

**DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y TUTELA JUDICIAL
EFECTIVA**

**La tutela de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del
Tribunal Constitucional**

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN
Profesor de Derecho Procesal
Departamento de Derecho Procesal y Derecho Penal
Universidad Complutense de Madrid
gschuman@ucm.es

ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-1934-7808>

Trabajo publicado en ROMERO DE PRADAS, M^a. I. (dir.), *Hacia una tutela efectiva de consumidores y usuarios*, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 249-264 [ISBN: 9788411305297].

DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La tutela de los consumidores y usuarios en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Guillermo SCHUMANN BARRAGÁN

Doctor en Derecho

Profesor ayudante

Departamento de Derecho procesal y Derecho penal

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. EL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS PODERES DEL JUEZ. 2.1. La materialización del Derecho procesal: la obligación de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas; 2.2. La naturaleza de orden público de algunas normas del Derecho europeo de consumo. — III. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: EL SISTEMA DE FUENTES Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA. — IV. EL DERECHO DE LA UE Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. 4.1. El derecho a una sentencia motivada y fundada en Derecho (art. 24 CE); 4.2. La integración del Derecho de la UE a través del derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del TC; 4.3. Una visión crítica: el sistema de fuentes y el derecho a la tutela judicial efectiva.— EXCURSO: LA NATURALEZA DE ORDEN PÚBLICO DEL DERECHO MATERIAL APLICABLE Y EL PRINCIPIO DISPOSITIVO. — V. CONCLUSIÓN.¹

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Constitucional ha fijado como doctrina en su sentencia de Pleno núm. 31/2019 de 28 de febrero que la falta de aplicación de una norma europea —o de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpreta— puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva.² Y ello por cuanto puede suponer una selección irrazonable o arbitraria de la norma aplicable que, al desvincularse del sistema de fuentes, infringe el derecho fundamental en su vertiente del derecho a una sentencia motivada y fundada en Derecho. Esta doctrina ha permitido vincular la efectividad de la tutela judicial de los consumidores y usuarios reconocida por el Derecho de la Unión con el art. 24 CE.

Esta sentencia del TC ha sido seguida, entre otras, por las SSTC núm.; 8/2021 de 25 enero; 12/2021 de 25 enero; 92/2021 de 10 mayo; 101/2021 de 10 mayo; 102/2021 de 10 mayo; 48/2020 de 15 junio; 75/2017 de 19 junio; 150/2021 de 13 septiembre; 154/2021 de 13 de septiembre; 6/2022 de 24 enero 9/2022 y de 7 de febrero.³ En todas ellas subyace

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación “Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros” (PGC2018-094693-B-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

² STC (Pleno) núm. 31/2019 de 11 de marzo [ECLI:ECLI:ES:TC:2019:31].

³ STC núm. 8/2021 de 25 enero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:8]; STC núm. 12/2021 de 25 enero [ECLI:ECLI:ES:TC:2021:12]; STC núm. 92/2021 de 10 mayo [ECLI:ES:TC:2021:92]; STC núm. 101/2021 de 10 mayo [ECLI:ES:TC:2021:101]; STC núm. 102/2021 de 10 mayo [ECLI:ES:TC:2021:102];

una actuación similar del juez a la que se le atribuye la vulneración del derecho fundamental. El ejecutado solicitaba, después de precluida la oposición a la ejecución, que el juez controlara la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo conforme a la doctrina del TJUE fijada en el asunto *Banco Primus* (C-421/14).⁴ El órgano jurisdiccional rechazaba el control ya que (i) había precluido la posibilidad de oponerse a la ejecución por ese motivo (arts. 136, 556.1 y 695 LEC) y, por cuanto, (ii) el despacho de la ejecución suponía de forma implícita un examen de la adecuación y validez del título (art. 552 LEC). Después del correspondiente incidente de nulidad de actuaciones, el ejecutado interponía un recurso de amparo. En este se alegaba que el desconocimiento o la falta de aplicación de la jurisprudencia del TJUE que imponía al juez controlar de oficio la existencia de cláusulas abusivas constituía una actuación que vulneraba su derecho a la tutela judicial efectiva.

En este contexto, el trabajo pretende analizar en el marco de los procesos civiles (i) la incidencia que el Derecho europeo de consumo tiene en la configuración de los poderes del juez; (ii) la integración del Derecho de la Unión en el ordenamiento español y su posición en el sistema de fuentes; y (iii) la relación que existe entre la correcta aplicación e interpretación del Derecho europeo y el derecho a la tutela judicial efectiva.

II. EL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DE LOS PODERES DEL JUEZ

Con base en las competencias legislativas atribuidas a la UE (arts. 114.3 y 169 TFUE), ha sido espectacular el desarrollo que el Derecho europeo de consumo ha tenido en las últimas décadas. Esto es una consecuencia de la importancia que la protección de los consumidores tiene en la agenda política de la UE y en el entendimiento de que un nivel equivalente en todos los EE. MM. fomenta la competencia y fortalece el mercado interior. El Derecho europeo de consumo está formado por distintas directivas y reglamentos que han incidido directamente en los ordenamientos privados y procesales de los EE. MM.⁵ Entre ellas, como es conocido, la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas.

STC núm. 48/2020 de 15 junio [ECLI:ES:TC:2020:48]; STC núm. 75/2017 de 19 junio [ECLI:ES:TC:2017:75]; STC núm. 150/2021 de 13 septiembre; [ECLI:ES:TC:2021:150]; STC núm. 154/2021 de 13 septiembre [ECLI:ES:TC:2021:154]; STC 6/2022 de 24 enero [RTC\2022\6]; STC núm. 9/2022 de 7 de febrero [ECLI:ES:TC:2022:9].

⁴ STJUE de 26 de enero de 2017 *Banco Primus, S.A., contra Jesús Gutiérrez García*. Asunto C-421/14 [ECLI:EU:C:2017:60].

⁵ Puede encontrarse una interesante recopilación de las normas que integran el Derecho europeo de consumo en los portales web temáticos de la Comisión Europea (https://ec.europa.eu/info/policies/consumers_en) y el Parlamento Europeo (<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/en/sheet/47/las-medidas-de-proteccion-de-los-consumidores>).

La protección de los consumidores es uno de los pilares fundamentales de la actividad legislativa de la UE. Es una prioridad política que se inserta en la idea de superar la «Europa de los mercaderes» y construir una «Europa de los ciudadanos» en el marco de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Esto explica la forma en la que se ejercitan por las Instituciones de la UE las competencias que les atribuyen los tratados para influir cada vez con más intensidad en distintos sectores de la vida social.⁶

2.1. La materialización del Derecho procesal: la obligación de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas

El Derecho europeo de consumo ha influido de manera directa en la configuración de los poderes del juez cuando tutela los derechos de los consumidores. A raíz del planteamiento de varias cuestiones prejudiciales, el TJUE ha declarado que «el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello» [(STJUE *Banco Primus*, (C-421/14)].⁷ Este examen debe realizarse en cualquier momento durante la pendency del proceso —declarativo o ejecutivo—, siempre que no exista una resolución con fuerza de cosa juzgada que ya hubiera realizado este control.

Como se sabe, el proceso civil es un *instrumento artificial* que crea el legislador para que se dispense la tutela judicial efectiva.⁸ En el diseño de todo proceso civil debe determinarse cómo se distribuyen entre el tribunal y las partes las distintas tareas que de ordinario deben llevarse a cabo para que este cumpla su fin institucional. La configuración legal del papel del juez es fruto de una decisión de *política legislativa* que suele concretarse en la configuración de los principios jurídicos-técnicos sobre los que se construye el proceso.⁹ Los principios dispositivo y de aportación de parte son, por ello, *principios contingentes*.¹⁰ Su contenido no viene dado por la naturaleza de las cosas, sino que responde a distintas razones técnicas y/o ideológicas. Estas están dirigidas a que el

⁶ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo y legislación procesal civil nacional: entre autonomía y armonización*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires- São Paulo, 2018, pp. 16-17.

⁷ En el mismo sentido, las SJTUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, Asunto C-415/11 [EU:C:2013:164] y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, Asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15 [EU:C:2016:980].

⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho procesal civil. Materiales para el estudio*, pp. 67-68. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/67579/>

⁹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez en el proceso civil. Frente a ideología, prudentia iuris*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 23-24, 42-43. Igualmente en DE LA OLIVA SANTOS, A., “El papel y los poderes del juez en el proceso civil”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, Valencia, junio 7/2010.

¹⁰ DE LA OLIVA SANTOS, A., “El papel y los poderes del juez”, *op. cit.*, p. 39.

proceso sea un instrumento efectivo para la tutela judicial de los derechos materiales, sea más eficiente, rápido o consiga otros fines que se consideran deseables.¹¹

La incidencia que el Derecho europeo de consumo y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta tiene en la configuración de los poderes del juez se desenvuelve en este contexto. La obligación impuesta a los órganos jurisdiccionales de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas es un instrumento de política legislativa por el que, a través de la materialización del Derecho procesal, se pretende la realización de unos intereses que el legislador europeo considera de orden público.¹²

2.2. La naturaleza de orden público de algunas normas del Derecho europeo de consumo

El TJUE ha declarado que varias de las normas europeas que regulan los derechos de los consumidores y su tutela judicial son de orden público. Entre ellas, el artículo 6 de la Directiva 93/13 del que nace la obligación del juez de apreciar de oficio la existencia de las cláusulas abusivas [STJUE *Asturcom Telecomunicaciones*, (C-40/08)].¹³

El que una norma material o procesal sea de orden público tiene consecuencias en el plano material y procesal. El orden público es una cláusula general funcional que, aunque tiene unos contornos más o menos determinables, adapta su contenido a cada una de las parcelas en las que proyecta su eficacia. En general, es una «ventana» que irradia en los distintos sectores del sistema aquellos derechos y principios que se consideran nucleares a nivel nacional, europeo o internacional—los derechos fundamentales o, a nivel europeo, la protección de los consumidores—.

La naturaleza de orden público vincula directamente al juez en su labor de aplicación e interpretación del ordenamiento. Esto, junto con el principio de *iura novit curia*, supone que el juez deba aplicar por sí mismo aquellas normas materiales y procesales que tengan tal carácter (*vid. infra*).

El Derecho de la UE obliga a los EE. MM. a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que aquel reconoce (art. 19 TUE). Además, los individuos tienen el derecho fundamental a obtenerla (art. 47 CDFUE). Estas son las dimensiones objetiva —garantías de organización y procedimiento— y subjetiva de la tutela judicial efectiva del Derecho de la Unión que son operativas ante las distintas administraciones de justicia de los EE. MM. Esto, sumado al principio de efectividad y a

¹¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *El papel del Juez*, *op. cit.*, pp. 65-66, 74-80.

¹² En relación con el fenómeno de materialización del Derecho procesal *vid.* KEHRBERGER, R. F., *Die Materialisierung des Zivilprozessrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2019.

¹³ STJUE de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, Asunto C-40/08 ECLI:EU:C:2009:615]. En el mismo sentido, STJUE 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, Asuntos C-154/15, C-307/15 y C-308/15 [EU:C:2016:980] y STJUE de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, Asunto C-488/11 [EU:C:2013:341].

la naturaleza de orden público del Derecho material aplicable, cualifica la obligación del juez español —en su doble condición de juez nacional y europeo— de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas.

III. LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO EUROPEO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO: EL SISTEMA DE FUENTES Y EL PRINCIPIO DE PRIMACÍA

El Derecho de la UE es un ordenamiento jurídico dotado de principios, normas y un complejo entramado institucional con competencias para su creación, aplicación e interpretación. El ordenamiento europeo —y con ello, el Derecho europeo de consumo— se integra directamente en el ordenamiento interno a través de los artículos 93 y 96 de la CE y el artículo 1.5 del CC.¹⁴ Gráficamente puede decirse que esta es la puerta a través de la que entra jurídicamente el Derecho de la UE en el sistema y, de esta manera, se convierte en una fuente del Derecho más.¹⁵

El Derecho de la UE —y en cierta manera, de ahí deriva su carácter *sui generis*— se incorpora en el ordenamiento interno con primacía [STJUE *Costa contra E.N.E.L.* (C-6/64)].¹⁶ El principio de primacía regula la relación que el Derecho de la UE tiene con el *resto* de las fuentes del ordenamiento en el que se integra. A través de él se puede conseguir la coexistencia de un Derecho europeo uniforme, coherente y estable que convive integrado en el mismo espacio y tiempo en 27 ordenamientos nacionales.

El principio de primacía del Derecho de la UE se materializa en dos cuestiones concretas. En el caso de que exista una norma nacional contraria al Derecho europeo, debe buscarse una interpretación conforme que permita adecuar su aplicación a este último [STJUE *Poplawski* (C-537/17)].¹⁷ El único límite es la imposibilidad de llevar a cabo una interpretación *contra legem* de la norma —se puede interpretar, pero no llegar a forzar una aplicación contraria a su tenor literal o al de otra—. De no ser posible esta interpretación conforme, el principio de primacía impone al juez —en su doble condición de juez nacional y europeo— la obligación de inaplicar la norma nacional y de aplicar la

¹⁴ SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., “Comentario del art. 96” en CASAS BAAMONDE, M. E., *et al.* (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo II.*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, pp. 335-371; SARMIENTO, D., “El Tribunal Constitucional español y el diálogo judicial europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 77, 2021, pp. 11-12.

¹⁵ REMIRO BROTONS, A., “Comentario del art. 96” en ALZAGA VILLAMIL, O. (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, EDERSA, Madrid, 1988, pp. 637-638; SÁENZ DE SANTA MARÍA, P. A., *Sistema e Derecho Internacional Público*, Aranzadi, 6^a ed., Cizur-Menor, 2020, cap. III, VI, 3.

¹⁶ STJUE de 15 de julio de 1964, *Costa contra E.N.E.L.*, Asunto C-6/64 [ECLI:EU:C:1964:66].

¹⁷ STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Poplawski*, Asunto C-537/17 [ECLI:EU:C:2019:530]. En el mismo sentido, las STJUE 19 de diciembre de 2013, *Koushkaki*, Asunto C-84/12 [EU:C:2013:862], de noviembre de 2016, *Ognyanov*, Asunto C-554/14 [EU:C:2016:835], entre otras.

correspondiente norma europea —*Anwendungsvorrang*—. ¹⁸ Esto supone que del principio de primacía nace un peculiar *control difuso de europeidad de las normas nacionales* que es llevado a cabo por el juez nacional. ¹⁹

La obligación de inaplicar una norma nacional contraria a una norma europea fue formulada inicialmente en términos casi absolutos por el TJUE [STJUE *Simmenthal* (C-106/77)]. ²⁰ La jurisprudencia del Tribunal ha ido evolucionando y, en la actualidad, se considera que esta obligación solo es predicable respecto de aquellas normas europeas con efecto directo —*i.e.*, aquellas que pueden ser directamente invocadas por los particulares—. Este efecto lo tienen, en principio, el Derecho primario, la CDFUE, los reglamentos y en algunos casos las directivas. ²¹ Por ello, como es entendido actualmente, el principio de primacía supone la obligación del juez de interpretar el ordenamiento nacional conforme al europeo en todo caso y de inaplicar las normas nacionales contrarias a aquellas europeas con efecto directo [STJUE *Popławski* (C-537/17)]. ²² Esto conlleva una modulación del principio de primacía de las directivas ya que, en principio, su efecto directo está condicionado a que contengan un mandato claro e incondicionado, no hayan sido transpuestas o lo hayan sido erróneamente. ²³

El principio de primacía impone la *inaplicación* de la norma nacional contraria a la europea, más no un juicio sobre su validez. ²⁴ Es el sistema constitucional de cada EM el que establece los controles de validez y la forma de expulsar la norma nacional del

¹⁸ «[E]l juez nacional encargado de aplicar, en el ámbito de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión tendrá la obligación de garantizar la plena eficacia de tales disposiciones, dejando inaplicada si fuera necesario, y por su propia iniciativa, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, aun posterior, sin que deba solicitar o esperar su previa eliminación por vía legislativa o mediante cualquier otro procedimiento constitucional» STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Popławski*, Asunto C-537/17 [ECLI:EU:C:2019:530]. En el mismo sentido, la STJUE (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2018, *Minister for Justice and Equalit*, Asunto C-378/17 [EU:C:2018:979].

¹⁹ ALONSO GARCÍA, R., “El control de convencionalidad: cinco interrogantes”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 119, pp. 13-51; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La primacía del Derecho de la Unión ante el juez ordinario y el juez constitucional” en ALONSO GARCÍA, R., *et al.* (dirs.), *El juez nacional en su condición de juez europeo*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2019, p. 36.

²⁰ STJUE de 9 de marzo de 1978, *Simmenthal*, C-106/77 [ECLI:EU:C:1978:49]; LÓPEZ ESCUDERO, M., “Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64, pp. 821-822.

²¹ LÓPEZ ESCUDERO, M., “Primacía del derecho de la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 796-805; CLAES, M., “The primacy of EU Law in European and National Law” en ARNULL, A., *et al.*, *The Oxford Handbook of European Union Law*, Oxford, 2015, p. 183.

²² STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Popławski*, Asunto C-537/17 [ECLI:EU:C:2019:530].

²³ UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I., “Aproximación a la cuestión de la eficacia horizontal de las directivas” en ALONSO GARCÍA, R., *et al.* (dirs.), *El juez nacional en su condición de juez europeo*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2019, pp. 143-145; KNOPS, K. O., “Die Unanwendbarkeit unionsrechtswidriger Normen in Privatrechtsstreitigkeiten”, *NJW*, 2297, 2020, Rn. 17-19, 22-23.

²⁴ GRABITZ-HILF/NETTESHEIM, “EGV Art. 249” en *Das Recht der Europäischen Union*, C. H. Beck, 40^a ed., München, 2009, Rn. 41-42; VON DERGROEBEN-SCHWARZE-HATJE/ OBWEXER, “EUV Art. 4” en *Europäisches Unionsrecht*, Nomos, 7^a ed., 2015, Rn. 112-115; CALLIESS-RUFFERT/WEGENER, Art. 19 en *EUV/AEUV*, C. H. Beck, 6^a ed., München, 2022, Rn. 46-48.

ordenamiento [STJUE *Minister for Justice* (C-378/17)].²⁵ Por tanto, a no ser que el Derecho de la UE se integre de algún modo en el bloque de constitucionalidad de algún EE. MM. o tenga atribuida expresamente tal eficacia, una norma nacional contraria a aquel no es por ello nula ni es eliminada automáticamente del ordenamiento.²⁶ Se está ante un *conflicto de aplicación normas* que debe ser resuelto conforme a los principios que contempla el propio sistema de fuentes —en este caso, el principio de primacía—. ²⁷

En este proceso de integración del ordenamiento europeo en el nacional, ha tenido y tiene un papel protagonista el TJUE. A través del diálogo judicial institucionalizado que supone la cuestión prejudicial, el Tribunal se suele pronunciar sobre la compatibilidad de normas nacionales con el Derecho de la UE: lleva a cabo, como sostiene GASCÓN INCHAUSTI, funciones de *quasi* legislador negativo.²⁸

Conforme al artículo 4 *bis* de la LOPJ, los órganos jurisdiccionales «aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea». Este precepto, además de incorporar expresamente el sometimiento del juez nacional al Derecho europeo, supone una vinculación legal del juez español a la jurisprudencia del TJUE. Esto influye también en el sistema de fuentes, pues le dota de una vinculación cualificada —cuanto menos, respecto de aquella que de ordinario deriva del art. 1.6 CC— que acentúa aún más la doble condición nacional y europea del órgano jurisdiccional.²⁹

Nótese el paralelismo que existe entre la vinculación del juez español a la jurisprudencia del TJUE (art. 4 *bis* LOPJ) y del TC (art. 5 LOPJ): en ambos casos el primero interpretará y aplicará el ordenamiento «de conformidad/conforme» a la jurisprudencia de los segundos.

IV. EL DERECHO DE LA UE Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Como se ha dicho hasta ahora, la Unión Europea legisla en materia de consumo en el marco de sus competencias. Incide en los derechos e intereses materiales de los consumidores y en su propia tutela judicial, pues regula su accionabilidad e influye en los ordenamientos procesales a través de los principios de equivalencia y efectividad y en la constitucionalización del proceso nacional —art. 47 CDFUE—. ³⁰ Este Derecho europeo

²⁵ STJUE (Gran Sala) de 2 de diciembre de 2018 *Minister for Justice*, Asunto C-378/17[ECLI:EU:C:2018:979].

²⁶ CLAES, M., “The primacy of EU Law”, *op. cit.*, pp. 182-185.

²⁷ VON DERGROEBEN-SCHWARZE-HATJE/OBWEXER, “EUV Art. 4”, *op. cit.*, Rn. 112-115; LÓPEZ ESCUDERO, M., “Primacía del derecho de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 778.

²⁸ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, p. 106.

²⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La primacía del Derecho de la Unión”, *op. cit.*, pp. 38-39.

³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, F., *Derecho europeo*, *op. cit.*, pp. 64-72, 105-116.

de consumo se integra en el ordenamiento jurídico español a través de los artículos 93, 96 CE y 1.5 CC. Además, en su condición de jueces europeos, existe una vinculación cualificada de los órganos jurisdiccionales nacionales a la jurisprudencia del TJUE (art. 4 *bis* LOPJ). A través de este entramado normativo el Derecho de la UE se incorpora en el ordenamiento español, relacionándose con el resto de las fuentes bajo la dinámica propia del principio de primacía. Es ahora cuando corresponde examinar qué relación tiene todo esto con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

4.1. El derecho a una sentencia motivada y fundada en Derecho (art. 24 CE)

Como se sabe, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de naturaleza procesal de contenido complejo que ha sido desarrollado por el TC. Entre los derechos que integra está el derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho.

Debe recordarse que el derecho a la tutela judicial efectiva no incorpora el derecho al acierto judicial. Los justiciables tienen un derecho subjetivo a la concreta tutela judicial que pretenden que está condicionado a determinados presupuestos materiales —*derecho a la tutela jurisdiccional*—. ³¹ Ahora bien, este derecho no forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva. ³² Es un derecho de simple legalidad ordinaria —*einfachrechtlich*— que tiene su origen en la posición jurídico-material del individuo, su dignidad como persona (art. 10.1 CE), el principio del Estado de Derecho (art. 1 CE) y el derecho a una sentencia motivada y fundada en Derecho (art. 24 CE). ³³

Por ello, el artículo 24.1 CE incorpora (simplemente) el derecho a que la resolución judicial —de inadmisión o de fondo— sea motivada y esté fundada en Derecho. Dentro de esta vertiente del Derecho se integra la exigencia de que la resolución no contenga errores patentes en la selección de la norma aplicable o de que no exista una desvinculación irracional o arbitraria del sistema de fuentes.

4.2. La integración del Derecho de la UE a través del derecho a la tutela judicial efectiva en la jurisprudencia del TC

Conforme a la Sentencia de Pleno núm. 31/2019, «el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva» (STC núm. 31/2019; FJ 4). De esta manera, la irrazonable o la arbitraria

³¹ DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Bosch, Barcelona, 1980.

³² DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, *op. cit.*, pp. 132-143.

³³ SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, pp. 57-84 (tesis doctoral inédita); SCHUMANN BARRAGÁN, G., “Un análisis de las garantías procesales en el arbitraje desde una perspectiva nacional y europea a raíz de la STC 17/2021 de 15 de febrero”, *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, vol. 2, 2021, p. 73.

inaplicación de una norma del Derecho de la UE supone —como cualquier otra inaplicación irrazonable o arbitraria de cualquier otra fuente del Derecho— una vulneración del art. 24 CE.³⁴

Esta vinculación lo es no solo al Derecho de la Unión, sino también a la jurisprudencia del TJUE, ya que «prescindir por “propia, autónoma y exclusiva decisión” del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea» (STC núm. 31/2019; FJ 4). Por ello, conforme al artículo 4 *bis* LOPJ, la jurisprudencia del TJUE es una de las fuentes que debe ser razonablemente aplicada por el órgano judicial (*vid. supra*).

La doctrina fijada por el TC en la sentencia de Pleno núm. 31/2019 tiene sus antecedentes más o menos directos en las SSTC núm. 145/2012, de 2 de julio, 232/2015 de 5 de noviembre —también de Pleno— y en la 75/2017 de 19 de junio.³⁵

Es en este marco en el que el TC examina en qué medida la falta de control de oficio o a instancia de parte de la existencia de cláusulas abusivas supone una vulneración del art. 24 CE. El TC repasa la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13. Reconoce que existe la obligación del juez nacional de apreciar de oficio su existencia tan pronto como disponga de los elementos de hecho y Derecho para ello. Además, subraya la naturaleza de orden público de la norma de la que nace tal deber (*vid. supra*) (STC núm. 31/2019; FJ 6). En especial, remarca que esta obligación es operativa siempre que no se haya realizado ya tal control en una resolución con efectos de cosa juzgada (art. 207 LEC) y que el proceso esté en curso (STC núm. 31/2019; FJ 7).

Esta obligación impuesta por el Derecho europeo de consumo supone interpretar el ordenamiento nacional conforme a aquel y, en su caso, dejar inaplicada la norma procesal que se oponga a ello —la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/201 y los arts. 136, 556.1 y 695 LEC—. En relación con esto, el TC llega a la conclusión de que el órgano jurisdiccional vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente al no controlar expresamente la existencia de las cláusulas abusivas ni explicar motivadamente las razones que en el caso concreto excluían tal control (STC núm. 31/2019; FJ 8).

El TC no examina la eficacia directa del artículo 6 de la Directiva 93/13 que, como se ha dicho, es en la jurisprudencia más reciente del TJUE un límite intrínseco al principio de primacía del Derecho europeo (*vid. supra*). No

³⁴ ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional. Derecho de la Unión Europea y Constitución española*, Madrid, 2016, pp. 73-86.

³⁵ STC núm. 145/2012 de 2 de julio; STC (Pleno) núm. 232/2015 de 5 de noviembre; STC núm. 75/2017 de 19 de junio [ECLI:ES:TC:2017:75].

obstante, debe señalarse que no se está ante un caso de (dudosa) eficacia directa horizontal de la directiva, sino vertical. Del referido precepto nacen obligaciones claras y precisas que son operativas frente al Estado: la obligación del juez de apreciar la existencia de cláusulas abusivas. No nacen ni se pretenden hacer valer derechos u obligaciones que sean directamente invocables y con eficacia entre los individuos.

Esta es la doctrina constitucional fijada por la STC núm. 31/2019 respecto de la relación del Derecho europeo de consumo y el derecho a la tutela judicial efectiva y que, en esencia, hasta la fecha ha sido aplicada por las SSTC núm. 8/2021 de 25 enero; 12/2021 de 25 enero; 92/2021 de 10 mayo; 101/2021 de 10 mayo; 102/2021 de 10 mayo; 48/2020 de 15 junio; 75/2017 de 19 junio; 150/2021 de 13 septiembre; 154/2021 de 13 de septiembre; 6/2022 de 24 enero y 9/2022 de 7 de febrero.

Se ha dicho ya que los arts. 93, 96 CE, 1.5 CC y 4 *bis* LOPJ son la puerta a través de la que se integra en el sistema de fuentes interno el Derecho de la UE y la jurisprudencia del TJUE. Conforme a la doctrina del TC expuesta, la dimensión subjetiva del derecho a la tutela judicial efectiva operaría como una segunda puerta de entrada y punto de conexión entre el ordenamiento nacional y el europeo.³⁶ De este modo, la efectividad de la tutela judicial de los derechos reconocidos por el Derecho europeo de consumo estaría integrada por una dimensión objetiva —los arts. 93, 96 CE, 1.5 CC y 4 *bis* LOPJ, 19 TUE y el principio de supremacía— y una dimensión subjetiva —los arts. 24.1 CE y 47 CDFUE—

Debe dejarse ahora de lado el análisis del otro mecanismo a través del que el TC ha articulado la integración y la relación entre el Derecho europeo y el derecho a la tutela judicial efectiva: el planteamiento de la cuestión prejudicial. El TC ha declarado que, en determinadas circunstancias, no plantear una cuestión prejudicial supone una vulneración del referido derecho fundamental.³⁷ En concreto, lo será cuando el asunto esté ante la última instancia judicial y no exista un acto claro o aclarado (art. 267 TFUE). Se trata de otra cuestión de especial interés que, sin embargo, todavía cuenta con algunos extremos oscuros. El TC no incorpora de forma precisa la jurisprudencia del TJUE sobre el acto claro o aclarado que excepciona la obligación impuesta en el artículo 267 TFUE [STJUE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, (C-283/81)].³⁸ Además, mantiene un doble rasero de control en función de si la falta de planteamiento de la cuestión prejudicial tiene como consecuencia la inaplicación o no de una norma nacional (*vid. supra*). Esta

³⁶ ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional*, *op. cit.*, 2016, pp. 73, 75; SARMIENTO, D., “El Tribunal Constitucional español”, *op. cit.*, pp. 13-14, 16; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La primacía del Derecho de la Unión”, *op. cit.*, pp. 46-47.

³⁷ *In extenso*, ALONSO GARCÍA, R., “Cuestión prejudicial europea y tutela judicial efectiva (a propósito de las SSTC 58/2004, 194/2006 y 78/2010)”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 38, 2009, pp. 11-30; ARROYO JIMÉNEZ, L., *Empatía constitucional*, *op. cit.*, pp. 87-99.

³⁸ STJUE de 6 de octubre de 1982, *Cilfit*, Asunto C-283/81 [ECLI:EU:C:1982:335].

última es una cuestión criticada por la doctrina y que puede considerarse todavía en evolución en la jurisprudencia del TC.³⁹

4.3. Una visión crítica: el sistema de fuentes y el derecho a la tutela judicial efectiva

El derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho supone, sin duda, controlar el contenido de la resolución judicial. No basta con un examen externo, es necesario una lectura de la resolución que permita controlar la motivación y su contenido —la aplicación racional del Derecho al caso concreto—. ⁴⁰

Esta cuestión, que ha sido criticada por parte de la doctrina, trae consigo el riesgo evidente de subjetivismo y de convertir al TC en una instancia *quasi* casacional.⁴¹ No hacen falta excesivos desarrollos conceptuales para llegar a la conclusión de que, para que el TC pueda determinar si ha existido una aplicación irracional de una norma, deba descender al plano de la (mera) legalidad ordinaria y examinar cuál es la interpretación racional de la norma. O que, para examinar si ha existido una desconexión patente y arbitraria del sistema de fuentes, deba descender al plano de la legalidad ordinaria para identificar las fuentes y sus criterios de aplicación. Por ello, no puede sorprender que, pese a que el TC se empeñe en desmarcarse de ello, sentencias como la núm. 31/2019 y el resto que aplican esta doctrina dejen, como afirma ALONSO GARCÍA, «un cierto regusto de legalidad ordinaria». ⁴²

En todos estos casos se está ante un análisis de legalidad ordinaria vinculado de forma casi irremediable a esta faceta del art. 24.1 CE. Es un riesgo que, aunque no debe suponer necesariamente su rechazo o abandono, sí exige un esfuerzo por parte del TC de formular de forma clara esta vertiente del derecho fundamental. Cabe preguntarse, en definitiva, cuáles son los criterios técnicos que determinan que el desconocimiento de una norma europea o de la jurisprudencia del TJUE —o de cualquier otra fuente del Derecho— suponen una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En relación con ello, sería razonable defender que lo que cualifica la aplicación de la norma europea —y, con ello, la trascendencia constitucional que tiene desvincularse del sistema de fuentes— es la naturaleza de orden público de la norma en cuestión. Aunque tendría que identificarse en todo caso aquellos preceptos de tal naturaleza, ello dotaría a

³⁹ SARMIENTO, D., “El Tribunal Constitucional español”, *op. cit.*, pp. 16-19; SARMIENTO, D., *Los Tribunales Constitucionales como garantes de la obligación de plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia*, Almacén de Derecho (Blog), 2019, Disponible en: <https://almacenederecho.org/los-tribunales-constitucionales-como-garantes-de-la-obligacion-de-plantear-cuestion-prejudicial-al-tribunal-de-justicia>

⁴⁰ SCHUMANN BARRAGÁN, G., “Un análisis de las garantías procesales”, *op. cit.*, p. 64. Disponible en <http://www.revistamarcialpons.es/revistsproc/article/view/696>

⁴¹ BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 71-73, 76-77.

⁴² ALONSO GARCÍA, R., “El control de convencionalidad” *op. cit.*, p. 42.

esta faceta del derecho y a su control a través del recurso de amparo de unos criterios técnicos más o menos objetivos con los que operar.

V. EXCURSO: LA NATURALEZA DE ORDEN PÚBLICO DEL DERECHO MATERIAL APLICABLE Y EL PRINCIPIO DISPOSITIVO

Es de interés, por último, reflexionar sobre la relación que existe entre el Derecho de consumo y los principios dispositivo y de aportación de parte (art. 219 LEC).⁴³ El proceso está construido técnicamente sobre las mismas valoraciones que impregnan el Derecho material. En este sentido, el principio dispositivo refleja el poder de disposición material que las partes tienen sobre sus derechos e intereses (art. 1255 CC): *técnicamente es un principio-reflejo*. Desde una *perspectiva técnica*, prolonga en el proceso las valoraciones sobre las que se construye el Derecho material que tutela, manteniendo la unidad y coherencia en el ordenamiento. Como regla general, los derechos e intereses están regulados por normas dispositivas y, cuando nacen en la esfera jurídica del individuo, son también disponibles.⁴⁴

En el contexto de esta necesaria superación del dogma de la separación entre el Derecho procesal y material y en el entendimiento de lo que es la función instrumental del proceso, se entiende en qué medida la distinta naturaleza del Derecho material aplicable —dispositivo, imperativo o de orden público— puede influir en el alcance de los distintos principios jurídico-técnicos que funcionan a modo reflejo.⁴⁵

Debe subrayarse que no existe una equiparación entre orden público y norma imperativa y, como consecuencia de ello, que no toda norma imperativa lo es también de orden público.⁴⁶ Son dos elementos distintos que limitan de forma diferente a la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC) y, en lo que ahora interesa, que se reflejan de distinta forma a través del principio dispositivo.

La naturaleza de orden público del Derecho material aplicable *vincula directamente* al juez en su labor de aplicación e interpretación del ordenamiento —material y procesal—. Estas normas son aplicables «de oficio» por el órgano jurisdiccional. Su aplicación se escapa de la lógica del principio dispositivo, pues la naturaleza de la norma es distinta de aquella sobre la que este está diseñado. La apreciación de oficio no supone por ello una

⁴³ MORENO GARCÍA, L., *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, 210-223.

⁴⁴ SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, *op. cit.*, pp. 28-29, 268-272 (tesis doctoral inédita).

⁴⁵ SCHUMANN BARRAGÁN, G., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, *op. cit.*, pp. 28-29 (tesis doctoral inédita).

⁴⁶ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos”, *Anuario de Derecho Civil*, Fascículo 4, 1956, p. 1164.

contravención del principio de justicia rogada, sino que es una manifestación de la naturaleza del Derecho material que se está aplicando.

De esta manera, la naturaleza de orden público del artículo 6 de la Directiva 93/13 —y, vinculada a él, la obligación del juez de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas— no supone una inaplicación total o parcial del principio de justicia rogada tal como está regulado en la LEC (art. 219 LEC). Supone, simple y llanamente, un cambio de la tradicional naturaleza de algunas normas y derechos del Derecho privado. Esta alteración es reflejada en el proceso y, en consecuencia, cambia su dinámica.

VI. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia del TC ha abierto un nuevo punto de conexión entre el ordenamiento nacional y el Derecho europeo de consumo a través de la dimensión subjetiva del derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24 CE). En todo caso, todavía debe determinarse con claridad cómo funciona esta vertiente del derecho fundamental. En especial, sería razonable fijar aquellos elementos que —como la naturaleza del Derecho material aplicable— influyen en el control que el TC debe llevar a cabo del contenido de la resolución judicial frente a la que se recurre en amparo.

El juez español actúa también en su condición de juez europeo cuando tutela judicialmente los derechos de los consumidores reconocidos por el Derecho de la UE. La jurisprudencia del TC consolida una forma más de incorporar el Derecho europeo de consumo en el ordenamiento jurídico interno y, con ello, supone un elemento más de integración de España en la estructura supranacional federal en la que consiste la Unión Europea.⁴⁷

⁴⁷ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., “La primacía del Derecho de la Unión”, *op. cit.*, pp. 31-32.