13/CEE y el surgimiento de esta obligación en este procedimiento viene dada porque el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene como objeto o fundamento la existencia de un contrato de crédito inmobiliario suscrito por un profesional y un consumidor. El procedimiento se inicia a instancia del ejecutante-profesional (que es el titular del crédito garantizado con la hipoteca y que suele ser una entidad financiera) contra el ejecutado-consumidor, de modo que si el título ejecutivo contiene cláusulas que fundamentan el despacho de la ejecución queda meridianamente claro que en ese caso el profesional estaría haciendo valer una cláusula abusiva y procedería declarar su abusividad para que no produzca efectos contra el consumidor, conforme a las exigencias de la Directiva 93/13/

---

<sup>7</sup> El hecho de que el consumidor tenga la oportunidad de defenderse jurídicamente formulando su oposición no desplaza este control de oficio, que existe aunque el consumidor pueda defenderse jurídicamente, como dejó sentado el TJ en la sentencia *Banco Español de Crédito* (STJ de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, ap. 54) y ha ido reiterando de forma uniforme, pudiendo verse también la más reciente sentencia *OTP Bank* (STJ de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, *OTP Bank*, EU:C:2018:750, ap. 88).

<sup>8</sup> STJ de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, *OTP Bank*, EU:C:2018:750, ap. 91.

<sup>9</sup> STS 52/2020, de 23 de enero de 2020, ES:TS:2020:197 (ponente don Rafael Sarazá Jiménez).

CEE. Surge así una obligación de controlar la existencia de cláusulas abusivas, y se configura como un control de naturaleza incidental, como excepción a las pretensiones ejercitadas por un profesional contra un consumidor.

Desde la sentencia *Aziz*<sup>10</sup> y el cambio que se produjo en nuestro sistema de ejecución hipotecaria con la Ley 1/2013, de 4 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante Ley 1/2013<sup>11</sup>), resulta indiscutible que dicho control de oficio debe llevarse a cabo. El legislador español no solo ha introducido como causa de oposición al despacho de la ejecución hipotecaria la existencia de cláusulas abusivas que fundamenten el despacho de la ejecución, o que determinen la cantidad exigible (art. 695.4 de la LEC), sino que ha impuesto al juez nacional la obligación de apreciar, de oficio, la existencia de dichas cláusulas abusivas (art. 552.1 de la LEC). El problema radica en que la aplicación de esta obligación plantea muchos interrogantes por las distintas vicisitudes que pueden surgir a lo largo del procedimiento de ejecución hipotecaria, como las que se examinan en los asuntos *BBVA* y *Banco Primus*, cuya comprensión es un examen necesario y previo al análisis de la STC 31/2019.

## 1. LAS SENTENCIAS *BBVA* Y *BANCO PRIMUS* Y LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 4ª DE LA LEY 1/2013

Tanto la sentencia *BBVA* como la sentencia *Banco Primus* responden a cuestiones prejudiciales suscitadas en procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados antes de la reforma operada por la Ley 1/2013. Esto, por lo tanto, planteaba el problema *ab initio* de que eran procedimientos donde no había sido posible el control de las cláusulas abusivas, ni de oficio ni a instancia del consumidor. Las cuestiones prejudiciales se suscitaron en torno al mecanismo que el legislador español arbitró para permitir también llevar a cabo este control en aquellos procedimientos de ejecución que se estuvieran tramitando al entrar en vigor la Ley 1/2013. Este mecanismo, que se introdujo en la disposición transitoria cuarta (en adelante, DT 4ª) de la Ley 1/2013, articuló lo que denominó un «incidente extraordinario de oposición», de forma que las partes ejecutadas dispondrían de un plazo preclusivo de un mes para oponer la abusividad de las cláusulas que hubieran fundamentado el despacho de la ejecución, computando dicho mes desde el día siguiente a la publicación de la norma en el *BOE*. La aplicación de esta DT 4ª ha sido muy problemática y

<sup>10</sup> STJ de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164.

<sup>11</sup> *BOE*, 116, de 15 de mayo de 2013.

fue precisamente lo que propició el planteamiento de ambas cuestiones prejudiciales.

En el asunto *BBVA* el juez nacional preguntó al Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de admitir un incidente extraordinario de oposición instado extemporáneamente, al considerar que el plazo otorgado por la DT 4ª era contrario al principio de efectividad<sup>12</sup>. El Tribunal de Justicia examinó dicho plazo concluyendo que, si bien el plazo de un mes parecía razonable y proporcionado, habida cuenta de los derechos e intereses en cuestión, el mecanismo elegido para determinar el inicio del cómputo del plazo, esto es, la publicación de la Ley 1/2013 en el *BOE*, no respetaba las exigencias del principio de efectividad. Dado que se trataba de procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, los consumidores-ejecutados habían sido notificados al inicio de la ejecución hipotecaria, de forma individual y personal, de la posibilidad de oponerse a la ejecución por una serie de causas entre las que no estaba la posibilidad de alegar la abusividad de las cláusulas que constituyen el fundamento de la ejecución hipotecaria. Y, por esta razón, no podían razonablemente esperar, teniendo en cuenta los principios del derecho de defensa, la seguridad jurídica y protección de la confianza legítima, que se les concediera una nueva posibilidad de formular un incidente de oposición sin ser informados de esta posibilidad y a través de la misma vía procesal por la que recibieron la notificación individual informándoles del despacho de la ejecución hipotecaria. De esta forma el Tribunal de Justicia declaró que se vulneraba el principio de efectividad porque existía un riesgo elevado de que el plazo expirase sin que los consumidores afectados pudiesen hacer valer de forma efectiva y útil sus derechos<sup>13</sup>.

El asunto *Banco Primus* vuelve de nuevo a analizar el «incidente extraordinario de oposición» de la DT 4ª de Ley 1/2013 y el plazo para alegar la existencia de cláusulas abusivas. En este asunto se planteó de nuevo el problema de que el consumidor había alegado la existencia de cláusulas abusivas transcurrido el plazo de un mes establecido en la DT 4ª de la Ley 1/2013, y el

---

<sup>12</sup> Debe recordarse que, a falta de armonización de la normativa procesal, la regulación de un incidente procesal de esta naturaleza forma parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad. Esto es, siempre que las normas procesales no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (STJ de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, apdo. 50 y jurisprudencia que cita).

<sup>13</sup> *BBVA*, EU:C:2015:731, apdos. 31, 37, 38 y 40.

juez nacional preguntaba sobre la posibilidad de llevar a cabo dicha denuncia transcurrido dicho plazo. Siendo la misma cuestión que la analizada en la sentencia C-8/14, el Tribunal de Justicia llega a la misma conclusión: que dicho plazo era contrario al principio de efectividad.

Pero existe una diferencia entre este asunto y el asunto *BBVA*, que radicaba en que la vivienda ya había sido subastada y el bien inmueble había sido adjudicado a la entidad bancaria. Esto generó un intenso debate en todas las fases del procedimiento tramitado ante el Tribunal de Justicia en el sentido de si cabía un control de abusividad una vez subastada la propiedad del bien inmueble. El debate se articuló básicamente en dos aspectos distintos: uno, en si el procedimiento de ejecución hipotecaria había o no había finalizado. Y otro, en si ya existía un derecho de propiedad legítimamente adquirido. Ello no resulta baladí porque si el procedimiento ya había finalizado no había ya un procedimiento pendiente en el que llevar a cabo dicho control de abusividad, ni tampoco un procedimiento pendiente en el que plantear una cuestión prejudicial al TJUE conforme al art. 267 TFUE. Y, por otra parte, si ya existía un derecho de propiedad legítimamente adquirido, podía haber otros intereses que proteger.

Esta segunda cuestión adquirió además cierta relevancia desde el momento en que el propio Tribunal de Justicia pidió que las partes se pronunciasen sobre la incidencia que podía tener el plazo de la DT 4ª en relación al hecho de que ya se hubiese producido la adjudicación del bien hipotecado, tras su venta en pública subasta, antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013. El interés del Tribunal de Justicia estaba, además, justificado porque después de haber «aprendido» en el asunto *Aziz* que en el procedimiento de ejecución hipotecario español, «la adjudicación final a un tercero adquiere siempre carácter irreversible»<sup>14</sup>, ahora examinaba una disposición transitoria que permitía dicho control tras la adjudicación del bien, lo cual no era muy compatible con esa irreversibilidad que había sido una de las razones que le habían llevado a considerar que nuestro sistema de ejecución hipotecaria, en su configuración anterior a la Ley 1/2013, al no permitir un control de abusividad de las cláusulas contractuales que fundamentaban la ejecución hipotecaria, podía menoscabar la protección que pretendía garantizar la Directiva 93/13/CEE.

Este debate tiene una importancia trascendental y volveremos a él al analizar la STC 31/2019, si bien no podía tener incidencia alguna en la respuesta que el Tribunal de Justicia tenía que dar en el asunto *Banco Primus*.

<sup>14</sup> *Aziz*, EU:2013:164, ap. 57.

Y ello por una razón muy sencilla<sup>15</sup>, y es que el control de la abusividad se suscitaba en lo que la DT 4ª de la Ley 1/2013 denominó incidente extraordinario de oposición, y el legislador español abrió esta posibilidad, con una técnica legislativa bastante confusa, a «todo procedimiento ejecutivo 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». Ese era el estado en que se encontraba el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el seno del cual se había planteado la cuestión prejudicial, dado que, aunque el bien inmueble había sido subastado no se había puesto en posesión del inmueble al adquirente.

Si bien sobre esta cuestión volveremos al analizar la STC 31/2019, debe ya anticiparse que a día de hoy todavía es incierta la razón que llevó al legislador español<sup>16</sup> a fijar dicho límite temporal en la disposición transitoria cuarta, apdo. 2, párr. 3, dado que en nuestro sistema de ejecución hipotecaria la entrega de la posesión no es un elemento de carácter necesario, ni es propiamente una actuación de naturaleza ejecutiva, dado que la promueve el adquirente del bien inmueble y no el profesional ejecutante, y se dirige contra un ocupante que no tiene derecho a permanecer en la vivienda. A lo que se añade que cuando la Ley 1/2013 modificó el procedimiento de ejecución hipotecaria extrajudicial, para permitir también una vía de impugnación que garantizase un control de la abusividad, también introdujo una disposición transitoria (la quinta) para permitir dicho control en las ventas extrajudiciales iniciadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, pero no permitió dicho control hasta la toma de posesión, sino que lo limitó a las ventas en las que «no se haya producido la adjudicación del bien hipotecado».

Como hemos indicado, esta cuestión la analizaremos más adelante, pero resulta imprescindible a los efectos de entender que la respuesta que da el Tribunal de Justicia en *Banco Primus* viene a ser una respuesta para un

<sup>15</sup> Como la doctrina ha advertido, el argumento defendido en el asunto *Banco Primus* por el Reino de España de que ya había concluido el procedimiento de ejecución hipotecaria, al haberse adjudicado el bien inmueble, «fracasó» ante la aplicación de la DT 4ª, párrafo segundo (Sabater Bayle, 2017).

<sup>16</sup> La premura con la que se aprobó la Ley 1/2013, totalmente justificada ante la necesidad de incorporar la sentencia *Aziz*, y aliviar la situación en la que se encontraban un gran número de deudores hipotecarios, que no podían hacer frente a sus obligaciones como consecuencia de la fuerte crisis económica y financiera que sufrió nuestro país, tuvo la contrapartida de ser una reforma que, como ha puesto en numerosas ocasiones de manifiesto la doctrina (García-Rostán Calvin, 2014), no tuvo un periodo de sosegada reflexión, lo que llevó al desconocimiento en muchos supuestos de la estructura y del sistema de la LEC.

supuesto en el que se está aplicando la DT 4ª. Sin que hubiera examinado un supuesto en que dicha disposición no fuera aplicable, o, por decirlo de forma más sencilla, un procedimiento tramitado con la nueva regulación introducida por Ley 1/2013 y en el que las circunstancias, como veremos, son ahora muy distintas.

En este contexto otro de los problemas que analiza la sentencia *Banco Primus*, y que tiene relevancia a la hora de examinar la STC 31/2019, es la existencia de un posible límite al examen de abusividad que venga determinado por la institución de la cosa juzgada. En el procedimiento nacional en el que se planteó la cuestión prejudicial *Banco Primus*, el consumidor había suscitado, tardíamente, el incidente de la disposición transitoria 4ª y el juez nacional consideraba que esta impugnación le daba la oportunidad de «reestudiar el título»<sup>17</sup> en relación con la cláusula de vencimiento anticipado y en relación con la cláusula de intereses remuneratorios, pero tenía dudas de si podía llevar a cabo dicho examen en la medida en que ya había realizado un control de oficio de las cláusulas abusivas con carácter previo.

La existencia de una resolución con fuerza de cosa juzgada que declare que una cláusula es o no es abusiva no parece que pueda plantear problemas sobre su intangibilidad a la luz de la jurisprudencia del TJUE<sup>18</sup>. El problema es donde encontramos esta resolución con fuerza de cosa juzgada en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En el supuesto examinado en *Banco Primus* no podía ser el auto despachando ejecución hipotecaria porque cuando se despachó la ejecución hipotecaria no cabía el control de abusividad, pero este control de oficio lo había llevado a cabo el juez nacional con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 y, según él mismo explicaba, había una resolución firme con fuerza de cosa juzgada formal con arreglo al art. 207 LEC<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> Auto de planteamiento de 10 de septiembre de 2014 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander (p. 14).

<sup>18</sup> Como el Tribunal de Justicia ya declaró en la sentencia *Gutiérrez Naranjo*, el derecho de la Unión no obliga a un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, «cualquiera que sea su naturaleza», contenida en la Directiva 93/13/CEE (STJ de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apdo. 68).

<sup>19</sup> Dispone el art. 207 de la LEC que : «3. Las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas» y « 4. Transcurridos los plazos previstos para recurrir una resolución sin haberla impugnado, quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada,

El Tribunal de Justicia consideró en la sentencia *Banco Primus* que la cosa juzgada que impedía al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo era compatible con la Directiva 93/13/CEE. Pero ello con un matiz, dado que concluyó que la directiva no se oponía a una disposición nacional que impedía 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 del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada». Pero, por el contrario, en el caso de que el juez no hubiese examinado el carácter abusivo de una sola o varias cláusulas del contrato en un anterior control judicial, la directiva sí imponía al juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, la obligación de apreciar, a instancia de parte o de oficio, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

Esta distinción es lógica porque si no se ha examinado la cláusula del contrato sobre la que se quiere hacer un control de oficio no habría propiamente cosa juzgada que impida dicho control en la ejecución hipotecaria. El problema de si había habido o no revisión previa también fue objeto de debate en la vista oral ante el Tribunal de Justicia<sup>20</sup>, como se comprueba en las conclusiones presentadas por el abogado general que, atendiendo al contenido del auto que tenía cosa juzgada (y que se pronunciaba solo sobre el carácter abusivo de los intereses moratorios), concluyó que como no había pronunciamiento sobre las demás cláusulas, «a las que ni siquiera hizo alusión», la pregunta tenía un carácter manifiestamente hipotético<sup>21</sup>. El Tribunal de Justicia zanja el debate en la sentencia encomendando al juez nacional la labor de verificar si había llevado a cabo o no el control de abusividad de las cláusulas del contrato controvertidas<sup>22</sup>. Pero lo que la sentencia del Tribunal de Justicia no indica expresamente es que deba haber un pronunciamiento sobre cada

---

debiendo el tribunal del proceso en que recaiga estar en todo caso a lo dispuesto en ella».

<sup>20</sup> Luxemburgo, 24 de septiembre de 2015.

<sup>21</sup> Conclusiones presentadas por el abogado general, Maciej Szpunar, el 2 de febrero de 2016 en el asunto *Banco Primus*, EU:C:2016:69, apdo. 40.

<sup>22</sup> Indica así en el apdo. 53 de la sentencia *Banco Primus* que: «En el presente asunto, a falta de mayores precisiones en los autos en poder del Tribunal de Justicia, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, en el auto de 12 de junio de 2013, dotado de fuerza de cosa juzgada, se realizó un control, a la luz de la Directiva 93/13, de la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal o únicamente de la cláusula 6 del mismo».

cláusula del contrato para que haya cosa juzgada a estos efectos, cuestión sobre la que, como veremos, sí se pronuncia la STC 31/2019.

## 2. LA SENTENCIA BANCO SANTANDER Y LA SEGURIDAD JURÍDICA DE LAS RELACIONES DE PROPIEDAD YA NACIDAS

Existe un tercer pronunciamiento del Tribunal de Justicia que no aparece en el debate jurídico del recurso de amparo que dio lugar a la STC 31/2019. No obstante, tiene una gran importancia, dado que aborda cuestiones íntimamente relacionadas con los límites que puede haber para apreciar la abusividad de una cláusula contractual en un procedimiento de ejecución hipotecaria y que no necesariamente parece que puedan reducirse a la existencia de una resolución con fuerza de cosa juzgada. Es cierto que la sentencia *Banco Primus* se centró en analizar la cosa juzgada, pero porque la cuestión prejudicial preguntaba por las circunstancias en las que cabía aplicar dicho límite concreto. Y no parece que pueda desprenderse de esa sentencia que no pueda haber otros límites a la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual como pudiera ser la existencia de otros derechos cuya protección fuese legítima, como así parece desprenderse del asunto C-598/15 al referirse a la existencia de un derecho de propiedad legítimamente adquirido.

La relación que tiene la sentencia *Banco Santander* con las cuestiones debatidas en la STC 31/2019 se pone de relieve al tener en cuenta la todavía pendiente cuestión prejudicial C-600/19, *Ibercaja Banco*, donde el juez remitente insta al Tribunal de Justicia a resolver las dudas que derivarían de una «diferente» posición de los operadores jurídicos (cita al efecto al Tribunal Supremo, al Tribunal Constitucional y al legislador español) en torno a distintos aspectos, siendo uno el momento último en que se puede plantear cualquier nulidad contractual y si cabe el control una vez transmitida la propiedad y hasta que no se haga entrega de la posesión, cuestión esta última que dicha cuestión prejudicial analiza precisamente a la luz de la sentencia *Banco Santander*.

El asunto *Banco Santander* es una cuestión prejudicial que plantea un juzgado de primera instancia que estaba tramitando un juicio verbal de protección del derecho real inscrito. Su relación con el procedimiento de ejecución hipotecaria viene dado porque el procedimiento lo había instado una entidad bancaria que había sido la adjudicataria de un bien inmueble, que era la garantía de un préstamo hipotecario que había sido ejecutado mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria «extrajudicial» (la denominada venta extrajudicial ante notario).

Así, debe recordarse que la ejecución extrajudicial en nuestro ordenamiento jurídico (art. 129 LH) se configura como una alternativa a la ejecución

judicial de la LEC en los términos previstos legalmente. La naturaleza ejecutiva de ambos procedimientos es análoga, si bien, a los efectos que aquí interesa, debe señalarse que este procedimiento concluye con el otorgamiento de la escritura pública de venta a favor del adjudicatario (art. 75.4 de la Ley del Notariado). No hay una fase de toma de posesión, en la lógica que ya hemos apuntado de que propiamente la toma de posesión no forma parte del proceso de realización de la garantía hipotecaria, de forma que si el adjudicatario necesitase dicha toma de posesión tendría que instarla ante un órgano judicial. En el procedimiento que dio lugar al asunto *Banco Santander* la entidad bancaria había presentado una demanda de juicio verbal pidiendo el lanzamiento de la «ejecutada» y la entrega del bien inmueble, dos años y siete meses después de la venta extrajudicial del bien inmueble.

En este contexto, el verdadero problema que se planteaba en la cuestión prejudicial C-598/15 radicaba en saber si cabía un control de abusividad, en ese procedimiento, del contrato de préstamo hipotecario que había sido el fundamento de la ejecución extrajudicial. La respuesta que da el Tribunal de Justicia es lógica y sencilla: la Directiva 93/13/CEE no se aplica al juicio verbal del protección del derecho real inscrito porque el título en el que se basa la acción ejercitada ante el órgano jurisdiccional remitente es un título de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad y no el contrato de préstamo hipotecario con la garantía hipotecaria cuya ejecución extrajudicial ha sido llevada a término Y, en esas circunstancias, las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE no podían invocarse eficazmente para oponerse al reconocimiento y a la protección de los derechos reales del propietario del bien<sup>23</sup>.

Pero el debate que se planteó, y que se refleja en la sentencia, es que ese procedimiento era, en la práctica, la forma de tomar posesión del bien inmueble (dado que no hay posesión en la venta extrajudicial), si bien, de forma lógica, el Tribunal de Justicia señala que la garantía hipotecaria ya ha sido ejecutada, el bien inmueble ha sido vendido y los derechos reales sobre el mismo han sido transmitidos, por lo que el procedimiento tiene lugar «con posterioridad a la transmisión de la propiedad de un bien inmueble» y es «iniciado por nuevo propietario de dicho bien, en virtud de su inscripción como tal en el Registro de la Propiedad»<sup>24</sup>.

La sentencia podría haberse quedado aquí, sin embargo, y dado el intenso debate que se suscitó en el procedimiento, especialmente a raíz de las alegaciones que hizo la Comisión Europea en la vista oral, defendiendo la

<sup>23</sup> *Banco Santander*, EU:C:2017:945, apdos. 46 y 47.

<sup>24</sup> *Banco Santander*, EU:C:2017:945, apdos. 43 y 44.

posibilidad de llevar a cabo dicho control<sup>25</sup>, el Tribunal de Justicia realiza unas consideraciones adicionales sobre la importancia que tiene tanto la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas como la protección de un derecho de propiedad inscrito en el Registro de la Propiedad. Y afirma así que el hecho de permitir que el deudor que constituyó una hipoteca sobre el bien formule frente al adquirente excepciones basadas en el contrato de préstamo hipotecario, que pueden afectar a otro adquirente del mismo, del cual este adquirente puede no ser parte, «podría afectar a la seguridad jurídica de las relaciones de propiedad ya nacidas»<sup>26</sup>.

Y estas reflexiones nos llevan de nuevo al problema de encontrar el fundamento para admitir un control incidental de abusividad tras la adjudicación del bien objeto de la ejecución hipotecaria, fuera de aquellos supuestos cuya cobertura legal no venga dada por la disposición transitoria 4 de la Ley 1/2013, que tuvo una «segunda oportunidad» con la aprobación de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>27</sup>, la cual, para cumplir las deficiencias que observó el Tribunal de Justicia en la sentencia *BBVA*, abrió de nuevo (seis años después) dicho incidente extraordinario de oposición con una notificación personal comunicando a las partes ejecutadas dicha posibilidad. Esta disposición, al volver a abrir el trámite previsto en la DT 4ª (si bien con un plazo de diez días desde la notificación personal), vuelve de nuevo a referirse a los procedimientos en curso a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 que no hubiesen culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente.

### III. LA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### 1. EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE APRECIAR LA ABUSIVIDAD DE UNA CLÁUSULA CONTRACTUAL COMO PRESUPUESTO PARA INSTAR EL AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La STC 31/2019 estima el recurso de amparo promovido por un consumidor en el seno de un procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado por

<sup>25</sup> La Comisión defendió en la vista oral un control indefinido mientras no hubiera toma de posesión y aunque el bien inmueble hubiese sido transmitido (Luxemburgo, 26 de abril de 2017).

<sup>26</sup> *Banco Santander*, EU:C:2017:945, apdo. 45.

<sup>27</sup> DT 3ª de la LCI (*BOE*, 65, de 16 de marzo de 2019).

el Juzgado de Primera Instancia número 32 de Madrid. El consumidor había dejado de pagar las cuotas del préstamo hipotecario concertado por la entidad bancaria para la adquisición de vivienda habitual, y esta instó, el 28 de octubre de 2013, el despacho de la ejecución del contrato de préstamo hipotecario.

El juzgado despachó ejecución hipotecaria el 25 de noviembre de 2013 y, tras seguir los trámites previstos legalmente y haber subastado el bien inmueble, el 14 de abril de 2016 dictó decreto de adjudicación del bien objeto de ejecución. El 29 de mayo de 2017 el recurrente solicitó (*ex art. 227.2 LEC*<sup>28</sup>) la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, haciendo referencia, como hecho nuevo jurídicamente relevante, a la sentencia *Banco Primus*. El juzgado no dio trámite a dicho escrito por no haber intervenido con la preceptiva asistencia de letrado y representación de procurador.

El 1 de diciembre de 2017 el recurrente promovió un nuevo incidente de nulidad con la correspondiente postulación. En este escrito indicaba que como no se había producido el lanzamiento debía suspenderse el curso de los autos porque el título contenía cláusulas abusivas, en particular, la cláusula de vencimiento anticipado, lo que consideraba conllevaba la falta de título para emprender la ejecución. Y fundamentaba su pretensión en la sentencia *Banco Primus*, de la que derivaría la nulidad de dicha cláusula de vencimiento anticipado, con una petición subsidiaria de suspensión basándose en el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo sobre dicha cláusula<sup>29</sup>.

El juzgado tramitó la petición como un incidente excepcional de nulidad de actuaciones (228.1 LEC), inadmitiéndolo finalmente a trámite con base a distintas consideraciones que derivaban de la regulación del incidente en nuestro derecho nacional y considerando también que dicho examen no venía impuesto por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Entre los óbices procesales que impedían su admisión consideró que era indebido porque la causa en que se fundaba se correspondía con un motivo de oposición a la ejecución (art. 695.1 LEC) y no con una infracción procedimental, porque

---

<sup>28</sup> Indica el art. 227.2 de la LEC que: «2. Sin perjuicio de ello, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular.»

<sup>29</sup> La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo tras la sentencia *Banco Primus*, en el auto de 8 de febrero de 2017 (*Abanca Corporación Bancaria, C-70/17*), preguntaba sobre la posibilidad de que el procedimiento de ejecución hipotecaria prosiguiera tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, tal y como el Tribunal Supremo había considerado posible en sus SSTs de 23 de diciembre de 2015 (ES:TS:2015:5618) y de 18 de febrero de 2016 (ES:TS:2016:626).

la acción era extemporánea al haber transcurrido más de 20 días desde que se tuvo conocimiento del defecto (art. 228 LEC) y porque el plazo para formular oposición a la ejecución por la posible presencia de cláusulas abusivas había precluido (art. 136 LEC).

Desde el punto de vista material explicaba que no vendría obligado a dicho examen en virtud de la jurisprudencia del TJUE porque la preclusión procesal y la cosa juzgada (arts. 136 y 207 LEC) no serían incompatibles con el principio de primacía del derecho de la Unión ni tampoco con la Directiva 93/13/CEE, tal y como lo recogerían las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 (la sentencia *Gutiérrez Naranjo* sobre cláusulas suelo) y de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*), porque la sentencia *Banco Primus* no tendría eficacia retroactiva y porque el hecho de que el Tribunal Supremo hubiera planteado una cuestión prejudicial sobre la cláusula de vencimiento anticipado no determinaba la existencia de prejudicialidad. Finalmente consideraba que dado que ya había efectuado el examen de oficio del título que fundamentaba la ejecución hipotecaria, en el momento procesal previsto en el art. 552 LEC (relativo al despacho de la ejecución), no cabía formular otro examen de oficio del título, bien por jurisprudencia sobrevenida, bien a criterio de los deudores, porque el examen de oficio del título no tiene por finalidad suplir su omisión de no haber formulado oposición a la ejecución en plazo.

El consumidor-ejecutado, que consideraba que el juzgador, ante la presentación de su escrito, debió haberse pronunciado sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, promovió el 27 de febrero de 2018 un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional<sup>30</sup> denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la justicia y a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación al 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

---

<sup>30</sup> El letrado de la parte recurrente en amparo admite que el mecanismo que se buscó para acudir al Tribunal Constitucional era un tanto «rocamboloso y alambicado», pero que, dado que todos los plazos para recurrir alguna resolución habían pasado, era la única manera de provocar la existencia de una resolución contra la que no cupiese recurso alguno y abrir así la posibilidad de un recurso de amparo contra una resolución que violase un derecho fundamental. Explica así que promovió precisamente el incidente de nulidad por falta de control de oficio a la espera de su rechazo para abrir así el recurso de amparo contra la resolución que lo rechazase. Y este trámite se propició una vez que el juzgado había ordenado el lanzamiento y consiguiendo su suspensión antes de materializarse (Rois Alonso, 2019).

usuarios (art. 51.1 CE, en relación con la Directiva 93/13/CEE). En síntesis, al inadmitir el incidente de nulidad se habría vulnerado su acceso a la justicia al negarse el juez nacional a llevar a cabo su obligación de control de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, considerando que venía obligado a ello con arreglo a la sentencia *Banco Primus*.

De esta forma, la sentencia *Banco Primus* y si la misma obligaba al juez nacional a admitir el incidente para llevar a cabo dicho control de abusividad se configura como elemento esencial del recurso de amparo. Esto por dos razones, la primera, porque el posible incumplimiento de la doctrina contenida en esta sentencia es lo que determina *ab initio* la intervención del Tribunal Constitucional. Así, la especial trascendencia constitucional del recurso, requisito que debe concurrir para su admisión a trámite conforme al art. 50.1 b) de la LOTC, se apreció por considerar que la cuestión planteaba una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social y económica. Esta apreciación se basaba en diversas circunstancias que examinaremos más adelante, siendo una de ellas el posible incumplimiento del derecho de la Unión. Y dicho incumplimiento vendría dado por no haber tenido en cuenta el órgano judicial que tramitaba la ejecución hipotecaria las consideraciones dadas por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Banco Primus*.

Y la segunda razón, porque determinar el alcance de la sentencia *Banco Primus* es la única forma de poder examinar si hay o no vulneración del principio de primacía del derecho de la Unión Europea y del derecho a la tutela judicial efectiva. Así, como ya se dejó sentado en la STC 232/2015, de 5 de noviembre<sup>31</sup>, cuando existe un precedente del TJUE dictado en un asunto idéntico, no atenerse a la aplicación de la norma en la forma interpretada por el Tribunal de Justicia, sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, supone la infracción del principio de primacía, incurre en una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE).

Dejamos para el final de este trabajo el examen de la importancia que tiene la aproximación que el Tribunal Constitucional da en la sentencia de 28 de febrero de 2019 a la primacía del derecho de la Unión y a su obligación de dispensar la tutela judicial efectiva en dicho ámbito cuando los demás órganos jurisdiccionales no lo hayan hecho. Siendo necesario ahora examinar las conclusiones que el Tribunal Constitucional deriva de la sentencia *Banco Primus* y los problemas interpretativos a los que tiene que enfrentarse, como

---

<sup>31</sup> STC 232/2015, de 5 de noviembre del Pleno del TC. Ponente don Ricardo Enríquez Sancho.

también pone de relieve el voto particular que contiene la sentencia. Porque es esta interpretación la que a la postre determina el otorgamiento del amparo.

## 2. LA INTERPRETACIÓN DE *BANCO PRIMUS* POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL OTORGAMIENTO DEL AMPARO

La STC 31/2019 recuerda la doctrina sentada por el Pleno en la STC 232/2015, a la que ya hemos hecho referencia, y pone de relieve que en esa sentencia había dos circunstancias de «importancia capital» que son las que le llevaron a considerar que se había producido una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva: 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 la introducción de esta jurisprudencia europea en el objeto del debate.

De esta forma, la sentencia del Tribunal Constitucional se centra en determinar si concurren esas dos circunstancias. El requisito de la introducción en el debate de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no presenta una gran complejidad, dado que, como aprecia el Tribunal Constitucional, la sentencia *Banco Primus* fue alegada en el escrito en el que se planteó el incidente de nulidad. Por el contrario, la determinación de la existencia de una interpretación auténtica plantea una mayor problemática y exige un esfuerzo por parte del Tribunal Constitucional de intentar esclarecer el alcance de la sentencia *Banco Primus* en relación con el momento temporal hasta el que puede haber un examen de oficio por el juez nacional de las cláusulas contractuales del contrato de préstamo hipotecario en el que se funda el despacho de la ejecución hipotecaria. A los efectos de sistematizar los razonamientos de la STC 31/2019 pasamos a analizar las consideraciones que llevan al Tribunal Constitucional a concluir que es exigible un control de abusividad, o, alternativamente, que el juez nacional debía haber planteado cuestión prejudicial, no concurriendo ninguno de los óbices puestos de manifiesto por el órgano jurisdiccional nacional para denegar su planteamiento.

### 2.1. La exigencia de un control de abusividad

Tras transcribir la respuesta dada por el Tribunal de Justicia a la tercera pregunta planteada en *Banco Primus*, sobre la posibilidad de volver a realizar el control de abusividad cuando ya existe una resolución con fuerza de cosa juzgada, el Tribunal Constitucional considera que del fallo de *Banco Primus* se desprende que «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». Y para apoyar esta conclusión recuerda los principios básicos que derivan de la Directiva 93/13/CEE en la forma interpretada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en relación al carácter imperativo del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en tanto norma equivalente a las disposiciones nacionales que tienen rango de orden público (cita al efecto las sentencias del TJUE dictadas en los asuntos *Sánchez Morcillo*<sup>32</sup>, *Aziz*<sup>33</sup> y *Gutiérrez Naranjo*<sup>34</sup>).

Se desprende de esta afirmación que basta con que el consumidor «formule un incidente de oposición» para que el juez nacional deba llevar a cabo dicho control, siendo «la única excepción» que hubiera habido un anterior control judicial «que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada». Como ya hemos puesto de manifiesto al examinar la sentencia *Banco Primus*, en ese asunto se había suscitado un concreto incidente de oposición a la abusividad, no cualquier incidente, regulado en la DT 4ª, de la Ley 1/2013, y que había sido suscitado por el consumidor «cumpliendo lo exigido por la norma». Por lo tanto, con esta interpretación de *Banco Primus* parece que el Tribunal Constitucional extiende la posibilidad de suscitar dicho control de abusividad no solo en el incidente de oposición previsto legalmente con esta finalidad, sino en un incidente excepcional de nulidad, o en cualquier tipo de incidente, sin que sea propiamente un incidente de oposición de la abusividad previsto en la norma procesal. Y, adicionalmente, hace referencia a la cosa juzgada como única excepción a ese control de abusividad, cuando lo cierto es que en *Banco Primus* se examinaba la cosa juzgada como excepción a dicho control, porque así fue suscitado por el juez nacional, sin que de la sentencia del Tribunal de Justicia parezca deducirse que la cosa juzgada constituye la única excepción al examen de la abusividad de una cláusula contractual.

Sobre esta interpretación de la sentencia *Banco Primus* volveremos más adelante. Lo cierto es que es esta interpretación la que lleva al Tribunal Constitucional a concluir que, en el caso respecto del que se le pide el amparo, no cabía considerar que el plazo para denunciar la existencia de cláusulas abusivas hubiese precluido por el hecho de no haber formulado oposición a

<sup>32</sup> STJ de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099.

<sup>33</sup> *Aziz*, EU:C:2013:164.

<sup>34</sup> *Gutiérrez Naranjo*, EU:C:2016:980.

la ejecución en el plazo de 10 días previsto legalmente para la oposición (art. 556.1 LEC). Y que el órgano judicial estaba obligado a apreciar el carácter abusivo incluso aunque hubiese una resolución con fuerza de cosa juzgada «siempre que la cláusula no se hubiese examinado anteriormente». El Tribunal Constitucional considera también que la sentencia *Banco Primus* aportaba los elementos de hecho y de derecho que permitían declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado en ese momento, y que la recurrente denunció la abusividad cumpliendo lo exigido en la norma a excepción del plazo de 10 días, plazo este último respecto del que considera que el órgano judicial debió interpretar a la luz de lo dispuesto en la sentencia *Banco Primus* en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 4 bis de la LOPJ<sup>35</sup>.

Y de esta forma concluye que el órgano judicial debió admitir el incidente y conocer de la posible abusividad de la cláusula. O, si consideraba que la jurisprudencia se encontraba 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 DT 4 de la Ley 1/2013 y no el art. 556.1 LEC, entonces debió «plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, al ser el competente para resolver sobre la aplicabilidad del Derecho de la Unión. Sin embargo no admitió el incidente ni tampoco planteó cuestión prejudicial al apreciar que no concurrían los requisitos del artículo 267 TFUE».

Antes de avanzar en el examen de las circunstancias que el juez nacional puso de manifiesto para no plantear cuestión prejudicial, debe advertirse, como pone de manifiesto el voto particular<sup>36</sup> (Traslación de la STJUE de 26 de enero de 2017 al caso de autos, por la sentencia aprobada), que la situación de la recurrente no era equiparable. Efectivamente, como ya hemos analizado, en *Banco Primus* se trataba de un procedimiento de ejecución hipotecaria tramitado antes de que hubiera entrado en vigor la Ley 1/2013 y en el que no había habido ninguna posibilidad de controlar la existencia de cláusulas abusivas, ni de oficio ni a instancia de parte, porque este control estaba vedado. De esta forma, el incidente de oposición que se suscitaba era un incidente habilitado en la DT 4<sup>a</sup> para intentar solucionar esa patología que se había dado en esos procedimientos, y es en el seno de ese incidente en el que el Tribunal de Justicia concluyó que debía llevarse a cabo el control de la abusividad.

<sup>35</sup> El art. 4 bis introducido por el apdo. dos del art. único de la LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, dispone en su apdo. 1 que: «1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea».

<sup>36</sup> El voto particular fue presentado por don Ricardo Enríquez Sancho.

Trasladar esa conclusión a la situación de la recurrente en amparo plantea el problema de que esta ya había podido oponerse al despacho de la ejecución hipotecaria, cosa que no hizo. Y suscitar esta oposición casi cuatro años después no parece que permita concluir que se suscitó un incidente de oposición en la forma prevista legalmente. En *Banco Primus* se consideró que el incidente se había suscitado en la forma prevista legalmente, aunque se hizo fuera del plazo previsto en la DT 4, porque el plazo se consideró contrario al principio de efectividad. Pero, como pone de manifiesto el voto particular, no porque el plazo fuera demasiado breve, sino porque, como ya hemos señalado al analizar la sentencia *BBVA*, porque su cómputo se hacía depender de la publicación de la norma en el *BOE*. Tras la reforma operada por la Ley 1/2013, y aplicable en el procedimiento que dio lugar al recurso de amparo, a los particulares se les notificó la posibilidad de oponer la existencia de cláusulas abusivas de forma individual y no opusieron motivo alguno. Por lo tanto, se trata de situaciones distintas, y, como concluye el voto particular, al final, trasladar la solución dada en *Banco Primus* supone otorgar «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». Y esto cuando el Tribunal de Justicia ha admitido la compatibilidad de los plazos de preclusión con la protección que deriva de la Directiva 93/13/CEE<sup>37</sup>, cuestión que el propio Tribunal de Justicia distingue de la obligación que tiene el juez nacional de apreciar,

---

<sup>37</sup> Si bien la STJ de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis* (C-473/00, EU:C:2002:705), concluyó que la Directiva 93/13/CEE se oponía a la aplicación de un plazo de preclusión que prohibía al juez nacional declarar, de oficio o a raíz de un excepción propuesta por un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula contractual, debe recordarse que se trataba de un plazo de prescripción para que el consumidor pudiera instar, mediante el correspondiente procedimiento declarativo, la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado con un profesional. Y la existencia de dicho plazo de prescripción prohibía que, transcurrido el mismo, pudiese haber un control de abusividad en el marco de las acciones ejercitadas por el profesional contra el consumidor y fundadas en dicho contrato. Es decir, el consumidor no podía oponer, como excepción, la abusividad de las cláusulas contractuales que constituyesen el fundamento de dicha acción ejercitada por el profesional, ni cabía su apreciación, de oficio, por el órgano judicial. Pero la jurisprudencia del TJUE no ha considerado que los plazos preclusivos para que el consumidor pueda oponer, como excepción, la abusividad de las cláusulas contractuales en las que pueda fundarse un procedimiento (o «acción» según la terminología utilizada en la sentencia *Cofidis*) iniciado por el profesional contra dicho consumidor —como el procedimiento de ejecución hipotecaria—, sean contrarios a la Directiva 93/13/CEE. Por el contrario, ha considerado que dichos plazos son compatibles con dicha

de oficio, el carácter abusivo de las cláusulas contractuales comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello».

## 2.2. La posibilidad de plantear cuestión prejudicial por el juez nacional

La sentencia del Tribunal Constitucional concluye, como hemos visto, que si el órgano judicial estimaba que debía darse otra respuesta a la ofrecida en la sentencia *Banco Primus*, debió entonces plantear cuestión prejudicial. Y al efecto descarta las explicaciones que el juez nacional dio para no plantear cuestión prejudicial ante el TJUE conforme al art. 267 TFUE. El art. 267 TFUE es la disposición que determina la facultad del órgano judicial de plantear cuestión prejudicial cuando estime que ello sea necesario para resolver un asunto pendiente ante él y la obligación de proceder a su planteamiento cuando sus decisiones no sean susceptible de ulterior recurso. El juez nacional motivó, al inadmitir el incidente, que no cabía plantear cuestión prejudicial porque el procedimiento de ejecución hipotecaria había finalizado y debido a que cabía ulterior recurso judicial en derecho interno, haciendo referencia a la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. Ambas cuestiones son analizadas por el Tribunal Constitucional.

### 2.2.1. La finalización del procedimiento de ejecución hipotecaria

Como ya hemos visto, el problema de cuándo finaliza el procedimiento de ejecución hipotecaria fue objeto central de discusión en el asunto *Banco Primus*, tanto en la fase de observaciones escritas como en la vista oral. Siendo una cuestión de derecho interno sobre la que el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse, se presentaba la oportunidad de que un órgano judicial nacional se pronunciara sobre dicha cuestión. Es decir, es cierto que *Banco Primus* recogía unas consideraciones sobre la interpretación del derecho nacional, que el Tribunal de Justicia consideraba que se desprendían de la cuestión prejudicial y de las observaciones presentadas por los interesados en el procedimiento, pero, siendo una interpretación de derecho nacional, ello no impedía examinar dicha cuestión y llegar a una interpretación distinta dado que el Tribunal de Justicia no interpreta el derecho nacional,

---

directiva siempre que respeten los principios de equivalencia y efectividad (*BBVA*, EU:C:2015:731, ap.24).

correspondiendo dicha función única y exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>38</sup>.

No obstante, la solución que adopta la sentencia del Tribunal Constitucional para determinar si el procedimiento había o no había concluido es remitirse a las consideraciones que hizo el TJUE en la sentencia *Banco Primus*, donde se recogía 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» y 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». Con esta remisión al contenido de la sentencia *Banco Primus* se perdió la oportunidad de introducir algo de claridad en el problema suscitado y que ya hemos examinado pormenorizadamente al explicar el asunto *Banco Primus*, en relación al momento en que finaliza el procedimiento de ejecución hipotecaria y si verdaderamente debe considerarse que hasta que no hay toma de posesión del adquirente este no finaliza.

Como ya hemos explicado, la sentencia *Banco Primus* analizaba un procedimiento en el que se aplicaba la DT 4ª, de la Ley 1/2013, que había permitido un control de abusividad en aquellos procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor (en los que se había vedado dicho examen), siempre que no se hubiese tomado posesión del bien inmueble. Pero fuera de la aplicación de esta DT 4ª (replicada en la DT 3ª de la LCI), no existe ningún precepto de derecho español que anude una hipotética finalización del procedimiento de ejecución hipotecaria a la toma de posesión. El hecho de que la LEC regule en el

---

<sup>38</sup> Es el juez nacional el que tiene que explicar el marco jurídico nacional al TJ para que pueda pronunciarse y sin que a este le competa pronunciarse sobre la interpretación de las disposiciones de derecho nacional, correspondiendo exclusivamente al juez nacional valorar su alcance y la manera en que deben aplicarse al caso concreto (STJ de 11 de noviembre de 2018, *Somoza Herma e Ilunió Seguridat*, C-60/17, EU:C:2018:559, ap. 44). De hecho, si al Tribunal de Justicia se le somete una distinta interpretación del derecho nacional por el juez nacional, ello puede llevar a una interpretación diferente de la cuestión planteada, como ha ocurrido recientemente con las cuestiones prejudiciales españolas planteadas en torno a la indemnización de los contratos de trabajo temporales en relación con la indemnización de los trabajadores fijos comparables, donde el Tribunal de Justicia, en la sentencia *Montero Mateos* (STJ de 5 de junio de 2018, C-677/16, EU:C:2018:393), dio una respuesta distinta a la dada previamente en el asunto *Diego Porras* (STJ de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, EU:C:2016:683) en atención a una distinta explicación de la normativa española.

art. 675 una entrega de posesión judicial no significa que estemos ante un trámite más dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria dado que no tiene carácter necesario, solo acontece si lo solicita el «adquirente» y tiene su razón de ser en que hay supuestos en los que el ocupante, que no tiene derecho a permanecer en la vivienda porque ya se ha extinguido su título (si era la parte ejecutada) o porque es un tercer ocupante ajeno a la ejecución, no ha abandonado la vivienda. Supuestos estos patológicos que no necesariamente se dan, ni es necesario que se den, para considerar correctamente finalizado el procedimiento de ejecución hipotecaria. Por lo tanto, desaparecido el régimen transitorio de la DT 4ª, era posible estar a las normas generales y comprobar en qué momento termina el proceso de ejecución hipotecaria español y la posibilidad de declarar en su seno la nulidad de una cláusula del contrato<sup>39</sup>.

El voto particular a la STC 31/2019 llama la atención sobre el hecho de que en el procedimiento de ejecución hipotecaria examinado ya se había otorgado el decreto de adjudicación (art. 670.8 LEC<sup>40</sup>), el cual, una vez que sea firme y acompañado del oportuno mandamiento de cancelación de cargas, es el que determinará la inscripción de la finca a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución así como de todas las cargas, gravámenes e inscripciones que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas en el correspondiente procedimiento (arts. 133 y 134 de la Ley Hipotecaria).

Por lo tanto, si el testimonio de la adjudicación permite inscribir la finca a nombre del adjudicatario, no resulta desafortunado sostener que este es el momento en el que finaliza la ejecución hipotecaria porque es el momento en que se realiza el bien inmueble cumpliendo la finalidad de la ejecución

---

<sup>39</sup> Faustino Javier Córdón Moreno (2019) y sentencias de los órganos jurisdiccionales que cita, en particular, la sentencia de 7 de noviembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Valencia (JUR 2017\13728), y la sentencia de 14 de febrero de 2017, de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2017\830). La posibilidad de no extender la solución dada por Banco Primus a los procedimientos de ejecución hipotecaria que quedasen fuera del ámbito de aplicación de la DT 4ª también fue apuntada en mi trabajo «Diálogo entre los Tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE» (2018: 100).

<sup>40</sup> Indica el art. 670. 8 LEC que: «Aprobado el remate y consignado, cuando proceda, en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones, la diferencia entre lo depositado y el precio total del remate, se dictará decreto de adjudicación en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria».

hipotecaria y constituyéndose un nuevo derecho real. Sobre esta cuestión volveremos más adelante al hablar de la importancia de proteger las relaciones de propiedad ya nacidas. Pero, en esta lógica, cabe concluir que una vez firme el decreto de adjudicación, ya se ha transmitido la propiedad del bien inmueble y ya no quedan actuaciones pendientes que realizar en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, siendo así que las actuaciones que puedan realizarse con posterioridad no tendrían esa naturaleza.

Tampoco tendría esa naturaleza la entrega de la posesión porque no la pide el ejecutante, sino el adquirente del bien. Y, como hemos indicado, la entrega de la posesión puede no tener lugar porque el adjudicatario no lo solicite, puede no ser necesaria, e incluso puede no ser procedente. Así, no podemos olvidar la posibilidad que tienen determinados deudores hipotecarios, tras la ejecución de la hipoteca, de solicitar a la entidad que le sea arrendada su vivienda de forma que no sería necesaria esa entrega material y dado que permanecerían en la misma en su condición de arrendatarios. Esta última fue, además, una de las medidas que se fomentó para aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias<sup>41</sup>. Finalmente, la posesión también puede diferirse en el tiempo, dándose una total desconexión entre la toma de posesión y lo que fue inicialmente el procedimiento de ejecución hipotecaria. Así ocurrirá, por ejemplo, en los supuestos en los que se hubiera adjudicado al acreedor o a la persona que actúe por su cuenta la vivienda habitual de personas que se encuentren en supuestos de especial vulnerabilidad, en cuyo caso el Real Decreto Ley 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios estableció la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encontrasen en una situación de especial riesgo de exclusión, suspensión regulada ahora en el art. 1.1 de la Ley 1/2013. Esta suspensión se ha ido aumentando sucesivamente hasta mayo de 2024<sup>42</sup> y no parece que un lanzamiento suspendido durante 11 años, que luego pueda abocar a una toma

---

<sup>41</sup> Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (*BOE*, 60, de 10 de marzo de 2012), objeto de varias modificaciones ulteriores.

<sup>42</sup> Por el Real Decreto Ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social; por el Real Decreto Ley 5/2017, de 17 de marzo por el que se modifica el Real Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y por el Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública.

de posesión, se configure como una actuación ejecutiva del procedimiento de ejecución hipotecaria.

A estos efectos debe también recordarse que si existe deuda remanente, porque el producto de la subasta es insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte. Pero ya no estaremos tampoco ante una actuación ejecutiva dentro de la ejecución hipotecaria, porque se trata de un nuevo procedimiento de ejecución distinto y que exigirá presentar una nueva demanda (579.1 LEC).

Quizá el problema radica en intentar encontrar un momento exacto en el que fijar el fin de un procedimiento olvidándonos de que no estamos ante un procedimiento declarativo que concluya con el dictado de una sentencia. Estamos ante un procedimiento «ejecutivo» e «hipotecario» cuya finalidad es realizar el bien inmueble que constituye la garantía de forma que el mismo concluye cuando cumple su finalidad: realizar la garantía hipotecaria. Y las excepciones que quepa oponer contra el adjudicatario, en el trámite de la toma de posesión, no podrían tener su fundamento en la Directiva 93/13/CEE, dado que la acción ejercitada por el adjudicatario, esto es, por el nuevo propietario, no tiene su fundamento en el contrato de préstamo hipotecario (celebrado entre el profesional y el consumidor), sino en el título de adjudicación que le permite instar la entrega de la posesión.

En resumen, en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se ha producido la adjudicación de la vivienda ya no quedan actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. Cuestión distinta es que, como ya hemos examinado al analizar la sentencia *Banco Primus*, la DT 4ª de la Ley 1/2013 decidiese optar por permitir al consumidor alegar la abusividad en los procedimientos de ejecución que ya habían finalizado con la adjudicación de la vivienda subastada, siempre y cuando no se hubiera tomado posesión del bien inmueble. Siendo la aplicación de esta disposición la que finalmente parece que predominó en el ánimo del Tribunal de Justicia al resolver el asunto *Banco Primus*.

### 2.2.2. Ulterior recurso de derecho interno

El segundo óbice que fundamentaba el juez nacional para no plantear cuestión prejudicial era la posibilidad de un ulterior recurso en derecho interno. Al efecto, la STC 31/2019 valora que la resolución era firme y que el hecho de que el Tribunal Supremo hubiera planteado una cuestión prejudicial (la cuestión prejudicial Abanca Corporación Bancaria) no permitía llegar a una interpretación distinta dado que esta cuestión se había planteado por cuestiones relacionadas con la valoración del carácter abusivo de la cláusula y no sobre la posibilidad de su control, tras haberse dictado resolución

firme. La cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo efectivamente no trataba esta cuestión. No obstante, lo cierto es que prácticamente todos los procedimientos pendientes en los que se cuestionaba esta cláusula quedaron suspendidos, dado que la cuestión esencial que se discutía era si un procedimiento de ejecución hipotecaria podía continuar tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Por lo que, en la práctica, no siendo la misma cuestión, como señala la STC 31/2019, todas las ejecuciones hipotecarias iban a quedar afectadas por la sentencia que dictase el Tribunal de Justicia, dado que todas se basaban en la misma cláusula de vencimiento anticipado que había fundamentado la ejecución hipotecaria<sup>43</sup>. Cabe poner de relieve que tras la sentencia del TJUE resolviendo la cuestión prejudicial Abanca Corporación Bancaria<sup>44</sup>, el Tribunal Supremo dictó sentencia el 11 de septiembre de 2019<sup>45</sup> dando una serie de pautas u orientaciones jurisprudenciales para todos los procedimientos en los que no se hubiera producido la entrega de la posesión al adquirente, siguiendo lo que parece ya una dinámica jurisprudencial de extender hasta la toma de posesión la reversibilidad de una ejecución hipotecaria que, por su naturaleza, era irreversible con la adjudicación del bien inmueble.

### **2.3. La inexistencia de una resolución con fuerza de cosa juzgada y las exigencias de motivación**

Finalmente, el Tribunal Constitucional, una vez concluido que debía haber habido un control judicial de la abusividad, examina si concurría la excepción obstativa recogida en la sentencia *Banco Primus* con arreglo a la cual dicho examen no procedía si existía un control judicial previo de la cláusula en una resolución con fuerza de cosa juzgada. Este examen es de capital importancia dado que, como la sentencia *Banco Primus* afirma, no procedía llevar

---

<sup>43</sup> La cláusula era la misma, dado que antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 la práctica totalidad de las cláusulas de vencimiento anticipado incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario reflejaban el contenido del art. 693.2 de la LEC que en su redacción anterior a la reforma de la Ley 1/2013, permitía que las partes acordasen la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses, «si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y ese convenio constase inscrito en el Registro».

<sup>44</sup> STJ de 26 de marzo de 2019 STJ 26/03/2019, *Abanca Corporación Bancaria*, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250.

<sup>45</sup> STS 463/2019, de 11 de septiembre, ES:TS:2019:2761 (ponente don Pedro José Vela Torres).

a cabo dicho control si ya había habido un examen previo en una resolución firme.

El problema que se suscitó en el recurso de amparo a la hora de resolver esta cuestión es que si bien el Juzgado de Primera Instancia indicaba que había revisado el título, incluyendo dicha cláusula, tal y como el fiscal puso de manifiesto, no constaba en ningún apartado del auto despachando la ejecución que se hubiera producido un examen de oficio. Se trata, como ya hemos analizado, del mismo problema debatido en el asunto *Banco Primus* en relación a si es necesario una exteriorización del juicio de abusividad para que se considere que ha habido un control de la abusividad en una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Al despachar la ejecución hipotecaria, lo que el Juzgado de Primera Instancia había indicado es que había examinado el título ejecutivo pero el Tribunal Constitucional consideró, en la STC 31/2019, que estamos analizando, que esta motivación era «insuficiente a los efectos de considerar que, sin género de dudas, se realizó dicho control, máxime cuando de dicha argumentación se va a 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». Debe recordarse que en *Banco Primus* el Tribunal de Justicia no exigió la exteriorización del juicio de abusividad en relación con la cláusula individualmente considerada, sino que consideró suficiente un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato. Y zanjó el debate indicando al juez nacional que él debía comprobar si dicho control se había llevado o no cabo, sin indicar que la no existencia de una motivación expresa pudiese ser un óbice para apreciar la existencia de cosa juzgada.

El Tribunal Constitucional va más allá y exige un plus de motivación conforme a su doctrina con arreglo a la cual 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 (STC 209/1993, de 28 de junio, FJ1 y 35/2002, de 11 de febrero, FJ3). Y esto considera que es exigible «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 esta forma, al no haber contestado de forma motivada acerca de la existencia de un control de la cláusula previo a la denuncia, concluye que el juzgado vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (24.1 CE) y la recurrente se vio privada de un pronunciamiento sobre el fondo sobre la eventual abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en su contrato de préstamo hipotecario. Estas consideraciones son retomadas

en las posteriores SSTC 30/2020, de 24 de febrero<sup>46</sup>, y 48/2020, de 15 de junio<sup>47</sup>, precisando la primera «que un supuesto examen completamente inmotivado [...] [no puede][...] servir para rechazar la revisión del clausulado instada por el recurrente al amparo de la Directiva 93/13/CEE [...]».

Lo cierto es que esta exigencia de motivación expresa, en relación con la cláusula controvertida, viene a ser un requisito de carácter procesal, y, por lo tanto, su exigencia o no en el ámbito nacional es perfectamente posible siempre que respeten los ya citados principios de equivalencia y efectividad. Teniendo en cuenta que en este caso opera en garantía del consumidor una exigencia más estricta que la que se deriva de la Directiva 93/13/CEE, en la forma que la ha interpretado el Tribunal de Justicia, no parece que pueda ser contrario a la Directiva 93/13/CEE. No obstante, como pone de manifiesto el voto particular, hubiera sido también posible concluir que no era necesario haber expresado una motivación separada en la resolución dictada pudiendo hacerse «en su conjunto». Lo cual además puede considerarse que hubiera sido una interpretación coherente con las reformas operadas por la Ley 1/2013 y la Ley 42/2015<sup>48</sup> que dejan claro que el tribunal examinará de oficio si alguna de las cláusulas incluidas en el título ejecutivo puede ser calificada de abusiva. De esta forma, con el despacho de ejecución ahora el órgano judicial procede siempre a controlar de oficio las cláusulas del título ejecutivo que fundamentan el despacho de la ejecución. Pero, con la regulación actual, solo cuando la cláusula pueda ser considerada abusiva el juez exteriorizará un juicio sobre ello, previa audiencia de las partes.

Es de prever que la aplicación de esta exigencia de motivación conlleve una serie de problemas que tendrán que irse solventando caso a caso por la jurisprudencia. Uno de estos problemas sería valorar si ahora sería procedente que con el despacho de la ejecución hipotecaria hubiera un pronunciamiento motivado sobre las cláusulas que fundamentan el despacho de la ejecución o que determinan la cantidad exigible. Nos referimos únicamente a estas cláusulas porque son las cláusulas relevantes para una ejecución sin que pueda ser razonable exigir un pronunciamiento sobre todo el clausulado de todo contrato de préstamo hipotecario que sirva de fundamento a una ejecución hipotecaria. Sobre esta última cuestión, es cierto que en el asunto *Banco Primus* el Tribunal de Justicia utiliza la expresión «clausulado», si bien esta expresión estaba enmarcada en la discusión que hubo de si había examinado o no la

<sup>46</sup> BOE, 83, de 26 de marzo de 2020.

<sup>47</sup> BOE, 196, de 18 de julio de 2020.

<sup>48</sup> Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE, 239, de 6 de octubre).

abusividad de la cláusula controvertida ante la ausencia de una motivación expresa en el auto que resolvió que no había cláusulas abusivas. Así, no se puede desconectar *Banco Primus* con pronunciamientos previos contenidos en *Aziz*<sup>49</sup> y *Sánchez Morcillo y Abril García*<sup>50</sup> y *Sánchez Morcillo y Abril García II*<sup>51</sup> en los que se indica que el tribunal que tramita un procedimiento ejecutivo debe examinar de oficio si las cláusulas contractuales que constituyen el fundamento de la demanda (es decir, en las que se basa la petición de ejecución) son o no son abusivas.

A estos efectos las cláusulas que constituyen el fundamento de la ejecución hipotecaria o que determinan la cantidad exigible son usualmente las relativas al vencimiento anticipado, a los intereses moratorios, las cláusulas suelo, las de redondeo o los índices que afecten al interés remuneratorio y que puedan adolecer de problemas de transparencia<sup>52</sup>. Se trataría en definitiva de identificar aquellas cláusulas relevantes para resolver sobre el despacho de la ejecución hipotecaria, porque, como explica la ya citada STS de 23 de enero de 2020, el control de oficio se ejercita en conexión con las pretensiones de las partes y no en abstracto o con independencia de tales pretensiones.

Quizá otro problema que se plantee con esta exigencia de motivación es la coherencia que haya de darse (si es que hubiera que darse) entre la cosa juzgada formal dentro del procedimiento de ejecución hipotecaria, y la cosa juzgada del proceso de ejecución en relación a un proceso declarativo posterior (que sería una suerte de cosa juzgada material) cuando se susciten alegaciones que se realizaron en el propio proceso ejecutivo<sup>53</sup> o respecto de las que pudiendo haberse efectuado no se alegaron. Así, una vez que en el proceso ejecutivo hipotecario cabe oponer la existencia de cláusulas abusivas, y el juez

<sup>49</sup> *Aziz*, EU:C:2013:164, apdo. 64.

<sup>50</sup> STJ de 17 de julio de 2014, C-169/14, EU:C:2014:2099, apdo. 27.

<sup>51</sup> ATJ de 16 de julio de 2015, C-539/14, EU:C:2015:508, apdo. 45.

<sup>52</sup> Para una reflexión acerca de las cláusulas relevantes a los efectos de un control de abusividad en la ejecución hipotecaria puede verse la Guía Rápida de Francis Lefebvre (Jiménez Segado, 2019:59).

<sup>53</sup> Si bien el art. 695.4 de la LEC, tras la modificación operada por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE, núm. 217, de 6 de septiembre de 2014) parece anudar también el efecto de la cosa juzgada material a los autos que resuelvan la oposición por la existencia de cláusulas abusivas, lo cierto es que este efecto sigue siendo discutido por la doctrina. Un sector de la misma considera que sería una opción legal razonable, habida cuenta del incremento de causas de oposición actualmente vigentes, pero respecto a aquellas causas de oposición respecto de las que la ley no limite los medios de prueba admisibles (García-Rostán Calvín, 2014: 557).

nacional está obligado a controlarlas de oficio, la aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia de 27 de septiembre de 2017<sup>54</sup>, hace presuponer que se dan los efectos de cosa juzgada, y ello aunque no haya habido un pronunciamiento expreso sobre la abusividad de una determinada cláusula contractual. El examen de esta última cuestión excede de la finalidad de este artículo, que se limita a examinar el control incidental de la abusividad que puede llevar a cabo el juez nacional, de oficio, o a instancia del consumidor, por vía de excepción, en un procedimiento de ejecución hipotecaria y las implicaciones que pueden derivarse de la STC 31/2019.

Así, el problema de dilucidar la cosa juzgada del procedimiento de ejecución hipotecaria surgirá fuera del procedimiento de ejecución hipotecaria, en el supuesto de que el deudor-ejecutado promueva, tras la adjudicación del bien inmueble, y mediante el oportuno procedimiento declarativo, una demanda que tenga por objeto declarar la abusividad (y nulidad) de una cláusula contractual que haya fundamentado el despacho de la ejecución hipotecaria. En este supuesto el juez nacional deberá dilucidar si hay cosa juzgada derivada del previo procedimiento de ejecución hipotecaria<sup>55</sup>, y, en ese caso, podrá concluirse que el derecho del consumidor ya ha precluido. Pero si no hay cosa juzgada, entonces se abre la posibilidad de que el juez declare la nulidad de dicha cláusula contractual, y, en su caso, del procedimiento de ejecución hipotecaria ya finalizado, con el problema de fijar los efectos sobre la propiedad constituida en el seno de dicho procedimiento. Pero, como ya hemos advertido, son cuestiones ajenas al control «incidental» que puede tener lugar en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria, y sobre las que, por lo tanto, no se ha pronunciado aún el Tribunal de Justicia, dado que los asuntos *BBVA* y *Banco Primus* se ciñen al examen del control incidental de abusividad que puede tener lugar en el marco de las acciones ejercitadas por un profesional contra un consumidor, fundadas en un contrato celebrado entre ellos, y el asunto *Banco Santander* examina los límites a dicho control cuando la acción es ejercitada por el adjudicatario del bien inmueble en el ejercicio de las facultades inherentes a su título de propiedad.

---

<sup>54</sup> STS 526/2017, de 27 de septiembre (ponente don Pedro José Vela Torres), en la que se concluyó que dado que la LEC, en su redacción anterior a la Ley 1/2013, no permitía oponerse a la ejecución mediante la alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el título, no podía apreciarse, en virtud de dichas circunstancias, la concurrencia de cosa juzgada en un proceso declarativo posterior, cuyo fundamento es la abusividad de determinadas cláusulas del contrato de préstamo con garantía hipotecaria (Vela Torres, 2017).

<sup>55</sup> Cordon Moreno (2020).

#### 2.4. El otorgamiento del amparo

Todo lo explicado hasta ahora lleva al Tribunal Constitucional a concluir que el Juzgado de Primera Instancia no se atuvo a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, y al no entrar a analizar la nulidad de la cláusula contractual, ni haber planteado cuestión prejudicial: i) 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; ii) incurrió por ello en una «interpretación irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso»; iii) y vulneró de este modo el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente (24.1 CE). En consecuencia, otorga el amparo solicitado, declara la nulidad de la resolución que lo ha vulnerado y ordena la retroacción de las actuaciones al momento procesal oportuno para que el órgano judicial dicte una nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

#### IV. LA EXISTENCIA DE OTRAS EXCEPCIONES MÁS ALLÁ DE LA COSA JUZGADA: LA EXISTENCIA DE UN DERECHO DE PROPIEDAD

Finalmente debe señalarse que la sentencia *Banco Primus* no parece que establezca una regla con arreglo a la cual la única excepción para oponer la existencia de cláusulas abusivas sea la existencia de una resolución con fuerza de cosa juzgada. Parece lógico concluir que podría haber otros supuestos, aunque los mismos no aparezcan recogidos en la sentencia, siendo así que no aparecen porque no fueron puestos de relieve en el procedimiento por el juez nacional. Además de la posible finalización del procedimiento, existen dos elementos sobre los que sería necesario reflexionar en supuestos como los que se planteó el recurso de amparo: por una parte, el de la seguridad jurídica y el de la protección de las relaciones de propiedad ya adquiridas y, por otra parte, el principio con arreglo al cual el principio de efectividad no puede llegar hasta suplir íntegramente la total pasividad del consumidor<sup>56</sup>.

En relación al derecho de propiedad, como hemos advertido, a partir del testimonio del secretario judicial el rematante o adjudicatario adquiere el derecho real sobre el bien inmueble ejecutado. Así viene considerándose tradicionalmente por la doctrina mayoritaria que defienden que en el caso de realización de bienes inmuebles:

<sup>56</sup> STJ de 10 de septiembre de 2014, *Kusionová*, C-34/13, EU:C:2014:2189, ap. 56.

[...] la «traditio» del bien, que consuma la «venta», se produce con la entrega al adquirente (rematante, adjudicatario o comprador) del testimonio del Secretario Judicial, comprensivo de las circunstancias referidas en el artículo 674.1, que vino a sustituir a la escritura pública en la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril. Se trata de una forma de entrega simbólica, porque se opera sin necesidad de que tenga lugar la transmisión de la posesión material del bien, y a partir de ese momento el rematante o adjudicatario adquiere el derecho real sobre el mismo en los términos del artículo 1095CC<sup>57</sup>.

Y, en igual sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando que la transmisión de la propiedad del bien subastado se produce mediante el otorgamiento del auto o decreto de adjudicación. Así, recientemente, la STS de 1 de marzo de 2017, recuerda que:

En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre), este será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil<sup>58</sup>.

Por lo tanto, en los supuestos en los que se plantee un control de abusividad tras la firmeza del decreto de adjudicación y del testimonio del secretario judicial, se daría la circunstancia de que se estaría formulando una excepción de abusividad frente al adquirente del bien inmueble basada en un contrato de préstamo hipotecario, del cual, siguiendo las palabras de la sentencia *Banco Santander*, este no podría ser parte, y ello «...podría afectar a la seguridad jurídica en las relaciones de propiedad ya nacidas». En el asunto *Banco Santander* el adquirente era la entidad financiera, es decir, había sido parte en el contrato de préstamo hipotecario ya ejecutado, si bien ello no impidió que el Tribunal de Justicia concluyese en ese asunto que: «En estas circunstancias, las disposiciones de la Directiva 93/13 no pueden invocarse eficazmente para oponerse al reconocimiento y a la protección de los derechos

<sup>57</sup> Cordón Moreno *et al.*, 2001: 490, y Hernández Vergara *et al.*, 2010: 1099.

<sup>58</sup> STS 139/2017, de 1 de marzo de 2017, ES:TS:2017:712, ponente don Antonio Carceller.

reales del propietario de dicho bien». Y es que, al fin y al cabo, las acciones que pueda entablar el nuevo propietario —entre ellas, la toma de posesión del bien adjudicado— no tienen como fundamento un contrato de préstamo hipotecario que pueda contener cláusulas abusivas, sino un título de propiedad, el testimonio del decreto de adjudicación, de forma que falta la base jurídica que permita llevar a cabo el control de abusividad que deriva de la Directiva 93/13/CEE.

La aplicación de estas consideraciones y la posibilidad o no de realizar un control incidental de abusividad tras la realización de la garantía real es el objeto de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, en el auto de 12 de julio de 2019, y que ha dado lugar al asunto C-600/19, *Ibercaja Banco*, aún pendiente de sentencia. En este auto se elevan al Tribunal de Justicia las incoherencias que deben salvarse y que atañen precisamente al efecto «consuntivo del proceso de ejecución hipotecaria» que se produce con el título de adjudicación (el testimonio del decreto de adjudicación) que supone el modo con el que se consuma la transmisión de la finca y que puede acceder al Registro de la Propiedad. Y todo ello en relación a si es procedente o no plantear un control de abusividad cuando la garantía real, la hipoteca, se realizó. Solo hay que esperar que la respuesta del Tribunal de Justicia permita arrojar de forma definitiva un poco de luz en el problema todavía persistente de hasta qué momento la protección del consumidor que deriva de la Directiva 93/13/CEE exige un control incidental de abusividad. Y si dicho control puede prevalecer sobre derechos igualmente legítimos, cuya protección debe quedar también amparada por el ordenamiento jurídico, como son los derechos de propiedad ya nacidos, tal y como reconocía el Tribunal de Justicia en el asunto *Banco Santander*.

## V. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA SALVAGUARDA DE LA PRIMACÍA DEL DERECHO DE LA UNIÓN

La STC 31/2019 avanza en la doctrina que paulatinamente el Tribunal Constitucional está desarrollando en relación a la relevancia constitucional que puede tener el incumplimiento del derecho de la Unión, en la que sin duda alguna destaca la STC 232/2015, en la que concluyó que al no aplicar un órgano jurisdiccional nacional una norma de derecho de la Unión, con arreglo a la interpretación que el Tribunal de Justicia había dado a un caso idéntico, esto había supuesto una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión de la interpretación señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante (el TJUE), vulnerando con ello el principio de primacía del derecho de la Unión y el derecho a la tutela judicial efectiva del

recurrente (24.1 CE). En este supuesto el Tribunal Constitucional también señaló que esa actuación se había llevado a cabo sin motivar la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial.

El hecho de que el Tribunal Constitucional coadyuve a la salvaguarda del derecho de la Unión se enmarca en el esquema que los tratados fundacionales diseñaron para garantizar la aplicación de dicho derecho, en el que se decidió que las vías de recurso para hacer valer los derechos que este ordenamiento jurídico confiere a los ciudadanos serían los establecidos en el derecho nacional. Pero, como se indica en el art. 19 apdo. 1, párr. 2 del TUE, y recoge la STC 31/2019, estas vías de recurso deben garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión<sup>59</sup>.

Y es en este contexto en el que puede entenderse la afirmación que recoge la STC 31/2019 al indicar que: «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». Esta circunstancia, junto con el hecho de que afectase 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 (47 CE) y la defensa de los consumidores (51 CE), llevaron al Tribunal a concluir, en la STC 31/2019, que el asunto cumplía el requisito de tener especial trascendencia constitucional porque trascendía del caso concreto al plantear una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social.

No puede negarse que la intervención del Tribunal Constitucional, en los supuestos en los que esté en entredicho la primacía del derecho de la Unión, fortalece el funcionamiento correcto del sistema jurídico de la Unión, y también puede prevenir un posible incumplimiento del derecho europeo, el cual también cabe imputarse a los órganos jurisdiccionales cuando incurren en una violación suficientemente caracterizada del derecho de la Unión y en la forma que viene recogiendo la jurisprudencia del TJUE<sup>60</sup>.

Pero sin duda alguna es una doctrina que deberá perfilarse, teniendo en cuenta que la aplicación del derecho de la Unión por nuestros jueces nacionales es ya habitual y que en muchos supuestos los justiciables consideran que

---

<sup>59</sup> Como el Tribunal de Justicia recordó en la sentencia *Associação Sindical Dos Juízes Portugueses*, el art. 19 TUE atribuye el cometido de garantizar el control judicial en el ordenamiento jurídico de la Unión no solo al Tribunal de Justicia, sino también a los tribunales nacionales, de modo que estos últimos desempeñan, en colaboración con el Tribunal de Justicia, una función que se les atribuye en común con el objeto de garantizar el cumplimiento del derecho en la interpretación y en la aplicación de los tratados (STJ de 27 de febrero de 2018, C-64/16, EU:C:2018:117, ap. 32 y 33).

<sup>60</sup> STJ de 30 de septiembre de 2003, *Köbler*, C-224/01, EU:C:2003:513, ap. 50.

las sentencias que el Tribunal de Justicia dicta no se están aplicando de forma correcta. Y si en los supuestos en los que existe un precedente del Tribunal de Justicia respecto a un caso idéntico es sencillo encontrar esa interpretación «auténtica» (este era el caso de la STC 232/2015, de 5 de noviembre de 2015), en su caso preterida por el órgano judicial nacional, trasladar la respuesta que da el Tribunal de Justicia en una sentencia a un supuesto que no es idéntico resulta más complicado. Ello exige un esfuerzo adicional de examinar el pronunciamiento del Tribunal de Justicia, interpretar su alcance y concluir que el mismo era verdaderamente aplicable, además de asumir el riesgo de llegar a una interpretación que puede no ser la que verdaderamente perseguía el fallo de la sentencia o que luego puede contradecir el Tribunal de Justicia en otra sentencia posterior que analice el mismo supuesto. Y esto plantearía también la duda de si el Tribunal Constitucional puede llegar a verse en la necesidad de plantear él mismo al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre el alcance de una sentencia que este haya dictado, para determinar esa interpretación auténtica y comprobar si verdaderamente ha habido una vulneración del principio de primacía.

### **Bibliografía**

- Cordón Moreno, F. J. *et al.* (2001). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Cizur Menor: Aranzadi.
- (2019). *Límite temporal para apreciar, dentro del proceso de ejecución hipotecaria, el carácter abusivo de una cláusula*. Disponible en: <https://bit.ly/34BgU0j>.
- (2020). *Del límite temporal para hacer valer el carácter abusivo de una cláusula contractual hipotecaria concluido el proceso de ejecución*. Disponible en: <https://bit.ly/3mDCGad>.
- García-Rostán Calvín, G. (2014). Efectos del pronunciamiento sobre cláusulas abusivas obtenido en el incidente de oposición a la ejecución forzosa: cosa juzgada y posibilidad de extensión a consumidores que no han sido parte. En E. Carbonell Porras y R. Cabrera Mercado (dirs.). *Intereses colectivos y legitimación activa* (pp. 549-560). Cizur Menor: Aranzadi.
- García-Valdecasas Dorrego, M. J. (2018). *Diálogo entre los Tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE*. Madrid: Fundación Registral.
- Hernández Vergara, A. *et al.* (2010). *Enjuiciamiento Civil. Comentarios a las reformas procesales*. Madrid: Sepin.
- Jiménez Segado, C. (2019). *Ejecución Hipotecaria*. Madrid: Francis Lefebvre.
- Rois Alonso, J. C. (2019). Cruz Ximena, un caso particular demasiado generalizable. Los derechos de los consumidores y las cláusulas abusivas en la sentencia del

- Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019. *Jueces para la democracia*, 94, 85-88.
- Sabater Bayle, E. (2017). Ejecución hipotecaria: incidentes de oposición, plazo de preclusión, y derechos de los consumidores. *Aranzadi civil-mercantil*, 6, 135-145.
- Vela Torres, P.-J. (2017). No existe cosa juzgada en el declarativo posterior a la ejecución hipotecaria, cuando no podía oponerse la abusividad. *Diario La Ley*, 9105, 22-12-2017.