

## SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

**12068** *Sala Segunda. Sentencia 26/2023, de 17 de abril de 2023. Recurso de amparo 874-2021. Promovido por doña Guiomar Gazeau García respecto del auto de un juzgado de primera instancia de Barcelona que rechazó el incidente de nulidad de actuaciones en procedimiento de ejecución de títulos judiciales. 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).*

ECLI:ES:TC:2023:26

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por la magistrada doña Inmaculada Montalbán Huertas, presidenta, y las magistradas y magistrados doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, don César Tolosa Tribiño y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 874-2021, promovido por doña Guiomar Gazeau García, representada por el procurador de los tribunales don Jacobo Gandarillas Martos, y asistida por el abogado don Carlos Pablo Domingo Ferrándiz Gabriel, frente al auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, de 11 de enero de 2021, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales núm. 1292-1991. Ha sido parte don Joan Marc Ponsdomenech Giner, representado por el procurador de los tribunales don Miguel Ángel Montero Reiter y asistido del letrado don Joaquín Pretel González. Ha sido ponente la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón.

**I. Antecedentes**

1. Mediante escrito presentado en este tribunal el día 15 de febrero de 2021, el procurador de los tribunales don Jacobo Gandarillas Martos, en nombre y representación de doña Guiomar Gazeau García, interpuso recurso de amparo contra la resolución mencionada en el encabezamiento.

2. Los hechos en los que tiene su origen el presente recurso, y relevantes para su resolución, son, en síntesis, los siguientes:

a) Por auto de 9 de diciembre de 1991, el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona despachó ejecución (juicio ejecutivo núm. 1292-1991), a instancia de Banco Bilbao Vizcaya, S.A., con fundamento en una póliza de préstamo, solidariamente contra los bienes de la prestataria Ocime, S.A., y de los fiadores solidarios de la misma, don Armando Díaz Cubero, doña Carmen Barnet Torrent, don Julio Avendaño Rodríguez y doña Guiomar Gazeau García, en cantidad suficiente para cubrir la suma de 10 402 772 pesetas, más otros 3 500 000 pesetas, en que se fijaban prudencialmente los intereses y costas. La diligencia de embargo y la citación de remate fueron notificados a la

demandante de amparo y a su cónyuge en la persona del conserje del inmueble en el que residían.

b) Tramitado el juicio ejecutivo, y tras declarar en rebeldía a los ejecutados, el juzgado dictó sentencia de remate el 13 de marzo de 1992, mandando seguir la ejecución contra los bienes embargados de la prestataria y de sus fiadores solidarios.

c) El crédito litigioso fue objeto de transmisión a Iberia Inversiones II Limited, que solicitó que se le tuviera por personada en el procedimiento, ocupando la posición de la parte ejecutante, petición que fue aceptada por decreto de 20 de octubre de 2015. La cesionaria, a su vez, cedió el crédito a las compañías Ovigest Consulting, S.L., y Captaris Business, S.L., que también lo cedieron, por su parte, a don Joan Marc Ponsdomenech Giner, quien se personó en el procedimiento mediante escrito de 15 de noviembre de 2018, aceptándose la sucesión procesal en virtud de decreto de 17 de enero de 2019.

d) Tras haberse acordado la mejora del embargo con el embargo de una finca de propiedad de la demandante de amparo y de su esposo, el 8 de mayo de 2019 se personó este último en el procedimiento, teniéndosele por comparecido y parte por decreto de la misma fecha. El 15 de mayo de 2019 presentó escrito solicitando que se declarara la caducidad de la instancia por la inactividad procesal producida entre el 21 de noviembre de 1995 y el 5 de abril de 2005. Alegó que la sentencia de remate no era firme, porque no se notificó en la forma prescrita legalmente ni a la deudora principal ni a los fiadores.

e) La anterior solicitud fue denegada por auto de 4 de septiembre de 2019. Contra esta resolución promovió la representación del señor Avendaño recurso de reposición, en el que insistió en que la sentencia de remate no fue notificada en debida forma al demandado principal ni a los fiadores. El recurso fue desestimado por auto de 26 de noviembre de 2019, en el que se argumentó que, tras personarse el recurrente en autos, presentó escrito en el que solicitó que se declarase la caducidad en la instancia por la paralización del procedimiento, sin que en ese momento se cuestionara en absoluto la validez de ninguna de las actuaciones llevadas a cabo a lo largo de la tramitación, ni se manifestase el desconocimiento hasta aquel momento del contenido de la sentencia de remate de 13 de marzo de 1992, o el incumplimiento de las formalidades legales en su notificación, habiendo transcurrido en ese momento ya el plazo que fija el art. 241.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para pedir la nulidad desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión.

f) Mediante escrito de 23 de enero de 2020, se personó en las actuaciones doña Guiomar Gazeau García, promoviendo incidente de nulidad de actuaciones, en relación con las diligencias de requerimiento de pago y de citación de remate, así como de la declaración de rebeldía y de la sentencia de remate, por las irregularidades procesales cometidas en cuanto a la compareciente, que afirma haber tenido conocimiento de la existencia del procedimiento el día 3 de enero de 2020, tras comunicárselo su esposo, el señor Avendaño, fallecido el día 7 siguiente, interesando por todo ello la vuelta del procedimiento a su inicio respecto a la señora Gazeau. Asimismo, se interesó la declaración de caducidad en la instancia por no haber existido actividad procesal alguna entre el 21 de noviembre de 1995 y el 5 de abril de 2005.

g) La solicitud de nulidad fue desestimada por auto de 21 de abril de 2020, en el que el órgano judicial rechazó las alegaciones de la demandante de amparo, indicando que no cabía apreciar que no hubiese tenido conocimiento de la existencia del procedimiento hasta el 3 de enero anterior, habiendo indicios de que el conocimiento de esa existencia era muy anterior a la fecha que se indica. Asimismo, objetó el juzgador que la petición de caducidad de la instancia era la misma que vino formulando el señor Avendaño anteriormente, por lo que la parte venía a reiterar artificiosamente una cuestión que ya había sido planteada y resuelta en autos.

h) Mediante decreto de 10 de junio de 2020 se tuvo por personada a doña Guiomar Gazeau como sucesora del litigante fallecido don Julio Avendaño Rodríguez.

i) A través de escrito de 17 de agosto de 2020, la representación de la señora Gazeau promovió incidente de nulidad de actuaciones, denunciando la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio de seguridad jurídica, así como la vulneración del indicado derecho en relación con el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A los efectos que aquí interesan, aparte de imputar a la actuación del juzgado haber incurrido en incongruencia omisiva, en error patente, en vulneración de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, así como en arbitrariedad en la elección de la norma aplicable, se quejaba del carácter abusivo de la cláusula quinta de la póliza de préstamo de 4 de abril de 1991, relativa a los intereses de demora. Reclamó que se anulara de oficio, por desproporción y abusividad (29 por 100 anual), respecto a la señora Gazeau, lo que conllevaría la anulación de lo actuado en este proceso en cuanto a ella, por su condición de fiadora, persona física, y consumidora, según la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Invocó la doctrina del Tribunal Constitucional respecto a la apreciación de oficio por los órganos judiciales del carácter abusivo de las cláusulas de los contratos, especialmente la STC 31/2019, que se reprodujo en parte.

j) El incidente fue desestimado por auto de 11 de enero de 2021, que impuso a la actora las costas y una multa de 300 € por haber promovido el incidente con temeridad. El órgano judicial rechazó todos los argumentos del incidente, al considerar que no se había producido ninguno de los vicios que se imputaban a la actuación judicial como vulneradores del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente. En particular, en cuanto a la alegación referida al carácter abusivo de la cláusula sobre los intereses de demora contenida en la póliza de préstamo, afirmó el órgano judicial que «[n]o es objeto, sin embargo, del incidente de nulidad de actuaciones el examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas de los contratos, por más que ello pueda dar lugar de apreciarse a que sea dejada total o parcialmente sin efecto la ejecución, pues en el marco del presente incidente cabe solo examinar si se ha producido 'la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución' (artículos 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228.1 de la Ley de enjuiciamiento civil). Deben por consiguiente rechazarse también en este punto las alegaciones formuladas, sin perjuicio de que pueda la parte volver a plantear las mismas a través del adecuado cauce».

La actora promovió recurso de amparo frente a la anterior resolución el 15 de febrero de 2021.

k) Doña Guiomar Gazeau García presentó el 3 de septiembre de 2021, ante los juzgados de Arenys de Mar, demanda de juicio ordinario contra don Joan Marc Ponsdomenech Giner, en ejercicio de la acción de retracto de crédito litigioso, o de extinción, mediante su reembolso, al amparo de lo previsto en el art. 1535 del Código civil (CC). De forma acumulada, afirmaba ejercitar «la acción de nulidad por abusiva, de la cláusula quinta sobre intereses de demora, de la póliza de préstamo de fecha 4-4-1991 otorgada por el BBVA, en que se instrumentó aquel crédito». En el suplico de la demanda solicitó, entre otros pronunciamientos, que se «declare la nulidad, respecto a mi representada, por ser abusiva, de la cláusula quinta de la póliza de préstamo de fecha 4-4-1991 concedido por BBVA, suscrito como fiadora solidaria por mi representada».

l) El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar (procedimiento ordinario núm. 475-2021). La demanda fue admitida a trámite por decreto de la letrada de la administración de justicia de 13 de octubre de 2021.

m) Por auto de 26 de mayo de 2022 se estimó la excepción procesal de litispendencia planteada por la representación de don Joan Marc Ponsdomenech Giner en lo relativo a la pretensión de nulidad por abusividad de los intereses de demora, continuándose la tramitación del procedimiento solamente en cuanto a la pretensión de retracto de crédito litigioso, decisión que fundamenta el órgano judicial en la pendencia

del procedimiento 1292-1991, en el que incluso se hizo referencia a la posibilidad de volver a plantear las alegaciones a través del adecuado cauce, en auto de 11 de enero de 2021. Contra el anterior pronunciamiento promovió la representación de doña Guiomar Gazeau recurso de apelación, que se encuentra pendiente de resolución.

n) El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar dictó sentencia el 27 de mayo de 2022, desestimando íntegramente la demanda respecto de la acción de retracto del crédito litigioso. Frente a esta sentencia también ha promovido recurso de apelación la representación de doña Guiomar Gazeau, que, al igual que el anterior, se encuentra pendiente de resolución.

3. La demanda de amparo, tras la exposición de los antecedentes fácticos del asunto, afirma, ante todo, la condición de consumidora de la recurrente en amparo, con fundamento tanto en el art. 2 b) de la Directiva 93/13, como en la normativa interna, en su condición de persona física que actuó como fiadora en el préstamo concedido por Banco Bilbao Vizcaya a una sociedad mercantil el 4 de abril de 1991, invocando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con cita, especialmente, de su auto de 19 de noviembre de 2015, *Dumitru Tarcău y otros*, asunto C-74/15), doctrina que ha sido asumida por el Tribunal Supremo.

A continuación, se refiere a la protección de los derechos del fiador y consumidor, de acuerdo con el Derecho de la Unión Europea, mencionando en apoyo de su tesis la STC 31/2019 y la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus*, de acuerdo con las cuales el juez nacional debe controlar, incluso de oficio, en cualquier momento, mientras el proceso esté abierto y en tramitación, el carácter abusivo de las cláusulas impuestas en los contratos con consumidores, incluidos los fiadores, siempre que no se hubiera hecho antes mediante una resolución firme y hubiera alcanzado el efecto de cosa juzgada, pudiendo implicar la omisión de ese control la violación del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. De hecho, la demanda sostiene que se ha producido la violación de ese derecho fundamental consagrado en el art. 24.1 CE, con desconocimiento de la doctrina establecida en las SSTC 47/2006, 107/2011, 153/2012 y 31/2019, por dos razones: en primer lugar, por resultar la resolución judicial de una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso; y, en segundo lugar, por denegarse el acceso a la jurisdicción, al considerar el órgano judicial que el incidente de nulidad de actuaciones no es instrumento adecuado para llevar a cabo el control de las cláusulas contractuales abusivas, en contra de lo establecido por el Tribunal Constitucional, cuya doctrina se negó a acatar el órgano judicial de manera manifiesta y voluntaria.

Asimismo, en las actuaciones seguidas por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, posteriores a la aprobación de la Directiva 93/13/CEE, además de apartarse de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en cuanto al carácter abusivo de los intereses de demora que superen en más de dos puntos el interés ordinario, se ha incumplido el art. 6.1 de la citada Directiva, ocasionando indefensión a la actora, dado que la consecuencia jurídica de esa vulneración debería haber sido la nulidad absoluta de la cláusula sobre el interés de demora. Y con ello, igualmente, incumplió el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea que, por imposición del art. 96.1, en relación con el art. 10.2, ambos de la Constitución, debe ser objeto de una aplicación prioritaria por parte de nuestros jueces.

La demanda concluye solicitando la estimación del amparo, con declaración de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la actora y el restablecimiento en el derecho violado, lo que implica que se deje sin efecto el auto de 11 de enero de 2021, recaído en el procedimiento de ejecución núm. 1292-1991, y la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la citada resolución, para que el órgano judicial dicte otra nueva acatando la doctrina del Tribunal Constitucional, que le impone examinar si es abusiva la cláusula quinta de la póliza de préstamo, sobre los intereses de demora pactados.

Por medio de otrosí se interesó, al amparo del art. 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), la suspensión de la ejecución de la resolución

impugnada, así como de la vía de apremio que se sigue tramitando en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales, en el que se ha embargado a la demandante de amparo la mitad indivisa de una finca, de modo que debe llevarse a efecto la subasta y adjudicación, y no habría posibilidad de recuperarla en el caso de que se transmitiera a un tercero de buena fe.

4. Por providencia de 25 de octubre de 2021, la Sección Segunda de este tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que concurre una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 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)]. Por ello, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, se ordenó dirigir atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, a fin de que, en el plazo de diez días, remitiera certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a la ejecución de títulos judiciales núm. 1292-1991; debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en dicho procedimiento, excepto a la recurrente en amparo, a fin de que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer, si lo desearan, en el presente proceso constitucional.

5. Mediante providencia de la misma fecha se acordó formar pieza separada de suspensión y, de conformidad con lo previsto en el art. 56 LOTC, conceder un plazo común de tres días al Ministerio Fiscal y a la solicitante de amparo para que alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la suspensión interesada. Una vez presentadas las alegaciones, la Sala Primera de este tribunal, por ATC 103/2021, de 13 de diciembre, acordó denegar la suspensión cautelar solicitada, y ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad, de conformidad con el art. 56.2 LOTC.

6. A través de escrito presentado en el registro de este tribunal el 28 de diciembre de 2021, el procurador de los tribunales don Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de don Joan Marc Ponsdomenech Giner, y asistido de los letrados don Joaquín Pretel González y don José Pretel Teruel, solicitó que se le tuviera por personado y parte, entendiéndose con dicho procurador las actuaciones sucesivas de este proceso.

7. Por diligencia de ordenación de 27 de enero de 2022 se acordó tener por personado y parte al procurador de los tribunales don Miguel Ángel Montero Reiter, en nombre y representación de don Joan Marc Ponsdomenech Giner, y, a tenor de lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, se resolvió dar vista de las actuaciones recibidas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por plazo común de veinte días, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

8. El 21 de febrero de 2022 tuvo entrada en este tribunal el escrito de alegaciones presentado por la representación de don Joan Marc Ponsdomenech Giner, en el que solicitó la inadmisión o, subsidiariamente, la desestimación del recurso de amparo, con condena en costas a la actora.

Ante todo, pone de relieve que la demandante de amparo ha presentado en septiembre de 2021 demanda interesando el ejercicio de la acción de retracto de crédito litigioso del art. 1535 CC, así como la acción de nulidad, por abusiva, de la cláusula quinta, sobre intereses de demora, de la póliza de préstamo de fecha 4 de abril de 1991, otorgada por el BBVA. De dicho procedimiento está conociendo el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Arenys de Mar (juicio declarativo núm. 475-2021).

Se opone al otorgamiento del amparo, en primer lugar, porque el expediente de ejecución seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona sigue vigente y no ha concluido por alguno de los medios de terminación que contempla nuestro ordenamiento, por lo que el recurso debería inadmitirse por incumplir lo

establecido en el art. 44.1 a) LOTC. Señala que el auto que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones clarifica que la cuestión relativa a la nulidad de la cláusula debe ser planteada en el consiguiente trámite procesal, que no es sino el de liquidación de intereses o mediante escrito instando de oficio su revisión, lo que no ha llevado a efecto la representación de la recurrente. Por otra parte, en el incidente de nulidad de actuaciones solo deben analizarse las infracciones de derechos fundamentales, y la actora introdujo la cuestión relativa a la abusividad de la cláusula quinta de la póliza de préstamo, relativa a los intereses de demora, que, según entendió el auto de 11 de enero de 2021, excedía el objeto del incidente de nulidad, sin perjuicio de que se solicitase la declaración del carácter abusivo de la cláusula en el trámite consiguiente.

Asimismo, se objeta que el recurso de amparo tiene un carácter subsidiario, por lo que solo procederá su admisión cuando se hubiesen agotado los mecanismos propios de la jurisdicción ordinaria, lo que no ha ocurrido en este caso, ya que, por un lado, el juzgado remite a la actora a promover, en forma y a través del adecuado cauce, la pretensión de nulidad de la cláusula, por abusiva, y, por otro, porque la propia demandante de amparo está articulando la misma pretensión de nulidad en un procedimiento ordinario posterior que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar. De lo que deriva el carácter prematuro del presente recurso de amparo, puesto que no hay resolución que hubiese vulnerado sus derechos fundamentales al no haberse agotado las vías previstas legalmente para obtener el pronunciamiento relativo al carácter abusivo de la cláusula, entre las que no se incluye el incidente de nulidad de actuaciones. En apoyo de esta tesis se cita la doctrina establecida en las SSTC 38/2019, 31/2020, 133/2020 y 52/2021, así como en el ATC 64/2018.

Añade el compareciente que la ejecución seguida ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona ciere sobre una sentencia de remate firme a cuyo cumplimiento viene obligado el órgano judicial en sus estrictos términos, a los cuales ha de ajustarse la ejecución, y frente a la cual no cabe la abusividad predicada de adverso, pues adquiere el alcance de cosa juzgada.

Por último, se defiende la imposición de multa a la actora realizada por el auto de 11 de enero de 2021, que deriva de la reiteración en el planteamiento de cuestiones ya previamente resueltas, y que es un pronunciamiento discrecional del órgano judicial, que entiende que ha mediado temeridad, y que, por tanto, resulta ajustado a derecho.

9. Con fecha 28 de febrero de 2022 presentó su escrito de alegaciones la representación de la actora, en el que insiste en las formuladas en su demanda, realizando una exposición sintética de los hechos, que apoya en la doctrina establecida en la STC 31/2019, y hace referencia a la resolución en la que se admitió el amparo, en la que se señaló que «el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este tribunal», con base en lo cual reitera su solicitud de que se le conceda el amparo interesado.

10. El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones en escrito presentado el 24 de marzo de 2022, en el que postuló el otorgamiento del amparo solicitado. Una vez efectuada la exposición de los antecedentes del caso, se refiere el fiscal a la concurrencia de los presupuestos procesales para la viabilidad del recurso, entendiéndolo, en primer lugar, que se ha producido el agotamiento de la vía judicial previa, ya que el recurso se dirige contra el auto de 11 de enero de 2021, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones (aunque el pronunciamiento en relación con la petición de revisión de la cláusula abusiva equivalió a una inadmisión), y contra el que no cabía recurso alguno. También se denunció formalmente la cuestión en el proceso, pues en el incidente de nulidad de actuaciones se solicitó la revisión de la cláusula considerada abusiva con cita de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Constitucional, de manera que su desconocimiento daría lugar a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por último, el recurso se ha presentado en el plazo legalmente previsto y la recurrente ostenta la debida legitimación.

Por lo que se refiere al fondo del asunto, el fiscal lo centra en la pretendida vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en derecho, por haber basado el órgano judicial su decisión de no entrar a conocer de la cuestión planteada en una interpretación de la normativa aplicable que se estima irracional y arbitraria, por infracción del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, al ser el auto contrario a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y a la establecida por el propio Tribunal Constitucional respecto a la obligación impuesta al órgano judicial de proceder al examen, incluso de oficio, sobre la posible abusividad de cláusulas insertas en un contrato de adhesión suscrito entre un profesional y un consumidor.

Se expone en el escrito de alegaciones la doctrina aplicable, con cita extensa de la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus*, del ATJUE asunto *Dumitru Tarcău y otros*, C-74/2015, y de las SSTC 75/2017, 31/2019 y 101/2021, conforme a la cual ha de entenderse que la resolución impugnada que no ha entrado a conocer del fondo de la cuestión relativa a la nulidad de la cláusula de intereses moratorios bajo el argumento de no ser el cauce procesal adecuado, vulnera, de acuerdo con la doctrina de la STC 31/2019, el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de la obtención de una resolución motivada y fundada en derecho, dado que la preterición o desconocimiento del Derecho de la Unión Europea puede suponer una selección arbitraria e irrazonable de la normativa aplicable. Ello es así porque, conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la posible abusividad de las cláusulas debe ser apreciada, incluso de oficio, siendo indiferente el medio de conocimiento de dicha pretensión, cuando se cuenta con los necesarios elementos de hecho y de derecho para ello, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior control judicial que hubiese concluido con una resolución con fuerza de cosa juzgada, lo que no ha ocurrido en este caso. El juez no cumplió con la obligación de carácter imperativo que le impone la normativa europea con un argumento meramente formal, contrario a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional sobre la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones, según la cual es preceptivo realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de admisión, estimando el fiscal que el órgano judicial no ha respetado la función del incidente de nulidad de actuaciones como instrumento idóneo para la tutela de los derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, el Ministerio Público interesa la estimación del amparo, con reconocimiento de que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la actora, declarando la nulidad del auto de 11 de enero de 2021, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, y retroacción del procedimiento al momento inmediatamente anterior al dictado de dicha resolución, para que por el órgano judicial se proceda de oficio a la revisión del supuesto carácter abusivo de las cláusulas del préstamo en el que la recurrente aparece como fiadora solidaria.

11. A la vista de las alegaciones presentadas por la representación de don Joan Marc Ponsdomenech Giner, por diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sala Primera de 13 de junio de 2022, se acordó, de conformidad con lo previsto en el art. 88 LOTC, requerir al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar para que remitiera determinadas actuaciones relativas al procedimiento ordinario núm. 475-2021.

12. Una vez recibidas las actuaciones solicitadas, por diligencia de ordenación de 5 de julio de 2022 se acordó dar traslado de las mismas al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que, en el plazo común de cinco días, pudieran formular las alegaciones que a su derecho convinieran.

13. La representación de don Joan Marc Ponsdomenech Giner presentó sus alegaciones el 8 de julio de 2022, en las que, en síntesis, mantiene la argumentación de su anterior escrito de alegaciones, señalando que se confirma la existencia de una causa

civil en la que se ejercita igual pretensión a la que se contrae el recurso de amparo, que subsiste la facultad de la actora de promover la nulidad por abusiva de la cláusula sobre interés de demora ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, y que no ha habido agotamiento de la vía judicial ni en ese procedimiento ni en el seguido ante el juzgado de primera instancia de Arenys de Mar, en el que la señora Gazeau ha promovido recurso de apelación contra el auto de 26 de mayo de 2022, que estimó la excepción de litispendencia. De acuerdo con ello, aduce que no se cumple el requisito del agotamiento de la vía judicial, de acuerdo con el art. 44.1 a) LOTC, y recuerda que el recurso de amparo tiene carácter subsidiario y solo cabe su admisibilidad cuando se hubiesen agotado los cauces propios de la jurisdicción ordinaria, lo que no ha ocurrido en este caso, afirmación que respalda con cita de doctrina de este tribunal.

14. Con fecha 12 de julio de 2022 tuvo entrada en este tribunal el escrito de alegaciones de la representación de la demandante de amparo, en el que manifiesta que las dos resoluciones que se aportan, del juzgado de primera instancia de Arenys de Mar, el auto de 26 de mayo de 2022, que declara la existencia de litispendencia respecto de una de las dos acciones acumuladas, y la sentencia de 27 de mayo de 2022, que deniega el retracto de crédito ejercitado por falta de carácter litigioso del crédito, han sido recurridas por la actora ante la Audiencia Provincial de Barcelona, estando ambos recursos pendientes de admisión a trámite, por lo que ninguna de dichas resoluciones ha adquirido firmeza.

15. El 22 de julio de 2022 presentó escrito de alegaciones la fiscal ante el Tribunal Constitucional, en el que defiende la admisibilidad del recurso y mantiene las conclusiones expresadas en su anterior escrito en cuanto a la procedencia del otorgamiento del amparo.

Indica que el objeto del recurso de amparo es el de examinar la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva producida en el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1292-1991, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, el cual, al resolver el incidente de nulidad de actuaciones mediante el auto de 11 de enero de 2021 no entró en el fondo de la petición de revisión del posible carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses de demora que fue planteada por la recurrente en amparo.

Por tanto, el objeto del recurso se centra en esa pretendida vulneración, sin que en ningún caso pueda examinarse la abusividad o no de la cláusula cuya revisión se solicita. Con cita de la doctrina establecida en la STC 31/2019 y en las más recientes SSTC 6/2022, 9/2022 y 44/2022, considera la fiscal que por el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la actora por la falta de revisión de oficio de la cláusula de intereses moratorios, sin que deba confundirse el objeto del recurso de amparo con el objeto del procedimiento seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Arenys de Mar, en el que la pretensión es la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, cuestión de legalidad ordinaria de la que no puede entrar a conocer el Tribunal Constitucional.

El objeto del recurso de amparo es la reparación del derecho fundamental, y esta todavía no se ha producido, por lo que persiste la pretensión hecha valer por la demandante de amparo. En este sentido, invoca el supuesto resuelto por la STC 52/2021, y señala que la recurrente en amparo, dando cumplimiento a lo dispuesto en el auto recurrido en amparo sobre la posibilidad de volver a plantear el carácter abusivo de las cláusulas a través del adecuado cauce, interpone nueva demanda en la que solicita un pronunciamiento sobre la posible nulidad de la cláusula de intereses moratorios. Por el juzgado de primera instancia de Arenys de Mar no se ha llevado a cabo dicho examen, por estimar la excepción de litispendencia, ya que ha entendido que ese pronunciamiento debe realizarse en el seno del procedimiento de ejecución seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona que, a su vez, no se ha pronunciado sobre ello por las razones expresadas en el auto contra el que se ha promovido el presente recurso de amparo. Y aunque el auto de 26 de mayo de 2022,

que apreció la litispendencia, no es firme, por estar pendiente de recurso de apelación, sus efectos se deben circunscribir a la reclamación concretamente efectuada en el proceso declarativo.

Añade que, de estimarse la apelación, realizándose en ese caso un pronunciamiento sobre el fondo, se podría considerar que la pretensión de la recurrente se ha visto satisfecha fuera del procedimiento de amparo, y nos encontraríamos con una pérdida sobrevenida de su objeto, pero en ningún caso ante una causa de inadmisibilidad. Además, estimar en este momento una causa de inadmisibilidad daría lugar a la terminación del procedimiento de amparo, conforme al art. 86 LOTC, lo que privaría a la recurrente de la posibilidad de reparación de su derecho. En suma, el Ministerio Fiscal entiende que de las actuaciones seguidas ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Arenys de Mar no cabe apreciar la concurrencia de causas de inadmisibilidad sobrevenidas, ya que subsiste la lesión del derecho fundamental y no ha sido reparada en el procedimiento *a quo*, ni se ha tomado ninguna iniciativa en el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona para llevarlo a efecto.

16. Con fecha 7 de septiembre de 2022, la representación de don Joan Marc Ponsdomenech Giner ha presentado escrito, en relación con actuaciones desarrolladas en el procedimiento núm. 1292-1991, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, alegando que, en el trámite de liquidación de intereses, la demandante de amparo ha solicitado nuevamente la declaración de nulidad, por abusiva, de la cláusula quinta de la póliza objeto de ejecución, sobre fijación de los intereses de demora.

17. Por diligencia de ordenación del secretario de justicia de la Sala Segunda, de 18 de enero de 2023, en virtud del acuerdo adoptado por el Pleno del Tribunal Constitucional el día 17 de enero de 2023, publicado en el «Boletín Oficial del Estado» de 19 de enero, se hace constar que el presente recurso de amparo ha sido turnado a la Sala Segunda de este tribunal, y que se pone en conocimiento de las partes y del Ministerio Fiscal a los efectos oportunos.

18. Por providencia de 13 de abril de 2023, se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 17 del mismo mes y año.

## II. Fundamentos jurídicos

### 1. Objeto del recurso de amparo y pretensiones de las partes.

La demandante de amparo dirige su impugnación contra el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, de 11 de enero de 2021, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales núm. 1292-1991, en concreto, en cuanto a la decisión de no admitir la posibilidad de examinar, por la vía del incidente de nulidad de actuaciones, el carácter abusivo de la cláusula sobre los intereses de demora contenida en la póliza de préstamo que dio lugar al procedimiento de ejecución.

Se queja la actora de que la resolución judicial impugnada ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) porque aquella es el resultado de una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicable al proceso, y por haberle denegado el acceso a la jurisdicción, al considerar el órgano judicial que el incidente de nulidad de actuaciones no es instrumento adecuado para llevar a cabo el control de las cláusulas contractuales abusivas, en contra de lo establecido por el Tribunal Constitucional.

El Ministerio Fiscal ha solicitado el otorgamiento del amparo, por entender que el órgano judicial no ha respetado la función que el incidente de nulidad de actuaciones tiene como instrumento idóneo para la tutela de los derechos fundamentales, de acuerdo con la doctrina constitucional, y ha incumplido la obligación imperativa que le imponen la normativa europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de

examinar, incluso de oficio, el posible carácter abusivo de las cláusulas de los contratos. Por su parte, la representación de la parte ejecutante en el procedimiento *a quo* ha instado la inadmisión del recurso de amparo por considerarlo prematuro, ante la falta de agotamiento de los cauces de la jurisdicción ordinaria y, subsidiariamente, su desestimación por no haberse producido la lesión del derecho fundamental alegada en la demanda.

## 2. Óbices procesales: desestimación.

La parte recurrida ha opuesto en su escrito de alegaciones el carácter prematuro del recurso de amparo por dos razones que, realmente, suscitan dos causas de inadmisión distintas. En primer lugar, que no se habían agotado los cauces propios de la jurisdicción ordinaria para la solicitud del carácter abusivo y de la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora, ya que el procedimiento de ejecución aún no había concluido, y el juzgado remitió a la actora a promover, en forma y a través del adecuado cauce, esa pretensión, pues el incidente de nulidad no era la vía adecuada para ello. En segundo lugar, porque la propia demandante de amparo ha planteado la misma pretensión de nulidad, con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, en un procedimiento declarativo ordinario que se sigue ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar.

En atención a tales objeciones, que de ser atendidas darían lugar a la inadmisión del recurso de amparo por falta de agotamiento de la vía judicial previa, de acuerdo con lo exigido por el art. 44.1 a) LOTC, debemos recordar aquí la doctrina reiterada de este tribunal según la cual «los defectos insubsanables de que pudiera estar afectado el recurso de amparo no resultan sanados por que la demanda haya sido inicialmente admitida a trámite y así lo declaramos, entre otras, en la STC 69/2011, de 16 de mayo, cuyo fundamento jurídico 2 afirma que ‘la comprobación de los presupuestos procesales para la viabilidad de la acción puede volverse a abordar o reconsiderarse en la sentencia, de oficio o a instancia de parte, dando lugar, en su caso, a un pronunciamiento de inadmisión por falta de tales presupuestos’ [...]» (STC 200/2012, de 12 de noviembre, FJ 2, y jurisprudencia allí citada).

a) Por lo que se refiere al primer óbice referido a que el incidente de nulidad de actuaciones no era instrumento adecuado para plantear el carácter abusivo de la cláusula, habiendo remitido el juzgado, en la resolución impugnada, al cauce adecuado dentro del inconcluso procedimiento de ejecución, nuestra respuesta debe ser de rechazo de tal objeción, que se encuentra absolutamente ligada a la cuestión de fondo que aquí se plantea.

Desde la STC 31/2019, de 28 de febrero, FJ 6, este tribunal ha sostenido que, en casos como el presente, el planteamiento del incidente de nulidad ha de reputarse como un cauce idóneo a los efectos del art. 44.1 a) LOTC, para analizar la abusividad de las cláusulas litigiosas. Como se indica en dicha sentencia, de acuerdo con la Directiva 93/13/CEE y la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto *Banco Primus*, «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. [...] [L]o determinante es si el juez estaba obligado al examen de oficio y cuál es el momento en que este examen le era exigible. Así que, declarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación del órgano judicial de conocer, bien de oficio o a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual, poco importa el momento y cómo llegaron a él los elementos de hecho y de Derecho necesarios para verse compelido a hacerlo. Por ello, el órgano judicial ante el cual el consumidor ha formulado un incidente de oposición –expresión utilizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea–, en este caso a través de un incidente de nulidad, se encuentra obligado a apreciar el eventual carácter abusivo de la cláusula que se denuncia, con la única excepción de que hubiera sido examinada en un anterior

control judicial que hubiera concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada».

Es decir, el ejecutado que ostente la condición de consumidor puede instar el control del carácter abusivo de una cláusula en cualquier momento, sin otro requisito que el de que no haya sido objeto de un control efectivo con anterioridad, siendo uno de los mecanismos adecuados para promover esa declaración el incidente de nulidad de actuaciones, doctrina que ha sido reiterada posteriormente, entre otras, en las SSTC 140/2020, de 6 de octubre, FJ 3; 8/2021, de 25 de enero, FJ 3; 12/2021, de 25 de enero, FJ 3, y 44/2022, de 21 de marzo, FJ 4.

La demandante de amparo así lo hizo, denunciando a través del incidente de nulidad de actuaciones el carácter abusivo de la cláusula referida al interés de demora, con invocación de la Directiva 93/13, y de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de este Tribunal Constitucional, citando, especialmente, la STC 31/2019, que reprodujo en buena parte, sin que el órgano judicial atendiera a la doctrina establecida en la misma, a pesar de los claros términos en que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y este tribunal han dado respuesta a esa cuestión, razón por la que, en su demanda de amparo, la actora se queja de que el auto de 11 de enero de 2021, al apartarse de las exigencias resultantes de dicha doctrina jurisprudencial, habría vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Por consiguiente, el primer óbice procesal debe ser rechazado.

b) El segundo óbice denuncia el carácter prematuro del recurso de amparo porque la demandante de amparo ha planteado el carácter abusivo y la nulidad de la cláusula de intereses de demora, con posterioridad a la interposición del recurso de amparo, a través de la promoción de un procedimiento declarativo ordinario.

De los documentos aportados por la parte recurrida, y de las actuaciones solicitadas por este tribunal al amparo de lo dispuesto en el art. 88 LOTC, se desprende que la recurrente en amparo presentó el 3 de septiembre de 2021, ante los Juzgados de Arenys de Mar, demanda de juicio ordinario contra el ejecutante, en ejercicio de la acción de retracto de crédito litigioso, o de extinción, mediante su reembolso, prevista en el art. 1535 CC, así como, de forma acumulada, «la acción de nulidad por abusiva, de la cláusula quinta sobre intereses de demora, de la póliza de préstamo de fecha 4-4-1991 otorgada por el BBVA, en que se instrumentó aquel crédito». A pesar de que la demanda fue admitida a trámite por decreto de la letrada de la administración de justicia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar, de 13 de octubre de 2021 (procedimiento ordinario núm. 475-2021), la segunda pretensión fue inadmitida por auto del mismo juzgado de 26 de mayo de 2022, que estimó la excepción de litispendencia, por estar aún abierto el procedimiento de ejecución 1292-1991, «en el que incluso se hizo referencia a la posibilidad de ‘volver a plantear las alegaciones a través del adecuado cauce’ por medio de auto 2/2021, de 11 de enero», entendiéndose el juzgado que el procedimiento de ejecución era la instancia idónea para plantear dicha cuestión. El referido auto de 26 de mayo de 2022 no es firme, puesto que la demandante de amparo ha promovido recurso de apelación contra el mismo; recurso que también ha interpuesto frente a la sentencia de 27 de mayo de 2022, que desestima la otra pretensión formulada ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Arenys de Mar, cuestión que carece de relevancia a los efectos que aquí interesan.

La reiterada doctrina de este tribunal (por todas, STC 13/2005, de 31 de enero, FJ 3), impone la salvaguarda del carácter subsidiario del amparo, que solo procede cuando no hayan tenido éxito las demás vías que el ordenamiento ofrece para la reparación del derecho fundamental ante los jueces y tribunales ordinarios (STC 147/1994, de 12 de mayo, FJ 2), con lo cual se evita que este tribunal se pronuncie sobre eventuales lesiones de derechos fundamentales o libertades públicas y proceda, de acuerdo con el objeto del recurso de amparo previsto en el art. 41.3 de su Ley Orgánica, a restablecerlos o preservarlos, cuando ello pueda aún tener lugar a través de las vías procesales que se hallen establecidas, por los órganos judiciales (en este sentido, por todas, SSTC 71/2000, FJ 3, y 72/2000, FJ 3, ambas de 13 de marzo, y 214/2000, de 18

de septiembre, FJ 3). De tal suerte que, en principio, solo cuando el proceso haya finalizado, por haber recaído una resolución definitiva, puede entenderse agotada la vía judicial y, consecuentemente, es posible acudir ante este tribunal en demanda de amparo (STC 174/1994, de 7 de junio, FJ 2). En suma, resulta improcedente la coexistencia temporal de un proceso de amparo con la vía judicial (por todas, STC 97/2004, de 24 de mayo, FJ 3), anomalía que acontece de forma evidente cuando se inicia el proceso de amparo antes de que se resuelvan los recursos interpuestos en la vía judicial ordinaria contra la resolución jurisdiccional que se recurre en amparo (STC 72/2004, de 19 de abril, FJ 3), pero que puede producirse también, «cuando, con posterioridad a presentarse la demanda de amparo, se ha procedido en la vía judicial ordinaria, bien de oficio, bien a instancia del recurrente, al examen y resolución de la queja constitutiva del amparo impetrado ante este tribunal».

De acuerdo con dicha doctrina, cabría pensar que, en la medida en que la demandante de amparo ha abierto una nueva vía judicial para obtener la declaración del carácter abusivo de la cláusula discutida del contrato de préstamo, el presente recurso de amparo habría quedado desprovisto de su carácter subsidiario, y no procedería que este tribunal se pronunciara sobre la queja que se le ha planteado, al encontrarse pendiente de resolver el recurso de apelación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Barcelona frente al auto del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 8 de Arenys de Mar de 26 de mayo de 2022, con objeto de que se entre a conocer del fondo de la pretensión objeto del procedimiento ordinario iniciado por la actora.

Ahora bien, como acertadamente señala el Ministerio Fiscal, el objeto de este recurso de amparo es el de examinar la posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva producido en el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1292-1991, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, que habría tenido lugar al denegar el órgano judicial a la actora el examen dentro de ese procedimiento y por ese cauce de su petición de revisión del posible carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses de demora, por entender que dicha pretensión no podía ser objeto del incidente de nulidad de actuaciones. El recurso de amparo se centra, pues, en la obtención de la reparación de esa pretendida vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como consecuencia de la negativa a resolver la pretensión instada en el incidente de nulidad de actuaciones, pero no alcanza a la cuestión relativa al carácter abusivo o no de la cláusula cuya revisión se solicita, que es una pretensión de legalidad ordinaria dirigida a obtener la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios, en la que no corresponde entrar a conocer el Tribunal Constitucional. Se trata, pues, de dos planos distintos que no cabe confundir. El objeto del recurso de amparo es la reparación del derecho fundamental cuya vulneración se alega, y, para que pudiera tener incidencia sobre la vía de amparo, esa reparación habría de tener lugar, en su caso, en el propio procedimiento de ejecución de títulos judiciales, sin que hasta este momento se haya producido, pues no consta que el órgano jurisdiccional haya adoptado decisión alguna tendente a subsanar la lesión aducida. Por consiguiente, más allá de la estricta cuestión de legalidad ordinaria relativa al carácter abusivo o no de la cláusula de intereses moratorios, persiste la pretensión que la recurrente ha articulado ante este tribunal respecto al restablecimiento del derecho fundamental cuya vulneración ha denunciado, con la consecuencia de que el segundo óbice procesal también ha de ser rechazado, pues este recurso de amparo no se ha visto privado de su carácter subsidiario.

No es obstáculo a esta conclusión el hecho de que, como ha alegado la parte recurrida, con ocasión de la liquidación de intereses y costas en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales, la demandante de amparo haya opuesto el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios, pues, aparte de que es una iniciativa congruente con lo defendido hasta este momento en la vía judicial, en virtud del art. 24 CE le asiste el derecho a utilizar todos los medios que considere procedentes para su defensa ante las nuevas incidencias que se originen en el procedimiento de ejecución, que, de mantener una posición pasiva, a la espera del resultado de su recurso de

amparo, podrían dar lugar a situaciones consentidas y firmes, también amparadas por el art. 24 CE, y que difícilmente cabría revertir con posterioridad.

### 3. Aplicación de la jurisprudencia constitucional

Desde la STC 31/2019, de 28 de febrero, hasta la muy reciente STC 141/2022, de 14 de noviembre, este tribunal se ha pronunciado en multitud de ocasiones sobre la proyección que respecto del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene el deber de control de abusividad del clausulado de los títulos no judiciales en los procedimientos judiciales amparado en el Derecho de la Unión Europea (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus, S.A., c. Jesús Gutiérrez García*, y la más reciente STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto C-600/19, *MA c. Ibercaja Banco, S.A.*). La reiterada doctrina establecida por este tribunal puede sintetizarse en los siguientes puntos:

a) Corresponde a este tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de manera que el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión, tal y como ha sido interpretada por aquel, 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. Asimismo, 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.

b) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha interpretado que la Directiva 93/13/CEE obliga al juez nacional a apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, siempre que la cláusula denunciada no hubiera sido examinada previamente, examen que deberá llevar a cabo permitiendo 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. A tal efecto, carece de relevancia el momento o el cauce procesal que se utilice para suscitar ante el órgano jurisdiccional esa cuestión, siempre que el procedimiento aún subsista. En la STJUE de 17 de mayo de 2022, asunto *Ibercaja Banco, S.A.*, el Tribunal de Justicia, respaldando la jurisprudencia constitucional anterior y reforzando la necesidad de motivación, también ha precisado que en un procedimiento de ejecución hipotecaria ya concluido en que los «derechos de propiedad respecto del bien han sido transmitidos a un tercero, el juez, actuando de oficio o a instancias del consumidor, ya no puede proceder a un examen del carácter abusivo de cláusulas contractuales que llevase a la anulación de los actos de transmisión de la propiedad y cuestionar la seguridad jurídica de la transmisión de la propiedad ya realizada frente a un tercero».

c) Desde la perspectiva del deber de motivación, hemos sostenido que la simple mención genérica de que la demanda cumple con los requisitos previstos en el art. 685 de la Ley de enjuiciamiento civil y que el título es susceptible de ejecución es insuficiente a los efectos de considerar que, sin género de dudas, se realizó el previo control, máxime cuando de dicha argumentación se hará depender el acceso a un pronunciamiento de fondo al que el órgano judicial, de acuerdo con el Derecho de la Unión, debe proceder de oficio de haber razones para ello, pues mal se puede realizar un control –ni siquiera externo– de lo que carece de un razonamiento expreso.

d) Este tribunal se ha manifestado en diversas ocasiones sobre el carácter idóneo del incidente de nulidad de actuaciones para que la parte ejecutada pueda solicitar del órgano judicial que se pronuncie sobre el carácter abusivo de una cláusula, supuesto en el que ha de producirse de manera motivada el obligado control por parte de los órganos

jurisdiccionales del carácter abusivo de las cláusulas incorporadas a los contratos cuando fueran requeridos para efectuarlo por esta vía procesal, salvo, claro está, que ese examen se hubiese producido anteriormente de manera expresa y motivada.

e) La necesidad de motivación de esos pronunciamientos, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquellas contienen, además de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y, en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho, carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. En ese mismo sentido el Tribunal de Justicia en la ya citada sentencia *Ibercaja Banco*, ha explicado que «no podría garantizarse un control eficaz del eventual carácter abusivo de las cláusulas contractuales [...] si la fuerza de cosa juzgada se extendiera también a las resoluciones judiciales que no mencionan tal control».

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa podemos constatar que, solicitada por la demandante de amparo la revisión del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios en el incidente de nulidad de actuaciones promovido en el procedimiento de ejecución, el Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, en auto de 11 de enero de 2021, rechazó tal pretensión, por entender que el incidente de nulidad no era la vía adecuada para ello: «No es objeto, sin embargo, del incidente de nulidad de actuaciones el examen del eventual carácter abusivo de las cláusulas de los contratos, por más que ello pueda dar lugar de apreciarse a que sea dejada total o parcialmente sin efecto la ejecución, pues en el marco del presente incidente cabe solo examinar si se ha producido 'la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución' (artículos 241.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 228.1 de la Ley de enjuiciamiento civil). Deben por consiguiente rechazarse también en este punto las alegaciones formuladas, sin perjuicio de que pueda la parte volver a plantear las mismas a través del adecuado cauce». Es decir, que, en este punto, el órgano judicial inadmitió la pretensión que se le dirigía, negándose a dar una respuesta al fondo de lo planteado por considerar inadecuada la vía elegida, a pesar de que la recurrente alegó en su escrito el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE e invocó la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea así como la doctrina de este tribunal respecto a la apreciación de oficio por los órganos judiciales del carácter abusivo de las cláusulas de los contratos, con especial cita de la STC 31/2019, que reprodujo en parte.

Atendiendo a la doctrina constitucional antes expuesta, esa resolución judicial ha de considerarse vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la actora, en la vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho. La razón es que los órganos judiciales deben respetar la primacía del Derecho de la Unión Europea, en los términos que resultan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, lo que implica la obligación de conocer, bien de oficio, bien a instancia de parte, del posible carácter abusivo de una cláusula contractual. Una vez la cuestión se plantea por la parte ejecutada, el órgano judicial está obligado a darle una respuesta fundada, con independencia del momento y del cauce empleado para ello, en este caso el incidente de nulidad de actuaciones, que resulta idóneo a tal efecto como ya se ha señalado anteriormente. La única excepción para rechazar tal pretensión es que ya hubiera sido examinado con anterioridad por el juez ese posible carácter abusivo de las cláusulas, con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, supuesto que no concurría en el procedimiento de ejecución del que trae causa este amparo. Tampoco fundamenta el auto recurrido en amparo que se haya producido un acto de transmisión de la propiedad que pueda quedar afectado por el examen de la abusividad

de la cláusula controvertida y que también impediría dicho control conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia a la que antes se ha hecho referencia.

Sin embargo, en este caso, el juzgador no cumplió con la obligación que le venía impuesta por la normativa y la jurisprudencia que le fueron alegadas, no porque ya hubiese realizado un anterior examen de la cláusula discutida, sino aduciendo una mera excusa formal que, aparte de ignorar la primacía del Derecho de la Unión Europea y nuestra jurisprudencia en la materia, privaba al incidente de nulidad de actuaciones de su sustantividad propia como proceso de defensa de los derechos fundamentales (STC 39/2022, de 21 de marzo, FJ 3). Como se afirma en la STC 48/2022, de 4 de abril, FJ 2 b), «el incidente de nulidad de actuaciones asume una función esencial de tutela y defensa de los derechos fundamentales que puede y también debe ser controlada por este tribunal (STC 102/2020, de 21 de septiembre, FJ 4). De esta manera, los órganos judiciales vienen obligados realizar una interpretación no restrictiva de las causas de inadmisión de la nueva regulación ampliada del incidente de nulidad de actuaciones, motivando suficientemente su decisión pues, cuando es procedente su planteamiento, la inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones implica la preterición del mecanismo de tutela ante la jurisdicción ordinaria (STC 9/2014, de 27 de enero, FJ 3)». Y esta función tuitiva de los derechos fundamentales que estaba llamado a cumplir el incidente de nulidad de actuaciones en el procedimiento de ejecución respecto del examen de las cláusulas que pudieran resultar abusivas fue desatendida por el órgano judicial, que privó de esa forma a la demandante de amparo de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión, conforme al cual tenía derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho sobre la pretensión articulada en el incidente de nulidad de actuaciones acerca del carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios, resolución que le fue denegada de manera irrazonable.

Por tanto, la resolución impugnada ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la recurrente (art. 24.1 CE), pues la decisión de no atender la revisión interesada por la recurrente 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, incurriendo, por ello, en una interpretación irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso (STC 31/2019, FJ 9).

#### 4. Alcance del amparo.

De acuerdo con las consideraciones desarrolladas en el fundamento anterior, procede el otorgamiento del amparo, con reconocimiento de la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la actora, en la vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho (art. 24.1 CE). El restablecimiento en el derecho vulnerado conlleva la declaración de nulidad del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, de 11 de enero de 2021, así como la retroacción de las actuaciones del procedimiento de ejecución al momento inmediatamente anterior al del dictado de aquella resolución, para que el órgano judicial pronuncie otra nueva que, con observancia del derecho fundamental de la recurrente, examine fundadamente la posible condición de consumidora de la recurrente y, en su caso, el posible carácter abusivo de las cláusulas de la póliza de préstamo, de acuerdo con lo solicitado en el incidente de nulidad de actuaciones presentado en su día.

## FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido estimar el recurso de amparo interpuesto por doña Guiomar Gazeau García y, en consecuencia:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho a obtener una resolución motivada y fundada en Derecho.

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Barcelona, de 11 de enero de 2021, dictado en el procedimiento de ejecución de títulos judiciales núm. 1292-1991.

3.º Retrotraer el procedimiento al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de dicha resolución para que por el órgano judicial se dicte otra que resulte respetuosa con el derecho fundamental reconocido.

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

Dada en Madrid, a diecisiete de abril de dos mil veintitrés.—Inmaculada Montalbán Huertas.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—César Tolosa Tribiño.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.