

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6998 *Sala Primera. Sentencia 44/2022, de 21 de marzo de 2022. Recurso de amparo 3171-2021. Promovido por don Jesús García Valerio y doña María Dolores Pérez Roura respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de Huesca y un juzgado de primera instancia de Barbastro en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (motivación): STC 31/2019 (ausencia de control judicial de las cláusulas abusivas que desconoce la primacía del Derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia). Voto particular.*

ECLI:ES:TC:2022:44

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por el magistrado don Pedro José González-Trevijano Sánchez, presidente; los magistrados don Santiago Martínez-Vares García y don Ricardo Enríquez Sancho, y las magistradas doña María Luisa Balaguer Callejón y doña Inmaculada Montalbán Huertas, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 3171-2021, promovido por don Jesús García Valerio y doña María Dolores Pérez Roura, representados por la procuradora de los tribunales doña Amalia Ruiz García y asistidos del letrado don Javier Vicente Canut, contra el auto de 17 de diciembre de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barbastro, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 74-2012; y contra el auto de fecha 31 de marzo de 2021, dictado por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca, que desestimó el recurso de apelación (núm. 138-2020) interpuesto contra la primera resolución indicada. Ha sido parte la entidad Nueva Caja Rural de Aragón, Sociedad Cooperativa de Crédito (Bantierra), representada por el procurador de los tribunales don Marcelino Bartolomé Garretas y asistida por el letrado don Fernando Navarro Olivares. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido ponente el presidente don Pedro José González-Trevijano Sánchez.

I. Antecedentes

1. Por escrito registrado el día 17 de mayo de 2021, la procuradora de los tribunales doña Amalia Ruiz García, en nombre y representación de don Jesús García Valerio y doña María Dolores Pérez Roura, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones indicadas en el encabezamiento de esta resolución.

2. Los antecedentes procesales más relevantes son los siguientes:

a) En fecha 26 de diciembre de 2008, los demandantes de amparo suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Caja Rural Aragonesa y de los Pirineos (actualmente Bantierra), por importe de 43 000 euros, a devolver en 144 pagos mensuales comprensivos del capital más los intereses. Como garantía del pago se constituyó una hipoteca sobre la vivienda sita en Urbanización «El Ariño», de la

localidad de Barbastro, que figura inscrita en el registro de la propiedad de Barbastro al tomo 544, libro 110, folio 101 y número de finca 9383.

b) La entidad prestamista interpuso demanda de ejecución hipotecaria ante los juzgados de Barbastro, en virtud de la cláusula de vencimiento anticipado que obra en la escritura de préstamo hipotecario. Dicha demanda dio lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 74-2012, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barbastro. Por auto de fecha 11 de junio de 2012 se acordó despachar ejecución por un importe de 36 436,31 euros de principal, más 10 930,89 euros en concepto de intereses.

c) Por auto de fecha 19 de diciembre de 2012 se acordó la suspensión del procedimiento «hasta que recaiga resolución por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-415/11».

Una vez dictada sentencia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en fecha 14 de marzo de 2013, por auto de fecha 21 de mayo de 2013 se acordó alzar la suspensión y dar traslado al ejecutado hipotecario para que, «en su caso y en el plazo de treinta días, se oponga a la presente ejecución hipotecaria sobre la base de la eventual nulidad de una cláusula del préstamo o crédito garantizado con la hipoteca, por su posible carácter abusivo». No obstante, por los recurrentes de amparo no se formuló oposición ni el órgano judicial analizó de oficio el eventual carácter abusivo de las cláusulas del préstamo hipotecario.

d) En fecha 17 de junio de 2013, don Jesús García Valerio solicitó el beneficio de justicia gratuita, lo que dio lugar a la suspensión del procedimiento por auto de fecha 18 de julio de 2013. Por providencia de fecha 2 de septiembre de 2013 se alzó la suspensión, por el archivo del expediente de solicitud de justicia gratuita, y continuó el curso del procedimiento. Por providencia de 1 de septiembre de 2014 se acordó sacar a pública subasta el inmueble hipotecado, la cual quedó desierta; y, finalmente, por decreto de fecha 11 de enero de 2017 se acordó adjudicar el inmueble a la parte ejecutante.

e) A instancias de la parte ejecutante, por diligencia de ordenación de 6 de julio de 2017 se acordó el lanzamiento de los demandantes del inmueble adjudicado, para el día 26 de septiembre de 2017. No obstante, el 21 de septiembre de 2017, don Jesús García Valerio solicitó que se dejara sin efecto la medida acordada, pues había iniciado conversaciones con la parte ejecutante para alcanzar un acuerdo definitivo. Por escrito de fecha 25 de septiembre de 2018, la entidad adjudicataria del inmueble no se opuso a lo solicitado, sin perjuicio de instar de nuevo el lanzamiento; y por diligencia de ordenación de 26 de septiembre de 2017 se resolvió acceder a la suspensión del lanzamiento.

f) En fecha 8 de mayo de 2018, don Jesús García Valerio promovió un incidente de oposición. En esencia, interesó la declaración de nulidad de las siguientes cláusulas por abusivas: (i) la de limitación a la variabilidad del tipo de interés, acordando sobreseer el presente procedimiento y declarar la nulidad de todo lo actuado, al ser la citada cláusula fundamento de la ejecución; (ii) la de vencimiento anticipado (cláusula octava), acordando sobreseer el presente procedimiento y declarar la nulidad de todo lo actuado, al ser la citada cláusula fundamento de la ejecución, o subsidiariamente la suspensión del procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva la cuestión prejudicial planteada; (iii) de la cláusula séptima, que establece unos intereses de demora del 25 por 100, y (iv) del apartado b) de la cláusula cuarta, que establece una comisión por reclamación de posiciones deudoras vencidas de 18,03 euros. Para el caso de que no se procediera a archivar el procedimiento interesó «que se requiera a la ejecutante para que realice nueva liquidación de la cantidad por la que se despacha ejecución, declarando la nulidad de todo lo actuado desde el despacho de ejecución».

En el apartado sexto del mencionado escrito se refirió expresamente a la obligación contenida en el art. 552.1 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC), en orden a revisar de oficio el posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales, deber que, según se indicó, dimanaba de la actual redacción del citado precepto, que entró en vigor el 7 de octubre de 2015. También trajo a colación la SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto

C-415/11 (*Aziz*) y de 26 de enero de 2017, asunto C- 421/2014 (*Banco Primus*), de cuyo contenido destacó los siguientes apartados:

«En efecto, tal como señaló el abogado general en el punto 30 de sus conclusiones, resulta que, a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria de que se trata en el litigio principal 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. Así, 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" [...] en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.»

Por último, también interesó la suspensión del lanzamiento, cuya realización había sido acordada por diligencia de ordenación de 28 de febrero de 2018, para el 10 de mayo del indicado año. Doña Dolores Pérez Roura se adhirió a la pretensión esgrimida en el incidente.

g) Por diligencia de ordenación de 9 de mayo de 2018 se resolvió suspender el lanzamiento señalado.

h) Mediante providencia de fecha 16 de mayo de 2018 se acordó que «pudiéndose deducir de los documentos aportados la existencia de cláusulas abusivas que fundamenten la pretensión de la actora y que determina la cantidad exigible, en virtud de lo dispuesto en el art. 552.1 LEC, óigase por quince días a las partes y verificado se acordará».

i) Una vez cumplimentado por la partes el trámite conferido, por auto de fecha 17 de diciembre de 2019 se resolvió desestimar el incidente planteado. Tras citar resoluciones de diferentes tribunales (auto de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 782/2017 y auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 14 de febrero de 2017), el órgano judicial concluye lo siguiente:

«Como señala la parte ejecutante, en el presente procedimiento, se ha dictado el decreto de adjudicación tras la celebración de la subasta, conforme al testimonio de adjudicación. Por lo que no procede el análisis de las cláusulas abusivas en este momento procesal, y se desestima la petición de sobreseimiento.»

j) Disconformes con lo resuelto, mediante escrito de fecha 23 de enero de 2020, los demandantes de amparo interpusieron recurso de apelación en el que alegaron, como motivo único, la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida por vulneración del principio de primacía del Derecho de la Unión. Y ello, en la consideración de que el órgano de instancia llevó a cabo una interpretación arbitraria e irrazonable de la norma, dando lugar a la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE.

Al desarrollar el motivo, el recurrente invocó la STC 31/2019, de 28 de febrero, a fin de poner de relieve que el núcleo de la pretensión suscitada en la instancia ya había sido resuelto en esa sentencia. Tras extraer los antecedentes de la referida resolución que consideró de interés reprodujo los siguientes pasajes de su fundamentación jurídica, para justificar que, en el presente caso, el órgano judicial de instancia sí debió pronunciarse sobre la denunciada abusividad de las cláusulas:

«[E]n caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato

controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.

[...] "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 y como confirmó el Gobierno español en sus conclusiones escritas" (apartado 32) añadiendo que "la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente."»

k) Por auto de 31 de marzo de 2021, la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca desestimó el recurso de apelación a que se ha hecho mención. En el fundamento jurídico segundo el órgano *ad quem* trajo a colación la normativa que a continuación se refleja:

«(1) La Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con la que se modificó la Ley de enjuiciamiento civil, introdujo, entre los motivos de oposición, la causa 7 del artículo 557.1: "Que el título contenga cláusulas abusivas". Y, de acuerdo con la disposición transitoria cuarta, en los procesos de ejecución, "en curso a la entrada en vigor de esta ley en los que haya transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, las partes ejecutadas dispondrán de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las nuevas causas de oposición en el apartado 7 del artículo 557.1 y 4 del artículo 695.1 de la Ley de enjuiciamiento civil"». En este caso, como ya hemos indicado, se dio plazo a los deudores hipotecarios para efectuar alegaciones, sin que alegaran motivo alguno de oposición.

(2) La publicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, abrió, en la disposición transitoria tercera, un nuevo plazo para los procedimientos ejecutivos en curso a la entrada en vigor de esta ley, en los que al entrar en vigor la Ley 1/2013, de 14 de mayo, hubiera transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 LEC. Pero, dice el preámbulo en el apartado IV, antepenúltimo párrafo, "las circunstancias que excluyen el otorgamiento de un nuevo plazo residen en razones de seguridad jurídica y coherencia. Por ello no se aplicará la previsión a los supuestos en que el juez de oficio hubiese analizado la existencia de cláusulas abusivas; cuando se hubiera notificado personalmente al ejecutado la posibilidad de formular el incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7 del artículo 557.1 y 4 del artículo 695.1 de la Ley de enjuiciamiento civil [...]".

(3) Por último, como colofón, el apartado 4 de la disposición transitoria tercera de la referida Ley 5/2019, añade "este artículo se aplicará 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, siempre que en su día no se hubiera notificado personalmente al ejecutado de la posibilidad de formular un incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de las causas de oposición previstas en el apartado 7 del artículo 557.1 y 4 del artículo 695.1 de la Ley de enjuiciamiento civil [...]".»

A continuación, en el referido fundamento se reflejan las razones por las que procede desestimar la pretensión de los recurrentes:

«(4) En este caso, el auto de 21 de mayo de 2013, según ya hemos destacado, expresamente se dio plazo al deudor hipotecario para que alegara sobre la eventual nulidad de alguna cláusula del préstamo hipotecario por su carácter abusivo, dejando transcurrir el término sin hacer alegaciones, por lo que no es posible abrir un nuevo incidente sobre la misma cuestión.

(5) El momento preclusivo para la alegación o apreciación de cláusulas abusivas del título es la entrega de la posesión al adquirente, que puede ser mediante el lanzamiento de la vivienda, como el final del proceso especial de ejecución hipotecaria, de acuerdo con la STS del 11 de septiembre de 2019 [...] [en el fundamento octavo, apartado 11 establece las «pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente»] y auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, de 15 de octubre de 2020 [...].

(6) Es decir, la posibilidad de examinar la cuestión termina con la entrega de la posesión efectiva de la finca hipotecada, tal y como se desprende también de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2019, de 28 de febrero [fundamento 7, párrafo séptimo, donde dice: «Respecto al primer requisito, es decir, a la pendencia del asunto, basta subrayar que la propia STJUE de 26 de enero de 2017 afirmó, en relación con las dudas de admisibilidad presentadas a las cuestiones prejudiciales, que "a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas"» (apartado 32), añadiendo que «la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable "a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente"» (apartado 32)].»

Así como la STEDH de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus*, que constató que el proceso de ejecución hipotecaria continúa hasta que el inmueble se pone en posesión del adquirente.

«(7) En este caso, según ya hemos dejado constancia, 11 de enero de 2017 se adjudicó la finca a la parte ejecutante y habiéndose señalado el lanzamiento para el día 26 de septiembre de 2017 –evento 91– se suspendió a petición del ejecutado, "concediendo un plazo mínimo de tres meses, bien para cerrar un acuerdo, bien para desalojar el inmueble" –evento 100–. Señalado nuevamente el lanzamiento para el día 10 de mayo de 2018, nuevamente se suspendió a petición del ejecutado esta vez por promover el presente incidente de oposición solicitando revisión de oficio de las cláusulas abusivas –evento 116–. Consideramos que, en este caso, la puesta a disposición del inmueble al adquirente no ha sido posible por la conducta obstativa de los ejecutados que con su conducta han propiciado en dos ocasiones la suspensión de la diligencia de lanzamiento al no haber entregado voluntariamente la posesión del inmueble. Esta conducta no puede amparar el examen de la naturaleza abusiva pretendida, cuando, además, se les dio la oportunidad en su momento dejando pasar la ocasión, véase, en este sentido, el auto ya citado de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 19, de 15 de octubre de 2020 [...]. El recurso se desestima.»

3. En la demanda de amparo, los recurrentes alegaron la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art.24.1 CE). Tras relatar los antecedentes procesales que consideraron relevantes, en el apartado correspondiente a la «fundamentación material del recurso» sostienen que las decisiones judiciales cuestionadas infringen el principio de primacía del Derecho de la Unión y llevan a cabo una interpretación irrazonable y arbitraria de la normativa aplicada, en tanto que les han

negado un pronunciamiento sobre la eventual abusividad de las cláusulas que oportunamente denunciaron en la vía judicial previa, por considerar que su pretensión era extemporánea, si bien el órgano de instancia y el tribunal de apelación sitúan el momento preclusivo en estadios diferentes (el dictado del decreto de adjudicación, según el juez *a quo*; o bien el transcurso del plazo de treinta días concedido para plantear la oposición extraordinaria o la fecha de la diligencia de lanzamiento suspendida, según el tribunal de apelación). En cualquier caso, las resoluciones impugnadas ignoran la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que recoge la obligación del juez de pronunciarse de oficio sobre la abusividad de las cláusulas contractuales cuando el contrato se ha celebrado entre un profesional y un consumidor.

En la demanda se invocan expresamente las SSTC 31/2019, de 28 de febrero, y 140/2020, de 6 de octubre, a fin de justificar la lesión denunciada y fundar la especial trascendencia del recurso, consistente en la negativa manifiesta del deber de acatar la doctrina constitucional, pues, según afirman, la obligación de revisar de oficio dichas cláusulas se extiende hasta el momento en que «culmine el procedimiento con la puesta a disposición del bien a favor del adjudicatario». En virtud de lo expuesto, en la demanda se interesa el otorgamiento del amparo, con reconocimiento expreso del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), que se declare la nulidad de los autos impugnados y se decrete la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de auto 17 de diciembre de 2019 del citado juzgado, a fin de que se dicte resolución en la que se pronuncie «acerca del posible carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, limitación a la variabilidad del tipo de interés, intereses moratorios y comisión por posiciones vencidas que figuran en la escritura de préstamo hipotecario de la que trae causa la ejecución, pronunciándose en caso de que se declare la abusividad de las mismas o de alguna de ellas, sobre las consecuencias que dicha circunstancia tiene sobre el procedimiento ejecutivo».

4. Por escrito de fecha 24 de octubre de 2021, los demandantes solicitaron que, con carácter urgente, se acordara la suspensión del lanzamiento cuya ejecución se había señalado para el 10 de diciembre de 2021.

5. Por providencia de fecha 30 de noviembre de 2021, la Sección Primera de este tribunal resolvió admitir a trámite el presente recurso, al apreciar que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art.50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC), como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)].

En aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se acordó dirigir atenta comunicación a la Audiencia Provincial de Huesca, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 138-2020. Igualmente, se dispuso remitir atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Barbastro, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a la ejecución hipotecaria núm. 74-2012; y procediera a emplazar a quienes hubieran sido parte en el proceso del que trae causa el presente recurso, excepto a la parte recurrente en amparo, para que en plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desean.

Al haberse interesado la suspensión del lanzamiento acordado en sede judicial, la Sección Primera de este tribunal apreció la urgencia excepcional a que se refiere el art. 56.6 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, toda vez que dicha ejecución produciría un perjuicio de imposible o muy difícil reparación que haría perder su finalidad al recurso de amparo, por lo que resolvió la suspensión cautelar del referido lanzamiento.

6. Por providencia de fecha 30 de noviembre de 2021, la entidad Bantierra interesó que se la tuviera por personada, bajo la representación del procurador don Marcelino Bartolomé Garretas y la asistencia del letrado don Fernando Navarro Olivares.

7. Por diligencia de ordenación de la secretaría de la Sala Primera de este tribunal, de fecha 22 de diciembre de 2021, se tuvo por personada y parte en el procedimiento al procurador don Marcelino Bartolomé Garretas, en nombre y representación de Bantierra. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el art. 52.1 LOTC, se dispuso dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al ministerio fiscal, por plazo común de veinte días, para que pudieran presentar las alegaciones que estimaran pertinentes.

8. El día 25 de enero de 2021 presentaron sus alegaciones los demandantes de amparo. En esencia ratifican el escrito de demanda, si bien inciden en la doctrina establecida por la STC 31/2019, que fue seguida por las SSTC 140/2020, 8/2021, 12/2021 y 77/2021. También ponen de manifiesto que, conforme a dicha doctrina, si el consumidor puede plantear un incidente extraordinario de oposición en el que alegue el carácter abusivo de alguna cláusula, el juez está obligado a llevar a cabo dicha revisión, salvo que ya la haya examinado, «hasta que no se consuma la toma de posesión del inmueble por la parte ejecutante». Por tanto, conforme a la aplicación de esa doctrina el recurso debe ser estimado, toda vez que «no existía una previa resolución judicial motivada que se hubiera pronunciado sobre la posible abusividad de las citadas cláusulas, ni había precluido la posibilidad de llevar a cabo esa revisión». Por ello, los órganos judiciales desatendieron la doctrina constitucional infringiendo el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) de los recurrentes.

9. En fecha 27 de enero de 2021 presentó sus alegaciones la entidad Bantierra. En primer lugar señala que el préstamo con garantía hipotecaria del que trae causa el procedimiento judicial no tenía por objeto la adquisición de vivienda propia sino la refinanciación, de manera que dicho contrato queda excluido de «la normativa consumerista (entendiendo el concepto normativa al modo kelseniano, comprensivo de pronunciamientos judiciales, acaso de jurisdicciones transaccionales, que conforman la regulación de una determinada cuestión)».

A continuación, la entidad personada resume los acontecimientos procesales habidos tras la iniciación del procedimiento de ejecución hipotecaria, poniendo de relieve que en tres ocasiones interesó que se le diera posesión del inmueble adjudicado sin éxito. También expone que los demandantes de amparo cuestionan la validez e intangibilidad de resoluciones judiciales firmes a las que se aquietaron; concretamente «la pública subasta de un inmueble con remate y cesión del mismo». Conforme a lo expuesto insiste en la idea en que el préstamo hipotecario tuvo por finalidad la refinanciación; y reprocha a los demandantes que la revisión judicial de las pretendidas cláusulas abusivas no fuera interesada en el momento procesal oportuno. En concreto, señala que dicha petición debió formularse en el plazo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013; esto es, en el plazo preclusivo de un mes previsto para formular un «incidente extraordinario de oposición basado en la existencia de nuevas causas de oposición establecidas en el apartado 7 del art. 557.1 y 4 del art. 695.1 de la Ley de enjuiciamiento civil», a computar desde el día siguiente a la entrada en vigor de esa ley. Por tanto, al haberse formulado la solicitud de revisión más allá del plazo indicado, la misma debe entenderse precluida, de conformidad con lo dispuesto en el art. 136 LEC.

La entidad personada señala que ese aquietamiento de los demandantes debe dar lugar a la denegación del amparo, a la vista del contenido del art. 44.1 c) LOTC, toda vez que «la contraparte no se valió en su momento procesal oportuno del medio impugnatorio que puso a su disposición la ley; de esa omisión se siguen las consecuencias procedentes en Derecho». Añade finalmente que la presunta vulneración del derecho subjetivo constitucionalmente garantizado se denunció, en el mejor de los casos, en la solicitud de revisión de oficio del procedimiento articulada en mayo de 2018, mientras que la petición de adjudicación del inmueble tuvo lugar en el año 2015. Por todo lo expuesto, la entidad Bantierra suplica la inadmisión del recurso de amparo.

10. El día 10 de febrero de 2022 presentó sus alegaciones la fiscal, en cuya virtud interesa la estimación del recurso de amparo. Tras sistematizar detalladamente los antecedentes procesales que considera de interés al caso, tanto en sede judicial como durante la tramitación del presente recurso de amparo, considera debidamente agotada la vía judicial, ya que la lesión fue oportunamente denunciada en la vía judicial; que los recurrentes están legitimados para interponer el recurso de amparo por haber sido parte en el procedimiento y ostentar un interés legítimo; y que estos han justificado debidamente la especial trascendencia constitucional de este recurso.

Luego, delimita lo que constituye el objeto del recurso; a saber, dirimir si las resoluciones judiciales combatidas han conculcado el derecho de los recurrentes a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho, por haber llevado a cabo una interpretación irracional y arbitraria de la normativa aplicable al caso y por infringir el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea. Por tanto, la valoración sobre la eventual abusividad o no de las cláusulas cuya revisión se solicita es cuestión ajena al recurso de amparo. A continuación, invoca la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que considera de aplicación, reflejada principalmente en la STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus, S.A.*), cuyo contenido extracta. También refleja la doctrina de este tribunal, con expresa invocación de la STC 101/2021, FJ 3, que se pronuncia sobre el principio de primacía de la Unión Europea, así como los FFJJ 6 y 7 de la ya citada STC 31/2019.

Seguidamente, la fiscal considera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1). Señala que el auto de fecha 17 de diciembre de 2019 no examina la nulidad de las cláusulas, porque considera que ha precluido el momento procesal para ello, que lo sitúa en el del dictado del decreto de adjudicación del bien. Pero en esa resolución, añade, no consta una especial motivación acorde con el canon constitucionalmente exigible, que justifique el apartamiento de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, avalada por la del Tribunal Constitucional ya citada, que lo sitúan en el momento en que el inmueble pasa a posesión del ejecutante (lanzamiento). Por tanto, descarta el juzgado que pueda entrar a examinar de oficio la posible abusividad de las cláusulas, pese a ser patente que no hay un previo pronunciamiento sobre la validez de las mismas. Así pues, se puede apreciar que no concurre ninguno de los dos únicos motivos que justifican la falta de cumplimiento de la obligación de ejercer un efectivo control del carácter abusivo de las cláusulas: la constancia de un previo examen, resuelto mediante decisión con fuerza de cosa juzgada, o la terminación del procedimiento. Por ello, afirma que se ha infringido el principio de primacía del Derecho de la Unión, al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, incurriendo en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y con la consiguientemente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes (art. 24.1 CE).

Por otro lado, indica que la vulneración cometida en la instancia no ha sido solventada por la Sala de la Audiencia Provincial. El tribunal confirma la resolución apelada porque aprecia que concurre la preclusión, si bien considera que esta ha sido causada por la propia conducta de los recurrentes de amparo, que la sitúa en fecha fijada para el lanzamiento, a pesar de que el mismo no haya sido efectivamente realizado. Al igual que el órgano judicial de instancia, el tribunal de apelación se aparta de modo irrazonable e injustificado de la interpretación de la normativa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece que el único momento en que ya no se puede hacer la revisión es tras la terminación del procedimiento, sin que ello suceda en momento anterior a la efectiva puesta a disposición del adjudicatario del bien inmueble, con independencia de las causas que hayan podido motivar la falta de realización de la efectiva posesión. Por tanto, no se puede calificar de «obstativa» la conducta del afectado, al alegar la eventual concurrencia de cláusulas abusivas, con el efecto de la pérdida de la posibilidad de esa revisión de oficio, «máxime cuando se realiza en defensa de un bien de primera necesidad como es la vivienda». A juicio de la fiscal, esta

interpretación merece la calificación de irrazonable y arbitraria, debiendo anudarse los mismos efectos que hemos señalado respecto de la primera resolución.

11. Por providencia de fecha de 17 de marzo de 2022, se señaló para votación y fallo del presente recurso el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Resoluciones impugnadas y pretensiones de las partes.

El presente recurso se interpone contra el auto de 17 de diciembre de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barbastro, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 74-2012; y contra el auto de fecha 31 de marzo de 2021, dictado por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la primera resolución indicada.

Los demandantes alegan la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión art. 24.1 CE, dado que las resoluciones judiciales combatidas se negaron a revisar las cláusulas denunciadas como abusivas, al efectuar una interpretación irrazonable y arbitraria de normativa aplicable al caso, que contraviene el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea.

La entidad personada Bantierra interesó la inadmisión del recurso de amparo, al no entender aplicable la normativa de protección de los consumidores al presente caso, toda vez que el préstamo hipotecario fue concedido con la finalidad de refinanciación. También alega que la pretensión esgrimida en la vía judicial por los recurrentes no se planteó en el momento en que hubo oportunidad para ello, sino cuando ya había precluido la posibilidad de instar la revisión de las cláusulas abusivas.

La fiscal, con sustento en la argumentación resumida en los antecedentes de esta resolución, interesa la estimación del presente recurso de amparo.

2. Óbice procesal.

Aun cuando en el escrito de alegaciones presentado por Bantierra no se formula con la debida claridad, cabría entender que, implícitamente, plantea el óbice de falta de denuncia tempestiva de la lesión en la vía judicial, dado que parece cuestionar el cumplimiento de los requisitos que establece el art. 44.1 c); a saber, «que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello».

En cualquier caso, este óbice debe ser rechazado. Una vez les fue denegada la revisión de las cláusulas pretendidamente abusivas, los recurrentes interpusieron recurso de apelación contra la decisión del juzgado de instancia, en el que denunciaron la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE). Por tanto, consta que intentaron remediar la lesión denunciada tan pronto como les fue posible, mediante la interposición del referido recurso. Por otro lado, no cabe ignorar que, en esta sede, aquellos se quejan de que los órganos judiciales denegaron revisar las cláusulas abusivas que fueron alegadas como tales, sin tener en cuenta que no concurría ninguna de las circunstancias que impiden que la revisión de oficio se lleve a cabo: que ese examen se hubiera realizado con anterioridad o que el procedimiento hubiera concluido con la entrega de la posesión del inmueble al adquirente. Por ello, la cuestión atinente a si la solicitud de revisión se había planteado cuando ya había precluido la posibilidad de verificarla forma parte del núcleo de la controversia del presente recurso, razón por la que nada cabe anticipar en este estadio, sin perjuicio de la respuesta que sobre ese aspecto dispensemos al resolver sobre el fondo.

3. Delimitación del contenido y alcance de nuestro enjuiciamiento.

Una vez despejada la anterior cuestión, debemos significar que el alcance y contenido de nuestra respuesta no tiene por objeto dirimir si las cláusulas contractuales

identificadas por los recurrentes tienen o no carácter abusivo, pues esa cuestión se incardina dentro de los lindes de la legalidad infraconstitucional y, en consecuencia, su conocimiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. Lo que corresponde esclarecer en esta sede es si la negativa del órgano judicial a pronunciarse sobre el carácter abusivo de esas cláusulas vulnera o no el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), por su eventual contradicción con la doctrina de este tribunal.

Conforme a ese planteamiento dejaremos constancia, en primer lugar, de la doctrina asentada por este tribunal en relación con la temática suscitada; para, a continuación, proceder a cotejar la adecuación de la respuesta judicial a los postulados fijados en esta sede constitucional.

4. Doctrina constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, en relación con la revisión de las cláusulas abusivas en procesos de ejecución.

Este tribunal ya se ha pronunciado sobre una cuestión sustancialmente similar a la que ahora se nos plantea, pues en el supuesto enjuiciado por el Pleno en la STC 31/2019, de 28 de febrero, se resolvió sobre la vulneración del derecho a la tutela judicial sin indefensión (art. 24.1 CE), con motivo de la decisión, adoptada por un órgano judicial en un procedimiento de ejecución hipotecaria, de «inadmitir el incidente de nulidad formulado por la demandante de amparo, en el que se invocaba la existencia en su contrato de préstamo de una cláusula abusiva, en concreto de vencimiento anticipado [...] al decidirlo, según denuncia la parte, con base en una pretendida preclusión de su obligación de control [...]» (FJ 1).

Más adelante, en el fundamento jurídico 4 de la citada resolución reproducimos la doctrina expuesta en la STC 232/2015, de 5 de noviembre, según la cual:

«(i) a este tribunal "corresponde [...] velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea" [FJ 5 c)], (ii) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, "puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 145/2012, de 2 de julio, FFJJ 5 y 6)", y (iii) prescindir por "propia, autónoma y exclusiva decisión" del órgano judicial, de la interpretación de un precepto de una norma europea impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante, es decir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, vulnera el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea [FJ 6 b)].»

Posteriormente, en el fundamento jurídico 5 se acoge la doctrina reflejada en la STJUE, de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus, S.A., c. Jesús Gutiérrez García*, en la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaró:

«La Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, modificada por la Ley 1/2013 y posteriormente por el Real Decretoley 7/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes de naturaleza tributaria, presupuestaria y de fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación, y por el Real Decretoley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional,

ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas.»

En relación con la segunda declaración efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el fundamento jurídico 6 figura el siguiente razonamiento, acerca de la exigencia de control judicial respecto de las cláusulas abusivas:

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

Es importante destacar, en este sentido, que el Tribunal de Justicia ha declarado que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, es (i) "una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartados 53 y 55)" (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 41) y (ii) "debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, EU:C:2009:615, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 54)" (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 42). Precisamente ha sido en este contexto en el que el Tribunal de Justicia ha declarado que "el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 [...] tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 58)" (STJUE de 26 de enero de 2017, apartado 43).

[...] El Tribunal de Justicia de la Unión Europea obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula, incluso tras el dictado de una resolución con fuerza de cosa juzgada, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente. Y, por supuesto, permite que el consumidor pueda formular un incidente de oposición cumpliendo con lo que disponga la norma, lo que no exime de la obligación de control de oficio por el órgano judicial. En este caso, la sentencia *Banco Primus* aportaba los elementos de hecho y de Derecho que permitían, en el caso de que así procediera, declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado [...]

Por último, procede traer a colación lo razonado en su fundamento jurídico 7, respecto del momento en que se entiende que precluye la posibilidad de valorar el eventual carácter abusivo del clausulado de los contratos:

«Respecto al primer requisito, es decir, a la pendencia del asunto, basta subrayar que la propia STJUE de 26 de enero de 2017 afirmó, en relación con las dudas de admisibilidad presentadas a las cuestiones prejudiciales, que «a la luz de la legislación nacional presentada por el órgano jurisdiccional remitente, el procedimiento de ejecución hipotecaria en cuestión no ha concluido y continúa hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente, tal como confirmó el Gobierno español en sus observaciones escritas» (apartado 32), añadiendo que «la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 establece que dicha disposición es aplicable "a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente"» (apartado 32).

5. Aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto.

Como se ha reflejado en los antecedentes de esta resolución, las razones que ofrecen los órganos judiciales para rechazar la revisión de cláusulas indicadas por los demandantes como eventualmente abusivas son distintas. Para el juzgador de instancia no cabía ya efectuar esa revisión al haberse dictado el Decreto de adjudicación tras la celebración de la subasta. Por el contrario, el tribunal de apelación expresamente admite que la posibilidad de llevar a cabo ese examen «termina con la entrega de la posesión efectiva de la finca hipotecada, tal y como se desprende también de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2019, de 28 de febrero». Ahora bien, aun cuando en el presente caso esa circunstancia no ha tenido lugar, no obstante rechaza que pueda llevarse a cabo la revisión interesada porque «la puesta a disposición del inmueble al adquirente no ha sido posible por la conducta obstativa de los ejecutados que con su conducta han propiciado en dos ocasiones la suspensión de la diligencia de lanzamiento, al no haber entregado voluntariamente la posesión del inmueble». Al margen de esta razón, el órgano *ad quem* apunta otro dato que, al menos, pretende reforzar el argumento anterior: que «[e]sta conducta no puede amparar el examen de la naturaleza abusiva pretendida, cuando además se les dio oportunidad en su momento dejando pasar la ocasión, véase, en ese sentido, el auto ya citado de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección décima novena, de 15 de octubre de 2020».

Aun cuando la motivación de una y otra resolución presentan un fundamento diferente, no obstante presentan un común denominador, no solo porque ambas conducen a desestimar la pretensión esgrimida por los demandantes, sino porque ninguna de ellas se acomoda a la doctrina de este tribunal. El momento procesal que establece el auto de fecha el auto de 17 de diciembre de 2019, a partir del cual ya no cabe resolver sobre la abusividad de las cláusulas contractuales, entra en contradicción con la doctrina reflejada en el fundamento jurídico 7 de la STC 31/2019 a que anteriormente se ha hecho referencia. El juzgado de instancia se apoya en el contenido de dos resoluciones de otros dos órganos judiciales, pero obvia tomar en consideración la argumentación dada por este tribunal en el sentido apuntado: que la revisión de la abusividad de las cláusulas es factible, hasta en tanto no se haya verificado la entrega de la posesión del inmueble al adjudicatario del mismo.

Por su parte, en el auto de fecha 31 de marzo de 2021 sí se refleja la doctrina constitucional sobre ese aspecto, pero se descarta su aplicación al caso, so pretexto de la conducta obstativa de los recurrentes y de que estos dejaron pasar la ocasión cuando se les dio la oportunidad de aducir sobre la existencia de cláusulas abusiva. Dos son las objeciones que esta respuesta merece.

a) Al responsabilizar a los demandantes de que la toma de posesión del inmueble por el adquirente no se llevara a cabo, el órgano que conoció de la apelación no tuvo en cuenta que las suspensiones del lanzamiento fueron fruto de decisiones procesales que

dieron respuesta a peticiones legítimas, sin que la parte ejecutante las impugnara. Por tanto, no es dable achacar a los demandantes conducta obstructiva alguna, pues las suspensiones acordadas tuvieron su razón de ser en el intento de alcanzar un acuerdo que, a la postre, no se logró, y en la necesidad de resolver sobre la solicitud de revisión de las cláusulas denunciadas como abusivas, lo que propició la apertura de un trámite específico con traslado previo a las partes intervinientes. Por tanto, debemos rechazar que las solicitudes de suspensión del lanzamiento, que fueron oportunamente estimadas por resoluciones procesales, puedan ser tenidas como factores impeditivos de la revisión de las cláusulas contractuales calificadas como abusivas, pues ello equivale a penalizar la legítima actuación procesal de los recurrentes en defensa de sus intereses.

b) Sin embargo, el motivo anteriormente analizado no es la única razón dada por el tribunal *ad quem* para desestimar el recurso de apelación, pues también funda esa decisión en que los demandantes no instaron la revisión del clausulado contractual en el momento en que se les dio la oportunidad para ello. Ciertamente es, como así se refleja en los antecedentes de esta sentencia, que los demandantes no dedujeron la pretensión que ahora esgrimen cuando se les dio traslado por treinta días para tal menester. Pero no es menos cierto que el órgano judicial tampoco ha realizado *motu proprio* un escrutinio del contrato del préstamo hipotecario, a fin de detectar la posible abusividad de alguna de sus cláusulas. De conformidad con la doctrina constitucional que ha sido reflejada, sobre el órgano judicial recae la obligación de efectuar esta revisión, incluso de oficio, a no ser que ya hubiera realizado ese examen mediante un anterior control que hubiera dado lugar a una resolución firme; y esa obligación pervive hasta que el procedimiento de ejecución culmine con la puesta a disposición del inmueble en poder del adquirente. Así pues, como en el supuesto que nos ocupa no concurre ninguna de las circunstancias indicadas, las razones alusivas a la extemporaneidad de la pretensión y a la preclusión de la posibilidad de llevar a cabo la revisión interesada no empecen la subsistencia de la obligación del juzgador, en los términos anteriormente reflejados.

Por último, procede dar respuesta a la alegación de la entidad personada, relativa a que el contrato suscrito con los demandantes era de «refinanciación» y, por ello, queda excluido del ámbito de aplicación de la normativa relativa a los consumidores usuarios. Más allá de esa afirmación, la indicada entidad no esboza ninguna argumentación que explicita por qué la «refinanciación» a la que alude determina que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria queda extramuros de la normativa de consumo. En cualquier caso, cumple añadir que el aspecto a que se ha hecho referencia resulta ajeno al objeto del presente recurso de amparo, toda vez que ninguna de las resoluciones judiciales impugnadas en esta sede se pronuncia sobre esa cuestión, a fin de rechazar la pretensión formulada por los recurrentes.

Por todo lo expuesto, afirmamos que el juzgador de instancia incumplió la obligación de resolver sobre la nulidad de las cláusulas identificadas como abusivas, decisión esta que fue corroborada por el tribunal que desestimó el recurso de apelación formulado por los demandantes de amparo. En consecuencia, apreciamos la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), porque la decisión de no atender la revisión interesada por aquellos «(i) infringió el citado principio de primacía del Derecho de la Unión al prescindir por su propia, autónoma y exclusiva decisión, de la interpretación impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante; (ii) incurrió, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso [...]» (STC 31/2019, FJ 9).

6. Alcance del otorgamiento del amparo.

En atención a lo expuesto, procede estimar el presente recurso de amparo, con la consiguiente declaración de nulidad del auto de 17 de diciembre de 2019, del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barbastro, y del auto de fecha 31 de marzo de 2021, de la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca. También procede acordar la retroacción de las actuaciones al momento previo al dictado de la primera resolución

indicada, a fin de que, en congruencia con lo interesado en el escrito incidental de fecha 8 de mayo de 2018, el órgano judicial resuelva de manera respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

FALLO

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

Ha decidido:

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

2.º Restablecerles en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad del auto de 17 de diciembre de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Barbastro, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 74-2012; y del auto de fecha 31 de marzo de 2021, dictado por la Sección Única de la Audiencia Provincial de Huesca, en el recurso de apelación núm. 138-2020.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento del primero de los autos citados, a fin de que, en los términos establecidos en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia, el órgano judicial dicte una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil veintidós.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Santiago Martínez-Vares García.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho a la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3171-2021

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente voto particular por discrepar de la fundamentación y del fallo de la sentencia recaída en el recurso de amparo núm. 3171-2021, el cual a mi juicio debió ser desestimado.

Las razones de mi discrepancia han quedado detalladamente expuestas en el voto particular formulado a la sentencia 31/2019, de 28 de febrero, que resolvió una demanda de amparo sustancialmente idéntica a la presente, al que por tanto me remito.

Y en tal sentido emito mi voto particular.

Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil veintidós.—Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.