

Sección del Tribunal Constitucional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8460 *Sala Primera. Sentencia 75/2017, de 19 de junio de 2017. Recurso de amparo 1582-2016. Promovido por doña Julia Nicolás Medrano y don José Luis Antonio Díaz Alonso respecto de las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial de La Rioja y un Juzgado de Primera Instancia de Logroño en procedimiento de ejecución hipotecaria. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (resolución fundada en Derecho): resoluciones judiciales que resuelven un recurso de apelación y rechazan un incidente de nulidad de actuaciones sin tomar en consideración la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca del concepto de consumidor.*

ECLI:ES:TC:2017:75

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por don Juan José González Rivas, Presidente, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, han pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 1582-2016, promovido por doña Julia Nicolás Medrano y don José Luis Antonio Díaz Alonso, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Amalia Ruiz García y asistidos por el Abogado don Ángel Aramayo Lasaga, contra el Auto de 29 de enero de 2016 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, dictado en el recurso de apelación núm. 63-2015, dimanante del Auto, de fecha de 17 de octubre de 2013, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Logroño en la pieza de oposición a la ejecución hipotecaria núm. 3-2013, y contra la providencia, de fecha de 19 de febrero de 2016, de esa misma Audiencia, inadmitiendo el incidente excepcional de nulidad de actuaciones. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito que tuvo entrada en el registro general de este Tribunal el día 21 de marzo de 2016, la Procuradora de los Tribunales doña Amalia Ruiz García, en nombre y representación de doña Julia Nicolás Medrano y don José Luis Antonio Díaz Alonso, interpuso recurso de amparo contra las resoluciones judiciales que se citan en el encabezamiento.

2. Los hechos de los que trae causa la demanda, relevantes para la resolución del recurso, son, en síntesis, los siguientes:

a) La entidad bancaria Bankia, S.A., en fecha 15 de diciembre de 2012, presentó demanda de ejecución hipotecaria, contra la mercantil Excavaciones Díaz Nicolás, S.L., como prestataria y frente a los hoy demandantes de amparo, Sres. Nicolás Medrano y Díaz Alonso, como hipotecantes no deudores, que tramitó el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Logroño con el número de autos 1521-2012.

b) En fecha 28 de enero de 2013, el Juzgado dictó Auto, despachando la ejecución y requiriendo de pago a los ejecutados, quienes formularon oposición a la ejecución, por diversos motivos, siendo el relevante para el objeto de este amparo, la solicitud de nulidad de diversas cláusulas de la escritura de préstamo hipotecario por ser abusivas y contrarias a la buena fe, al perjudicar el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes.

c) Por Auto de 17 de octubre de 2013, se desestimaron todos los motivos de oposición a la ejecución alegados por los demandantes de amparo y respecto a la abusividad de las cláusulas contractuales denunciadas, el órgano judicial razonó que «no puede considerarse a estos efectos que sea aplicable la normativa de consumidores y de usuarios, puesto que los hipotecantes avalistas lo son de una mercantil —la sociedad ejecutada— en una operación crediticia de la sociedad con finalidad mercantil... Por tanto, no considerándose consumidores y no tratándose de un préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual, aunque el objeto de la hipoteca sea la vivienda habitual de dos ejecutados, no puede considerarse que los intereses moratorios pactados sean abusivos, siendo la sanción pactada por el incumplimiento». A pie de esta resolución se instruía que frente a ella no cabía recurso alguno.

d) Tras la nueva redacción del artículo 695.4 de la Ley de enjuiciamiento civil, dada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal, los hoy recurrentes en amparo presentaron, en fecha 7 de octubre de 2014, recurso de apelación contra el citado Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Logroño, volviendo a plantear la abusividad de determinadas cláusulas del contrato en aplicación de la normativa de protección de consumidores y usuarios.

e) Por Auto de fecha 29 de enero de 2016, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otras Audiencias Provinciales, desestimó el recurso de apelación, razonando para ello que los recurrentes, aun siendo personas físicas, no ostentan la condición de consumidores, ya que garantizaron mediante hipoteca un crédito concertado en beneficio de una sociedad mercantil y, en consecuencia, no le es aplicable el control de abusividad de las cláusulas contractuales impuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13/CEE), ni en la Ley de condiciones generales de la contratación, que indica claramente que el concepto de abusividad queda circunscrito a los contratos celebrados con consumidores.

f) Frente a la anterior resolución, por escrito de fecha 17 de febrero de 2016, se instó incidente excepcional de nulidad de actuaciones, en el que se invocaba la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con los artículos 10.2 CE y 93 CE y con el principio de primacía del derecho de la Unión Europea. Los demandantes de amparo sostenían que el Auto impugnado había dejado de aplicar la reciente doctrina sentada por la Sala Sexta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su Auto de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dimitri Tarcău*, C-74/2015, en el que, resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un tribunal rumano, había delimitado claramente el concepto de consumidor a los efectos de los artículos 1, apartado 1, y 2, letra b) de la Directiva 93/13/CEE. Así, exponían que en dicha resolución judicial europea se declara que tales normas comunitarias «deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones que una sociedad mercantil ha asumido contractualmente frente a la referida entidad en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con la citada sociedad».

Para los demandantes de amparo, dado que al menos la recurrente era ama de casa, ajena por completo a la sociedad ejecutada, recayendo además la garantía sobre su vivienda habitual, el órgano judicial, al no examinar sus circunstancias personales, obvió la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la mencionada Directiva comunitaria, vulnerando con ello su derecho a la selección razonable de la norma aplicable y al sistema de fuentes (art. 24 CE). En apoyo de su pretensión, los recurrentes transcribían

a continuación la STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5, relativa al mencionado derecho fundamental en relación con el Derecho de la Unión Europea.

g) Por providencia, de 19 de diciembre de 2015, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja inadmitió a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, con la siguiente motivación: «la jurisprudencia viene atribuyendo un carácter excepcional y extraordinario a este tipo de incidentes, entendiendo que la viabilidad del mismo procede tan solo en supuestos especialmente anómalos o insólitos y estableciendo que este incidente debe ser interpretado de forma restrictiva, al incidir sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, en su manifestación de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes. En el escrito instando la nulidad de actuaciones se alega una motivación del auto de 29 de enero de 2016 contrario a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la condición de consumidores de los fiadores, frente al criterio sostenido por esta Sala, en el referido auto y para el caso que se enjuicia; en fin, la parte instante del incidente en su escrito de 17 de febrero de 2016 alega su discrepancia con los razonamientos jurídicos del auto señalado y pretende una inadmisión, nueva y distinta valoración jurídica, conforme a sus pretensiones, que no puede ser atendida por la sala».

h) Por providencia, de 24 de febrero de 2016, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja corrigió el error padecido en la anterior resolución, indicando que contra la misma no cabía recurso alguno.

3. En su demanda de amparo, la parte actora imputa al Auto de 29 de enero de 2016 y a la providencia de 19 de febrero de 2016, ambos dictados por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE). Para los demandantes de amparo, el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE, concretamente por lo que respecta al concepto de consumidor y a su interpretación, dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Auto de la Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*, C-74/2015 y, de este modo, haber declarado la condición de consumidor de los recurrentes, por lo que, de conformidad con lo establecido en la STC 145/2102, de 2 de julio, se ha vulnerado así el sistema de fuentes incurriendo en una arbitraria selección de la norma aplicable.

Al hilo de lo anterior se subraya que en el citado Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se aclara que los artículos 1.1 y 2 b) de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que dicha Directiva puede aplicarse a un contrato de garantía inmobiliaria o de fianza celebrado entre una persona física y una entidad de crédito para garantizar las obligaciones asumidas por una sociedad mercantil en el marco de un contrato de crédito, cuando esa persona física actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y carezca de vínculos funcionales con ella. Por tanto, la calidad en la que la persona física ha tomado parte en el contrato de garantía que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE debe ser examinada por el juez nacional para verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de consumidor.

A juicio de los recurrentes, la Audiencia Provincial de La Rioja, basándose tan solo en el hecho de que la operación crediticia se realizó a favor de la mercantil Excavaciones Díaz Nicolás, S.L., se limitó a declarar la inaplicabilidad de la normativa de consumidores a los hipotecantes no deudores, sin determinar si tales garantes actuaron en el marco de una actividad profesional y si tenían vínculos funcionales con la sociedad deudora garantizada. Al no examinar las circunstancias concretas del caso enjuiciado, la parte actora entiende que el órgano judicial ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, por no seleccionar razonablemente la norma aplicable al proceso, como en este caso era la Directiva 93/13, obviando así la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de aplicación preferente e ineludible, dado el sistema de fuentes establecido, por los jueces nacionales.

En este sentido, apuntan que el Tribunal Constitucional en la STC 145/2012, de 2 de julio, declaró que «el principio de primacía del Derecho comunitario obliga a los Jueces y Tribunales a no aplicar las disposiciones nacionales incompatibles con el Derecho de la Unión Europea, con independencia de su rango y ya sean posteriores o anteriores, permitiendo así un control desconcentrado del Derecho interno con el de la Unión Europea, extendiéndose dicha facultad de inaplicación a las Administraciones públicas (SSTJUE asuntos *Internationale Handelsgesellschaft*, de 17 de diciembre de 1970 y *Elchinov*, de 5 de octubre de 2010)» (FJ 5). En esta misma Sentencia 145/2012, el Tribunal Constitucional advirtió de que «las resoluciones judiciales impugnadas, al otorgar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea efectos *ex nunc*, argumentando que se trata de una Sentencia posterior a la resolución sancionadora recurrida, desconocen el carácter ejecutivo de las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en un procedimiento por incumplimiento y los efectos *ex tunc* de las mismas, que proyectan la eficacia de sus pronunciamientos al momento de entrada en vigor de la norma interna considerada contraria al Derecho de la Unión Europea» (FJ 6), así como que si bien «no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los poderes públicos nacionales al Derecho de la Unión Europea ni la eventual infracción del Derecho de la Unión por leyes estatales o autonómicas, pero sí determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han de calificarse contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto que de forma deliberada excluyen la eficacia *ex nunc* de una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, asunto *Comisión contra España*, de 17 de julio de 2008)» (FJ 2).

En este mismo sentido manifiestan que la STC 232/2015, de 5 de noviembre, ha subrayado que «la inaplicación de la Directiva 1999/70/CE por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar la oportunidad de plantear una nueva cuestión prejudicial, infringió el principio de primacía del Derecho de la Unión, el cual obligaba a aplicar la cláusula invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea para asuntos semejantes, con preferencia sobre el Derecho interno incompatible» [FJ 6 b)]. Por tales razones, a juicio del Tribunal Constitucional, «la resolución judicial objeto de amparo incurrió, al infringir el principio de primacía, en una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso y, consiguientemente, vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente» [FJ 6 b)].

Para los recurrentes no cabe duda de que la Audiencia Provincial de La Rioja resolvió su recurso y el posterior incidente de nulidad de actuaciones sin respetar el sistema de fuentes establecido e inaplicó el principio de primacía del Derecho comunitario pues, antes de que tuviera lugar la deliberación y fallo de los mismos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya se había pronunciado, en el Auto de 19 de noviembre de 2015 (asunto *Dumitru Tarcău*), acerca de la interpretación del concepto de consumidor de la Directiva 93/13/CEE, en aquellos supuestos en los que en el marco de un contrato de crédito, la persona física garantiza el cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por una entidad mercantil. En consecuencia, el órgano judicial, al obviar el contenido de dicha resolución comunitaria, dejó sin resolver una pretensión fundamental, que era la condición de los recurrentes como personas físicas, y el análisis de la posible abusividad diversas cláusulas contenidas en su contrato, a pesar de haber sido invocado el precedente del asunto *Dimitri Tarcău* (art. 24.1 CE).

A mayor abundamiento se subraya que la Audiencia Provincial de La Rioja tuvo la posibilidad de subsanar esta omisión, a través de la resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado y, sin embargo, lo inadmitió de plano, so pretexto de que lo que pretendían los demandantes de amparo era obtener una nueva y distinta valoración jurídica, lo que supone, a su juicio, una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, al no aplicarse la reiterada doctrina constitucional (SSTC 185/1990, de 15 de noviembre, y 153/2012, de 16 de julio), que establece la necesidad de realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, máxime una vez producida la reforma operada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, obviando así los pronunciamientos del Tribunal Constitucional acerca del necesario protagonismo que han

de asumir los jueces y tribunales ordinarios, acentuando su función de primeros garantes de los derechos fundamentales y conociendo que el incidente de nulidad de actuaciones es el instrumento idóneo para la tutela de los mismos, máxime cuando, además, puede ser la última vía que permita la reparación de la vulneración denunciada (SSTC 155/2009, de 25 de junio; 43/2010, de 26 de julio, y 107/2011, de 20 de junio).

Como consecuencia de lo anterior, la parte recurrente solicita de este Tribunal que se declare vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), la nulidad del Auto de 29 de enero de 2016, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja en el recurso de apelación núm. 63-2015 y las posteriores providencias de 19 y 24 de febrero de 2016 y se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquel en que se dictó el citado Auto, para que por esa misma Sección de la Audiencia Provincial de La Rioja se dicte nueva resolución respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

4. Por providencia de 28 de noviembre de 2016, la Sala Primera acordó conocer del presente recurso de amparo y admitir a trámite la demanda, apreciando que concurre especial trascendencia constitucional [artículo 50 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC)], como consecuencia de que el recurso pudiera dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2 b)]. Por ello, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 51 LOTC, se requiere a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Logroño y al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Logroño a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, remitan respectivamente certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación 63-2015 y de las actuaciones correspondientes a la pieza de oposición a la ejecución hipotecaria 3-2013, debiendo previamente emplazarse, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo.

5. Por diligencia de ordenación del Secretario de Justicia de la Sala Primera de 20 de enero de 2017, se tuvieron por recibidos los testimonios de las actuaciones remitidos por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Logroño y por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de dicha ciudad, acordándose, a tenor de lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, en la Secretaría de la Sala, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, para que dentro de dicho término puedan presentar las alegaciones que a su derecho convenga.

6. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presentó sus alegaciones, mediante escrito registrado el día 21 de febrero de 2017, interesando el otorgamiento del amparo.

El Ministerio público realiza, en primer lugar, una aproximación general a la materia que se ventila en el proceso principal, esto es, las ejecuciones hipotecarias, ya que a su entender la especial naturaleza de este tipo de proceso y la realidad social actual, han sometido estas cuestiones a importantes modificaciones legislativas y a decisiones de los tribunales claramente novedosas con la finalidad de asegurar la igualdad entre las partes. En tal sentido, repasa la normativa y jurisprudencia nacional e internacional sobre la protección de los consumidores, especialmente la de los deudores hipotecarios y la revisión judicial de las cláusulas contractuales. De este modo, a juicio del Fiscal, la clave para la resolución del presente amparo radicaría en la posible calificación de los recurrentes como consumidores, pues la no concurrencia de esa condición determinaría la no aplicación del régimen especial de protección de los consumidores y la no revisión de la posible abusividad de las cláusulas contractuales.

Con esta finalidad recuerda el Ministerio Fiscal que la Directiva 93/13/CEE define al consumidor como «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» y al profesional como «toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente

Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada». Por lo tanto, parece claro que atiende a la finalidad de la actividad que se pretenda con el contrato, de modo que el propósito del contrato debe estar relacionado con la actividad profesional del contratante, siendo indiferente que se trate de un particular o de un profesional si actúa como particular, pues no es su condición propia lo que le define, sino la condición en la que actúa al realizar el contrato.

A ello añade que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como máximo intérprete de esta Directiva, ha matizado el concepto de consumidor, entendiendo que no cumple tal condición la persona física que, aun no actuando en el ámbito de su actividad profesional, formare parte del contrato en razón de los vínculos funcionales que tuviere con la empresa, ya fuera la gerencia de la misma o porque tuviere una participación significativa de su capital (Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de noviembre de 2015, asunto *Dumitru Tarcău*, apartado 29).

Este concepto –apunta el Fiscal– no es diferente en la legislación nacional, pues la propia Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, que evidentemente se ha adaptado en su articulado a las Directivas europeas, en su artículo 3 y siguientes contiene unos conceptos perfectamente asimilables a los contenidos en la Directiva 93/13/CEE, para consumidores y profesionales. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha asumido tal limitación del concepto de consumidor cuando la persona física, aunque no haya actuado en el ámbito de su profesión, sí lo haya hecho por los vínculos funcionales que le unan a una determinada empresa o sociedad.

Respecto al concreto supuesto de que una o más personas físicas, avalen o garanticen con hipoteca una deuda de una empresa o sociedad, el Ministerio Fiscal entiende que de la aplicación de la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto *Ceská sporitelna*, y del Auto de 19 de noviembre de 2015, asunto *Dumitru Tarcău*, se extrae la conclusión de que el contrato de garantía inmobiliaria o de fianza, a pesar de su carácter accesorio al contrato principal, no deja de ser un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes y, por lo tanto, el examen de su condición de consumidores debe hacerse individualizado. Será el juez nacional quien deba analizar si el fiador o avalista, aun siendo persona física, actuó en el ejercicio de su actividad profesional o por vínculos funcionales que le unen con la sociedad deudora o, por el contrario, lo hizo con fines privados, pues en este último caso ostentaría la condición de consumidor a los efectos previstos en la Directiva 93/13/CEE.

En aplicación de las anteriores consideraciones, el Fiscal concluye que asiste la razón a los demandantes de amparo en su denuncia de vulneración del derecho fundamental del artículo 24 CE por inaplicación de esta doctrina sobre el concepto de consumidor por parte de la Audiencia Provincial de La Rioja, añadiendo que la doctrina sentada en el asunto *Dumitru Tarcău* ya había sido dictada en la fecha en que se resolvió la apelación, sin ser tenida en cuenta por el órgano judicial, quien además, al resolver el incidente de nulidad, donde expresamente se alegaba su existencia y aplicabilidad, se limitó a inadmitir el incidente sin mención alguna a la denuncia formulada, ya que nada dijo el Tribunal respecto a las fuentes del Derecho aplicables, salvo que el incidente sólo contenía una discrepancia de valoración en el criterio de resolución adoptado por la Audiencia.

Para el Ministerio público, de conformidad entre otras con las SSTC 145/2012, FJ 4, de 2 de julio, FJ 6, y 232/2015, de 5 de noviembre, FJ 6, solo cabe concluir que es procedente el otorgamiento del amparo, ya que ciertamente nos encontramos ante el desconocimiento por parte del órgano judicial español de la interpretación dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como único órgano legitimado para pronunciarse sobre el alcance y contenido de una norma relativa al concepto de consumidor, a los efectos de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE, en un supuesto casi idéntico al enjuiciado por aquél.

En cuanto a los efectos que debe conllevar este amparo, solicita que se retrotraigan las actuaciones al momento en que se produjo la vulneración denunciada, por tanto al dictarse el Auto resolutorio de la apelación, para que atendiendo a lo acordado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Auto dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*,

de fecha 19 de noviembre de 2015, resuelva lo planteado, ya que es a la Audiencia Provincial, como órgano nacional competente, a quien corresponde resolver si concurre en los recurrentes la condición de consumidor y, en ese caso, analizar el posible carácter de las cláusulas denunciadas.

7. Doña Amalia Ruiz García, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de los demandantes de amparo doña Julia Nicolás Medrano y don José Luis Díaz Alonso, presentó escrito, en fecha 8 de febrero de 2017, en el que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 LOTC, se ratifica íntegramente en lo manifestado en el recurso de amparo.

Advierten, además, que contra la mercantil Excavaciones Díaz Nicolás, S.L.U., y la demandante de amparo, doña Julia Nicolás Medrano, también a instancia de la entidad Bankia, se siguió, ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Logroño, otra ejecución hipotecaria, concretamente la número 76-2013. Planteado recurso de apelación contra la sentencia obtenida en primera instancia, sin embargo, en este caso fue estimado por Auto de 8 de julio de 2016 (fecha posterior a la demanda de amparo), pues la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja, ahora ya sí, en aplicación de la invocada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sentada en el Auto de 19 de Noviembre de 2015 (asunto *Dumitru Tarcău*), acoge los argumentos esgrimidos por la actora respecto a su condición de consumidora, analiza la posible abusividad de las cláusulas del contrato de crédito litigioso y, finalmente, declara la nulidad de algunas de ellas y la del despacho de ejecución contra doña Julia Nicolás Medrano.

A juicio de la parte actora, ello supone un claro reconocimiento por parte de la Audiencia Provincial de La Rioja de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cometida con ocasión del primero de los recursos de apelación resueltos, siendo idénticos los motivos de apelación esgrimidos en ambos (el desestimado, que es objeto del presente recurso de amparo y el estimado, de fecha posterior).

8. Por providencia de 15 de junio de 2017 se señaló para la deliberación y votación de la presente Sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El presente recurso de amparo se dirige contra el Auto de 29 de enero de 2016, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja en el recurso de apelación núm. 63-2015, por el que se desestima el recurso de apelación interpuesto por los recurrentes contra el Auto de 17 de octubre de 2013 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Logroño en la pieza de oposición a la ejecución hipotecaria núm. 3-2013, y contra la providencia de 19 de febrero de 2016 de esa misma Audiencia, inadmitiendo el incidente de nulidad de actuaciones, aclarada por posterior providencia de 24 de febrero de 2016.

En la demanda de amparo se imputa a las resoluciones recurridas la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de primacía del Derecho comunitario y a la selección razonable de la norma aplicable (arts. 10.2 y 93 CE). Para los demandantes de amparo, teniendo en consideración la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en la STC 145/2012, de 2 de julio, el órgano judicial debió aplicar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13/CEE) y la interpretación del concepto de consumidor dada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Auto de su Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*, C-74/2015 y, consecuentemente, haber declarado la condición de consumidor de los recurrentes y haber analizado la posible nulidad por abusivas de las cláusulas contractuales objeto del recurso de apelación.

A lo anterior se añade que, en última instancia, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja tuvo la posibilidad de subsanar esta omisión en la aplicación de la Directiva comunitaria de protección de consumidores, mediante la estimación del incidente

de nulidad de actuaciones planteado y, sin embargo, lo inadmitió de plano, so pretexto de que lo que pretendían los demandantes de amparo era obtener una nueva y distinta valoración jurídica. Ello supone una nueva vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, pues contrariamente a la reiterada doctrina constitucional (SSTC 185/1990, de 15 de noviembre, y 153/2012, de 16 de julio), que establece la necesidad de realizar una interpretación no restrictiva de los motivos de inadmisión, el órgano judicial no preservó el incidente de nulidad de actuaciones como instrumento idóneo para la tutela de los derechos fundamentales (SSTC 155/2009, de 25 de junio; 43/2010, de 26 de julio, y 107/2011, de 20 de junio).

Por su parte, el Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso por entender que, a tenor de lo declarado en el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 19 de noviembre de 2015, asunto *Dumitru Tarcău*, relativo al concepto de consumidor y de la doctrina de este Tribunal Constitucional sobre la primacía del Derecho comunitario, el órgano judicial debió haber entrado a analizar si en los recurrentes concurría tal condición y, en caso afirmativo, haber analizado el posible carácter abusivo de las cláusulas contractuales denunciadas. Por consiguiente, no hacerlo así y haber rechazado de forma irrazonable la norma aplicable al caso, supuso la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exigido en el artículo 120 CE, en relación con el principio de primacía del Derecho de la Unión de los artículos 10.2 y 93 CE.

A lo anterior se añade que la razón de la inadmisión del incidente excepcional de nulidad de actuaciones planteado por los actores quedó reducida a señalar la existencia de una mera discrepancia con los razonamientos jurídicos del Auto señalado y de la pretensión de una nueva y distinta valoración jurídica más acorde a sus pretensiones, respuesta que es contraria a la doctrina constitucional que tiene declarado que este modo de argumentar no satisface el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

2. Es necesario aclarar, como hemos hecho en supuestos semejantes (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 232/2015, de 5 de noviembre), que las lesiones que se denuncian en la demanda de amparo no son cuestiones que pertenezcan al ámbito de la legalidad ordinaria y sobre las que este Tribunal no haya de pronunciarse, porque aunque no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación de la actividad de los jueces nacionales al Derecho de la Unión Europea, las quejas planteadas tienen un claro contenido constitucional y forman parte del objeto de protección del recurso de amparo. Ello esencialmente por dos motivos: en primer lugar, porque los recurrentes solicitan de este Tribunal que determine si las resoluciones judiciales impugnadas son irracionales y arbitrarias y, por tanto, contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva ex artículo 24.1 CE, en cuanto que de forma deliberada no atienden a una resolución dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una cuestión prejudicial, en la que se interpreta un concepto de Derecho de la Unión —el de consumidor— que resulta determinante para la resolución del litigio. En segundo término, porque se solicita que determinemos si la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja también ha vulnerado el artículo 24.1 CE, al inadmitir de plano el incidente excepcional de nulidad de actuaciones instado por los demandantes para la reparación de su derecho a la tutela judicial efectiva por la inaplicación del Derecho de la Unión.

En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, «ni el fenómeno de la integración europea, ni el artículo 93 CE a través del que ésta se instrumenta, ni el principio de primacía del Derecho de la Unión que rige las relaciones entre ambos ordenamientos, han dotado a las normas del Derecho de la Unión Europea, originario o derivado, 'de rango y fuerza constitucionales'» [por todas, STC 215/2014, de 18 de diciembre, FJ 3 a)].

Pero también constituye doctrina constitucional que «sí corresponde a este Tribunal velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea cuando ... exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea», pues «[e]n estos casos el desconocimiento y preterición de esa 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)» [STC 232/2015, FJ 4 b)]. Que es lo que se plantea en el supuesto actual.

Efectivamente, este Tribunal declaró en la STC 145/2012 (FJ 5) lo siguiente:

«[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha desarrollado hasta la fecha una consolidada jurisprudencia que abunda en la obligación que tienen los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de garantizar que dichas Sentencias se lleven a efecto (Sentencia de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, 314-316/81 y 83/82, Rec. 1982 p. 4337).»

«[E]l Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado reiteradamente que 'los órganos jurisdiccionales de [los Estados miembros] están obligados, con arreglo al artículo 234 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea [artículo 267 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea], a deducir las consecuencias de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien entendido sin embargo que los derechos que corresponden a los particulares no derivan de esta sentencia sino de las disposiciones mismas del Derecho comunitario que tienen efecto directo en el ordenamiento jurídico interno' (Sentencias de 14 de diciembre de 1982, asunto *Waterkeyn*, antes citada, apartado 16, y de 5 de marzo de 1996, asuntos *Brasserie du pêcheur* y *Factortame*, C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029, apartado 95).»

«[C]omo consecuencia de todo lo anterior, los Jueces y Tribunales ordinarios de los Estados miembros, al enfrentarse con una norma nacional incompatible con el Derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de Derecho de la Unión (véanse, entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1978, asunto *Simmmenthal*, 106/77, Rec. p. 629, apartado 24; de 22 de junio de 2010, asunto *Melki y Abdeli*, C-188/10 y C-189/10, Rec. p. I-5667, apartado 43; y de 5 de octubre de 2010, asunto *Elchinov*, C-173/09, apartado 31). Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los Jueces y Tribunales de los Estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del Derecho interno con el Derecho de la Unión Europea [véanse las Sentencias de 17 de diciembre de 1970, asunto *Internationale Handelsgesellschaft*, 11/70, Rec. p. 1125, apartado 3; y de 16 de diciembre de 2008, asunto *Michaniki* (C-213/07, Rec. p. I-9999, apartados 5 y 51)].»

3. El primer motivo de impugnación del presente recurso se ciñe a determinar si la decisión de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja de desestimar el recurso de apelación y la posterior de inadmitir el incidente excepcional de nulidad de actuaciones, instados ambos por la parte actora, son conformes al derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y al de selección razonable de la norma aplicable o si, por el contrario, han vulnerado en estos aspectos el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE). Para ello debemos atender al contenido tanto del Auto del Tribunal de Justicia que invoca la demandante de amparo como de las resoluciones judiciales impugnadas. Solo entonces estaremos en situación de apreciar si, como afirma la demandante, se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva en la faceta alegada.

a) El juicio sobre la vulneración del artículo 24 CE queda necesariamente influido por el contenido del Auto dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en fecha de 19 de noviembre de 2015, asunto *Dumitru Tarcău*, pues la parte actora imputa al órgano judicial no haber tenido en cuenta la interpretación del concepto de consumidor que en él se realiza a efectos de aplicar la Directiva 93/13/CEE.

La mencionada resolución judicial se inicia recordando que las normas uniformes sobre cláusulas abusivas deben aplicarse a todos los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor según los define el artículo 2, letras b) y c), de la Directiva 93/13/CEE y que dicho criterio responde a la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo que se refiere a su capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las

condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de estas (SSTJUE *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 31 del referido Auto, así como Šiba, as. C-537/13, apartado 22).

Se subraya a continuación, la especial importancia que la protección del consumidor tiene en el caso de un contrato de garantía o de fianza celebrado con una entidad financiera, pues se basa en un compromiso personal del garante de cumplir la obligación contractual contraída por un tercero, lo que comporta para quien la asume un gravamen patrimonial y un riesgo financiero a menudo difícil de calibrar (apartado 25).

Por lo que respecta a la posibilidad de que se pueda considerar consumidor, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE, a aquella persona física que, en el marco de un contrato de crédito, garantiza las obligaciones de una sociedad mercantil frente a la entidad bancaria, el Tribunal de Justicia es claro al señalar que «si bien tal contrato de garantía o de fianza puede calificarse, en cuanto a su objeto, de contrato accesorio con respecto al contrato principal del que emana la deuda que garantiza [véase, en el contexto de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (DO L 372, p. 31), la sentencia *Dietzinger*, C-45/96, EU:C:1998:111, apartado 18], se presenta como un contrato distinto desde el punto de vista de las partes contratantes, ya que se celebra entre personas distintas de las partes en el contrato principal. Por tanto, la calidad en la que las mismas actuaron debe apreciarse con respecto a las partes en el contrato de garantía o de fianza» (apartado 26).

A este respecto, recuerda que «el concepto de ‘consumidor’, en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13 tiene un carácter objetivo (véase la sentencia *Costea*, C-110/14, EU: C:2015:538, apartado 21)» y que «[d]ebe apreciarse según un criterio funcional, consistente en evaluar si la relación contractual de que se trata se inscribe en el marco de actividades ajenas al ejercicio de una profesión» (apartado 22).

En virtud de todo ello, declara que «corresponde al juez nacional que conozca de un litigio relativo a un contrato que pueda entrar dentro del ámbito de aplicación de la citada Directiva verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso y el conjunto de las pruebas, si el contratante de que se trata puede calificarse de ‘consumidor’ en el sentido de dicha Directiva (véase, en este sentido, la sentencia *Costea*, C-110/14, EU:C:2015:538, apartado 23)» y, de este modo, que «en el caso de una persona física que se constituyó en garante de la ejecución de las obligaciones de una sociedad mercantil, corresponde al juez nacional determinar si dicha persona actuó en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con dicha sociedad, como la gerencia de la misma o una participación significativa en su capital social, o bien si actuó con fines de carácter privado» (apartados 28 y 29).

b) Resulta incuestionable que, mediante el Auto de su Sala Sexta, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictado en el asunto *Dumitru Tarcău*, el Tribunal de Justicia se pronunció antes de la deliberación y fallo del recurso de apelación de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja sobre cuál era la interpretación correcta de consumidor en el artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE.

Además, el órgano judicial conocía de la existencia de esa jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea pues el mencionado Auto de su Sala Sexta fue debidamente aportado por los recurrentes en el escrito instando el incidente de nulidad de actuaciones y, por tanto, formaba parte del objeto de debate. En suma, en el momento de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones el órgano judicial conocía que un pronunciamiento del Tribunal de Justicia declaraba de forma explícita que las personas físicas pueden ser consideradas consumidoras a efectos de su debida protección frente a las cláusulas contractuales abusivas, siempre que no actúen en el marco de su actividad profesional o por razón de los vínculos funcionales que mantiene con la sociedad de la que resultan garantes.

Frente a todo ello, el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja ni cita, ni valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Dumitru Tarcău*, sino que se limita a analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de otras

Audiencia Provinciales anteriores a esta resolución comunitaria y a concluir que los recurrentes no ostentan la condición de consumidores ya que garantizaron un crédito concertado por una sociedad mercantil y, por consiguiente, no le es de aplicación la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas contractuales abusivas. El órgano judicial tampoco valora la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su decisión de inadmitir el incidente de nulidad de actuaciones, a pesar de que la demandante de amparo le había instado a ello invocando expresamente el referido Auto del Tribunal de Justicia.

c) Una vez contrastados el contenido del Auto del Tribunal de Justicia y el de las resoluciones impugnadas, estamos en situación de concluir que el supuesto de hecho es idéntico al que subyace al caso enjuiciado por la STC 232/2015, de 5 de noviembre, por lo que los motivos que sirvieron para estimar entonces el recurso de amparo resultan plenamente trasladables al presente caso.

En efecto, con su decisión de inadmitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones, el órgano judicial dejó de razonar sobre un alegato sustancial de los demandantes de amparo, como era la existencia de un precedente dictado en un caso idéntico al que era objeto de resolución y proveniente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que es el encargado de resolver de manera vinculante las dudas sobre la interpretación de la Directiva invocada por los recurrentes.

En cualquier caso, el principio de primacía del Derecho de la Unión obligaba a aplicar el concepto de consumidor de la Directiva 93/23/CEE invocada por el recurrente tal y como había sido interpretada por el Tribunal de Justicia. Una aplicación directa que no precisaba además de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, ya que se trataba de un acto «aclarado» por el propio Tribunal al resolver con anterioridad una cuestión prejudicial «materialmente idéntica» planteada en un «asunto análogo» (Sentencia asunto *Cilfit* de 6 de octubre de 1982, apartado 13). Por consiguiente, en ese contexto, la inaplicación de la citada Directiva por la resolución judicial objeto de amparo, sin motivar siquiera la oportunidad o conveniencia de plantear una nueva cuestión prejudicial, como igualmente autoriza a hacer la misma Sentencia asunto *Cilfit*, apartado 15, (i) infringió el citado principio de primacía; (ii) incurrió, por ello, en una «selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicada al proceso»; (iii) y, consiguientemente, vulneró, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio, y 290/2006, de 9 de octubre).

En consecuencia, debe declararse que el órgano judicial resolvió el recurso de apelación y el posterior incidente de nulidad de actuaciones con una selección irrazonable y arbitraria de la norma aplicada al proceso (STC 232/2015, FJ 6), «en la medida en que prescindió por su propia, autónoma y exclusiva decisión», de la interpretación del artículo 2 b) de la Directiva 93/13/CEE impuesta y señalada por el órgano competente para hacerlo con carácter vinculante (STC 145/2012, de 2 de julio, FJ 5), vulnerando con ello el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea y, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva de los recurrentes (art. 24.1 CE) en los términos ya señalados por la jurisprudencia de este Tribunal (SSTC 145/2012, de 2 de julio; 290/2006, de 9 de octubre; 145/2012, FJ 6, y 232/2015, FJ 6).

Ello nos conduce a estimar el presente amparo. Estimación que hace innecesario el examen del segundo motivo de amparo, que se imputa a la providencia de inadmisión del incidente de nulidad de actuaciones.

4. El otorgamiento del amparo a los demandantes por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) debe comportar, conforme al artículo 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el reconocimiento del derecho fundamental vulnerado y, asimismo, la declaración de nulidad del Auto y providencia recurridos, con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse la primera de las citadas resoluciones para que por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja se dicte otra resolución que resulte respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

FALLO

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

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por la representación procesal de doña Julia Nicolás Medrano y don José Luis Antonio Díaz Alonso y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

2.º Restablecerla en su derecho y, en consecuencia, declarar la nulidad del Auto de 29 de enero de 2016 y de la providencia de 19 de febrero de 2016, que inadmitió el incidente excepcional de nulidad de actuaciones deducido frente a la anterior resolución, dictados ambos por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja en el recurso de apelación núm. 63-2015.

3.º Retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior al pronunciamiento de la primera de las citadas resoluciones, para que en su lugar se dicte una respetuosa del contenido del derecho fundamental vulnerado.

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

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecisiete.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Santiago Martínez-Vares García.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.