

Las cláusulas abusivas de intereses moratorios
y vencimiento anticipado en la reciente
jurisprudencia comunitaria y nacional.
La integración *pro consumatore* de la cláusula
de vencimiento anticipado*

*Unfair terms governing default interest and
accelerated termination in recent European and
national caselaw. The modification of accelerated-
termination clauses in favour of the consumer*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo la autora analiza la reciente jurisprudencia comunitaria y nacional en torno a las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado. En relación con las primeras y sobre la base de la jurisprudencia comunitaria defiende la eliminación pura y simple del contrato, verificado su carácter abusivo, pues una interpretación integradora o reconstructiva del contrato en dicho punto, constituiría una integración *pro predisponente*, y en perjuicio del consumidor, vedada particularmente por las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de enero de 2015 y ATJUE de 11 de junio de 2015 y por los artículos 65 y 83 TRLGDCU. En relación con las cláusulas de vencimiento anticipado, sin embargo, es partidaria, siguiendo en ello la doctrina sentada por la STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015, de una integración *pro consumatore*, conforme con los artículos 65 y 83 TRLGDCU y la jurisprudencia comunitaria, pues la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria evita al deudor los resultados adversos de la aplicación del artículo 693.1 LEC en relación con el artículo 670.4.3.º del mismo cuerpo legal y le permite beneficiarse de lo dispuesto en los artículos 579, 682 y 693.3 LEC, esto es, condonación parcial de la deuda remanente, tipo mínimo para la subasta y rehabilitación del contrato, con enervación del procedimiento de ejecución hipotecaria.

ABSTRACT: In this article the author examines the recent European and national caselaw concerning unfair terms governing default interest and accelerated

* Este trabajo ha contado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad, a través del Proyecto DER 2013-46315 «Préstamo responsable y ficheros de solvencia». Investigadora Principal: M. CUENA CASAS.

termination. With regard to default interest and on the basis of European caselaw, the author argues that, once it has been established that the terms are unfair, they should be directly eliminated from the contract given that any attempt at modifying or redrafting the contract in this situation would constitute modification in favour of the party dictating the terms, to the prejudice of consumers, which is outlawed in particular by the Judgments of the ECJ of 14 June 2012 and 21 January 2015 and the Order of the ECJ of 11 June 2015, and by artículos 65 and 83 of the Revised Text of the General Consumer and User Protection Law. However, with regard to clauses governing accelerated termination, the author, in agreement on this point with the principle established by the Judgment of the Supreme Court in plenary session of 23 December 2015, favours modification in favour of consumers in accordance with artículos 65 and 83 of the Revised Text of the General Consumer and User Protection Law and European caselaw, given that continuing with the foreclosure procedure protects debtors from the adverse effects of the application of artículo 693.1 of the Civil Procedure Act in relation to artículo 670.4.3 of the said Act, and allows them to benefit from the provisions of artículos 579, 682, and 693.3 of the Civil Procedure Act, i.e. the partial write-off of the residual debt, the reserve price for the auction and rehabilitation of the contract, with cancellation of the mortgage foreclosure procedure (by settling all arrears).

PALABRAS CLAVE: Intereses moratorios. Vencimiento anticipado. Integración del contrato.

KEY WORDS: *Default interest. Accelerated termination. Modification of the contract.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015 Y EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS.—III. EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. POSIBILIDAD DE INTEGRACIÓN *PRO CONSUMATORE*.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Como ya señalamos en su día¹, la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, dictada como consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013, planteó diversos problemas de interpretación y aplicación, ante la duda de su concordancia con el Derecho comunitario, concretamente con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Motivo por el que dio lugar al planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales a las que hacíamos mención en un trabajo anterior (JIMÉNEZ PARÍS, 2014) y consecuentemente, a pronunciamientos del TJUE, algunos de los cuales ya analizamos (JIMÉNEZ PARÍS, 2015). Nos proponemos en el presente artículo analizar con mayor detalle la STJUE de 21 de enero de 2015, así como el ATJUE de 11 de junio de 2015 y compararlos con la reciente jurisprudencia nacional que ha ido produciéndose en los últimos años,

principalmente después de la Ley 1/2013, en relación con las cláusulas abusivas de intereses moratorios y vencimiento anticipado de la obligación.

II. LA STJUE DE 21 DE ENERO DE 2015 Y EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERESES MORATORIOS

Uno de los problemas que suscitaba la Ley 1/2013, concretamente su Disp. Tran. 2.^a en relación con el artículo 3. Dos de dicho cuerpo legal (que modificaba el art. 114 LH)², consistía en la compatibilidad, o no, del recálculo previsto en la Disp. Tran. 2.^a, para los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, de los intereses moratorios devengados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley (15 de mayo de 2013), o bien devengados y no satisfechos en dicha fecha. La posible incompatibilidad se derivaba de la interpretación que la Jurisprudencia comunitaria hace del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 (*vid.*, STJUE de 14 de junio de 2012), según la cual la apreciación de la abusividad de una cláusula inserta en un contrato de adhesión entre profesional y consumidor, debía conducir a la eliminación de tal cláusula nula sin posibilidad de integración del contrato.

A este respecto, defendimos (JIMÉNEZ PARÍS, 2013 [1]), la supresión de la cláusula de intereses moratorios, siempre que los pactados fueran superiores a tres veces el interés legal del dinero, sobre la base de la mencionada STJUE de 14 de junio de 2012³. Es decir, la no procedencia del recálculo previsto en la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013.

La reciente STJUE de 21 de enero de 2015 resuelve las peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Marchena, mediante resoluciones de 12 de agosto de 2013, en relación a si el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de intereses moratorios de un contrato de préstamo hipotecario, cuando dichos intereses están fijados con arreglo a un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero, mediante la aplicación de un tipo de interés de demora que no rebase ese límite máximo (Disp. Tran. 2.^a Ley 1/2013, de 14 de mayo).

El TJUE responde a esta cuestión reiterando, en primer lugar, su doctrina de que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a una norma de Derecho nacional que atribuya al juez nacional la facultad de integrar el contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando declare nula por abusiva una cláusula, modificando el contenido de esta. Seguidamente, el Tribunal señala que también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, *siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes en el contrato*. No obstante, indica que esta posibilidad queda limitada a los *supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor a consecuencias que representarían para él una penalización*⁴, lo que entiende que no ocurriría en el caso presente, ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serían necesariamente menores, al no incrementarse con los intereses de demora previstos por las cláusulas cuestionadas.

Tras sentar estos principios, el TJUE señala que el ámbito de aplicación de la Disp. Tran. 2.^a de la Ley 1/2013, no coincide con el de la Directiva 93/13, pues el de aquella comprende cualquier contrato de préstamo hipotecario (no solo el celebrado entre un profesional y un consumidor), *por lo que la obligación de respetar el límite máximo del tipo de demora equivalente a tres veces el interés legal del dinero, tal como la impuso el legislador, no prejuzga en absoluto la apreciación por parte del juez del carácter abusivo de una cláusula por la que se establecen intereses de demora, carácter abusivo que debe apreciarse de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de celebración, y las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, según el sistema jurídico nacional.*

Por lo tanto «en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional».

De este pronunciamiento el TJUE extrae dos consecuencias: 1.^a) *Que la fijación por ley del límite máximo de tres veces el interés legal del dinero para los intereses de demora, no impide al juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula que fije un tipo inferior a dicho límite. No cabe, pues, considerar que «un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva».* 2.^a) *Si el interés de demora fijado es superior a tres veces el interés legal del dinero y por lo tanto, debe ser objeto de limitación en virtud de la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, «tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula [que con carácter previo debe apreciar]... todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula». El TJUE vendría a sentar así un criterio de independencia entre el contenido legal que el legislador puede dar a ciertas cláusulas del contrato y el control de abusividad de tales cláusulas que debe efectuar el órgano judicial.*

Cabe, pues, afirmar que la STJUE de 21 de enero de 2015 deja una gran libertad al juez nacional en la aplicación de la Ley 1/2013, la Directiva 93/13 y la jurisprudencia comunitaria, en la medida en que, por un lado no impediría el recálculo con arreglo a la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013, pero al mismo tiempo dejaría que el juez nacional, si a tenor de lo dispuesto en los artículos 3 y 4.1 de la Directiva, y *las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato*⁵, entre ellas, *las consecuencias de dicha cláusula en el marco del Derecho aplicable al contrato, considerase que la cláusula de intereses moratorios pactada fue abusiva, extraer todas las consecuencias que de tal declaración se derivan de la Directiva 93/13, procediendo a la eliminación de la cláusula del contrato*⁶, supuesto en el cual, *procedería interpretar el artículo 579, 671 y concordantes de la LEC en el sentido que hemos indicado antes (vid. ut supra, nota 3)*⁷.

En la misma línea que la STJUE de 21 de enero de 2015, se ha pronunciado el ATJUE (Sala 6.^a), de 11 de junio de 2015, que resuelve la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander (Auto de 19 de noviembre de 2013). Dicho Juzgado planteó si un juez nacional, cuando aprecia la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional, como pueda ser el artículo 1108 del Código Civil, la Disp. Tran. 2.^a

de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 LH, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que puede haber realizado el profesional conforme a la Disp. Tran. 2.ª de la Ley 1/2013.

Tras reiterar los principios enunciados en la STJUE de 21 de enero de 2015, el TJUE señala que «el ámbito de aplicación de la DT 2.ª de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Decreto ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación *son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios. ...Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no imponen que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13, no se opone a la aplicación de tales normas nacionales. De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13⁸ deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: 1.º) No prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y 2.º) no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.*

Esta doctrina del TJUE viene a coincidir con la sentada en la STJUE de 21 de enero de 2015 y, en parte al menos, con la interpretación que habíamos propuesto (*vid.*, nota 3), pues si bien el TJUE no considera que el solo dato de superar el interés de demora pactado el límite de tres veces el interés legal del dinero determine la abusividad de la cláusula de intereses moratorios (como nosotros entendíamos), sí que considera que el órgano judicial, incluso de oficio, puede y debe apreciar tal abusividad con arreglo a lo previsto en el artículo 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13, y los criterios sentados en su STJUE de 14 de marzo de 2013, *extrayendo de tal declaración las consecuencias del artículo 6.1 y 7.1 de la misma, esto es, su nulidad y eliminación del contrato sin posibilidad de integración. Existe, pues, una jurisprudencia comunitaria uniforme a este respecto, que impide cualquier integración del contrato pro predisponente. La cuestión es si dicha jurisprudencia comunitaria está siendo respetada o no por los órganos judiciales nacionales.*

En un sentido diverso a esta jurisprudencia comunitaria se ha pronunciado el TS en reciente sentencia del Pleno, de 22 de abril de 2015, si bien en relación con los préstamos personales a consumidores, para los cuales, establece una cierta reconstrucción integradora del contrato, sobre la base de que producido el vencimiento anticipado del préstamo y apreciada la abusividad de la cláusula de interés moratorio, siempre que exceda en más de dos puntos sobre el interés remuneratorio (*arg. ex art. 576 LEC*), *dicho exceso debe ser eliminado, pero continuando el Banco percibiendo el interés remuneratorio por entenderse que el presupuesto que lo justifica (entrega del préstamo), sigue presente hasta la completa devolución del mismo*⁹.

Discrepa de esta doctrina interpretativa, con sólidos argumentos, el AJPI núm. 1 de Jerez de la Frontera de 4 de junio de 2015, sobre la base de considerar que el vencimiento anticipado supone una resolución contractual que solo obliga a la devolución del principal impagado y la indemnización de daños y perjuicios, por lo que habiendo sido declarada abusiva la cláusula de intereses moratorios, liquidatoria de tal indemnización, debe ser eliminada del contrato sin posibilidad alguna de integración (tampoco mediante el pago de intereses remuneratorios, que son efecto de la vigencia normal del contrato, si se han pactado, y no del periodo de liquidación de los efectos resolutorios)¹⁰.

En la referida STS de 22 de abril 2015, el Alto Tribunal hizo un pronunciamiento *obiter dicta* en contra de la mencionada interpretación reconstructiva del contrato para los préstamos hipotecarios a consumidores, en relación con los cuales señaló que planteaban una problemática especial. Sin embargo, una sentencia plenaria posterior, de 23 de diciembre de 2015, *acoge expresamente tal interpretación reconstructiva para los efectos derivados de la apreciación de abusividad de la cláusula de intereses moratorios en préstamos hipotecarios a consumidores. Cambio de parecer que puede calificarse de sorpresivo dada la brevedad del plazo que media entre una y otra resolución judicial*.

La mencionada STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015 tiene su origen en una acción colectiva mediante la cual se solicita la declaración del carácter abusivo y nulidad de una serie de estipulaciones contenidas en contratos sujetos a condiciones generales de Banco Popular Español y BBVA. Se impugna la cláusula de intereses de demora y de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios de BBVA, siendo dicha impugnación estimada por la Audiencia Provincial, ante lo cual BBVA plantea recurso de casación. El TS considera que los intereses moratorios fijados en las condiciones generales son efectivamente abusivos, y confirma el pronunciamiento de la AP según el cual, la nulidad de dicha condición general afecta al *exceso respecto del interés remuneratorio pactado*. En efecto, señala el TS que existe una correlación *«entre lo pactado como interés remuneratorio y lo convenido para el caso de demora. Por ello, el pacto de intereses moratorios no solo tiene como finalidad un efecto disuasorio para el deudor, sino que también está previendo la remuneración misma que va a recibir el acreedor durante el periodo en que se prolongue la mora»*. «... El límite cuantitativo del [art. 114.3 LH]... no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar un criterio para un control previo del contenido de la cláusula en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las cuales no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal. Por estas razones el artículo 114.3 LH no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, señala el Alto Tribunal resultaría paradójico, cuando no un motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, *«respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado»*. El TS parece así alejarse de la doctrina del TJUE contenida

en sus sentencias de 14 de junio de 2012 y 21 de enero de 2015, entre muchas otras, y el ATJUE de 11 de junio de 2015.

Parecería aplicar, en cambio, la doctrina de la STJUE de 21 enero de 2015, el AJPII núm. 5 de Cáceres, de 23 de enero de 2015. Verificada la subasta en ejecución hipotecaria, y producida la adjudicación de los inmuebles hipotecados a favor del ejecutante, este presentó liquidación de intereses moratorios por importe de 92.813,07 euros. Los ejecutados se opusieron a la liquidación de intereses, interesando la nulidad de tal cláusula, y subsidiariamente su moderación al 12%. El ejecutante se opone a la impugnación de los intereses. Teniendo presente el artículo 82 y 83.1 y 2 del RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU, disposición esta última modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo; la Ley de Represión de la Usura; la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (art. 20.4); el artículo 85.6 del mencionado TRLGDCU; el artículo 3 y anexo, núm. 1, así como el artículo 6 de la Directiva 93/13 y el artículo 114.3 LH, en su redacción dada por Ley 1/2013, el Auto considera que tales intereses moratorios son abusivos, apoyándose también en que «la doctrina mayoritaria y prácticamente unánime de nuestros Tribunales es considerar intereses de demora tan altos como el señalado anteriormente como abusivos», citando a este respecto AAP de Cáceres, Sección 1.ª, 41/2013, de 19 de febrero; 46/2013, de 27 de febrero; 165/2013, de 11 de octubre y 172/2013, de 4 de noviembre. En cuanto a la consecuencia de tal abusividad, el Auto, en aplicación de la STJUE de 14 de junio de 2012, *que reitera doctrina anterior*, considera que debe apreciar de oficio tal abusividad, incluso en un procedimiento ejecutivo, tan pronto como se disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios, y que no se puede moderar o adaptar la cláusula, sino que simplemente debe no aplicarse. No obstante, reconoce que la AP de Cáceres, en diversas resoluciones (AAP de Cáceres, de 8 de abril de 2014, dictado en apelación núm. 155/2014 y de 11 de abril de 2014, apelación núm. 160/2014, ambos dictados frente a resoluciones de ese juzgado), admite el recálculo del interés con arreglo a la Disposición Transitoria 2.ª de la Ley 1/2013, de lo cual el juzgador discrepa sobre la base de la STJUE de 21 de enero de 2015. En efecto señala que «en cuanto a la Disposición Transitoria [2.ª], el TJUE recuerda que no se circunscribe solo a los contratos entre consumidores y profesionales y por tanto no solo es de aplicación en relación con la existencia de cláusulas abusivas... Por tanto,... no colisiona con la Directiva 93/13, y que su existencia no impide que los jueces puedan dejar de aplicar una cláusula cuando sea abusiva. Ocurre que cuando no es abusiva (supuestos de préstamo entre particulares, prestatario no consumidor, cláusula negociada individualmente, etc.) se podrá exigir este límite». *«La conclusión es muy clara: no se puede declarar la abusividad de una cláusula y al mismo tiempo recalcularla al triple del interés legal. Si se acuerda lo primero, hay que dejar de aplicar la cláusula. De todo lo anterior se deduce que en el caso presente, declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, no cabe recalcular la cantidad debida, sino suprimirla sin más»*, quedando subsistente el resto del contrato. *El Auto, sin embargo, termina aplicando los intereses de la mora procesal del artículo 576 LEC, señalando a este respecto que «otra consecuencia es que al declararse la nulidad de los intereses de demora pactados, al no existir ya pacto, debe aplicarse el artículo 576 LEC, sobre los intereses de mora procesal, pero no desde el cierre de cuenta, sino desde el día 17 de marzo de 2013, fecha en la que se despachó ejecución al ser aplicable dicho precepto a todos los procesos, incluidos los de ejecución»*, solución esta última que como hemos expuesto antes (*vid.*, *infra* nota 3) no compartimos, pues no la estimamos conforme con

la jurisprudencia comunitaria ni con la disposición del artículo 576 LEC¹¹, que entendemos no es aplicable.

Como hemos señalado antes (*vid. infra* nota 3), excluida la cláusula de interés moratorio, dada su abusividad, tampoco procede la aplicación del artículo 576 LEC, pues estos intereses solo procederían en los procesos declarativos, en ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título no judicial (escritura de constitución de hipoteca), sobre la base del argumento de que la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del artículo 816.2 *in fine* de la LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del artículo 576.1 LEC¹². Pero aun considerando su aplicabilidad, en términos generales, al proceso de ejecución de título no judicial, sería preciso tener en cuenta lo que señala, en este sentido, FERNÁNDEZ RUIZ: «...Sobre la aplicación del artículo 576 LEC a los títulos no judiciales, la jurisprudencia menor ha entendido que, en caso de ejecución de título no judicial, se devenga el interés procesal y se aplica el artículo 576, *pero se devenga siempre en primer lugar el interés pactado (ordinariamente como moratorio), y en ausencia de pacto, el legal más dos puntos*. En este sentido, SAP Lleida, Sección 2.^a, de 28 de febrero de 2007: «Asiste la razón a la recurrente y no resulta de aplicación al caso el interés legal incrementado en dos puntos que establece el auto impugnado con expresa cita del artículo 576 LEC. No estamos ahora en el supuesto previsto en dicho precepto —los intereses por mora procesal que se devengan desde que se dicta resolución judicial que condena al pago de una cantidad— sino que se trata de la ejecución de un título no judicial, cual es la póliza para descuento y anticipo de créditos mercantiles suscrita entre las partes, y se trata de calcular los intereses de demora devengados durante la ejecución (arts. 549, 572 y 575 LEC), *por lo que habrá de estarse, en primer lugar, a lo expresamente pactado entre las partes*» (FERNÁNDEZ RUIZ, 2013). Así pues, *si por hipótesis, el interés moratorio sustituye en la ejecución de título no judicial al interés de demora procesal, eliminado aquel por su abusividad, la aplicación de este implicaría una integración del contrato mediante norma dispositiva supletoria y en perjuicio del adherente, lo que, a nuestro juicio, contraviene frontalmente la jurisprudencia comunitaria*.

No cabría pues, en nuestra opinión, como defendimos en su día [JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (1)], ni una integración reconstructiva del contrato mediante la aplicación del interés remuneratorio (suprimido el exceso sobre el mismo, cuya suma da lugar al interés moratorio), ni tampoco la aplicación del interés de demora procesal. *Dado que tal interpretación constituiría una integración pro predisponente, y en perjuicio del consumidor, vedada por la jurisprudencia comunitaria y por los artículos 65 y 83 TRLGDCU*.

III. EL ATJUE DE 11 DE JUNIO DE 2015 Y LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. POSIBILIDAD DE INTEGRACIÓN PRO CONSUMATORE

El Juzgado núm. 2 de Santander había planteado también al TJUE la cuestión prejudicial de si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que cuando un juez nacional haya constatado el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opondría por sí sola a que el juez nacional dedujese todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de*

la mencionada cláusula. El Juzgado remitente consideraba abusiva una cláusula de vencimiento anticipado por la falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de los intereses, cuando el artículo 693.2 de la LEC, en su redacción dada por Ley 1/2013, señala que para tal vencimiento anticipado debe haberse producido un retraso en el pago de por lo menos tres cuotas mensuales. BBVA, en consonancia con la previsión del artículo 693.2 LEC, tal y como fue redactado por la Ley 1/2013, había esperado al impago de cuatro cuotas mensuales para declarar el vencimiento anticipado, con lo que en la práctica se había atendido al artículo 693.2 LEC.

El TJUE por Auto de 11 de junio de 2015 resuelve la cuestión indicando que «a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3.1 de la misma Directiva, *no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica*». Por otro lado, «... el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al artículo 693.2 LEC no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula», teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse abusiva si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, por lo que «*incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, ...produce efectivamente un desequilibrio de este tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado aplicarse no excluye por sí sola que concurra tal supuesto*».

El Auto concluye señalando que «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión*».

Analizaremos a continuación cómo han sido interpretados por los tribunales españoles los pronunciamientos del TJUE en relación con este tema.

En relación con los efectos derivados de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, es preciso destacar la STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015. El Alto Tribunal comienza señalando que en términos generales, su jurisprudencia no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, citando como preceptos legales sustentadores de las mismas, el artículo 1124 y 1129 del Código Civil y el artículo 693.2 LEC. Pero, señala, es preciso que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista (art. 1256 del Código Civil y STS de 9 de marzo de 2001, 2 de enero de 2006; 4 de junio de 2008; 12 de diciembre de 2008 y 16 de diciembre de 2009). Esta última resolución reconoció la mencionada validez sobre la base del artículo 1255 del Código Civil, cuando concurriese justa causa, esto es, verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo. Indica el Alto Tribunal que el TJUE en sentencia de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, viene a considerar que la cláusula no es abusiva *per se*, sino que puede considerarse como tal, atendiendo a las circunstancias del caso, y debiendo comprobar el juez especialmente, «*si la*

facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esta facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo». Partiendo de estos argumentos, el TS considera que la cláusula enjuiciada, que permitía la resolución por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. El Alto Tribunal confirma, pues, la decisión de la AP y afirma que *debe tenerse presente el ATJUE de 11 de junio de 2015*, es decir, *«ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC, los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013»*. En cuanto a los efectos de la apreciación de la abusividad de este tipo de cláusulas, el TS señala que el mismo principio de equilibrio de las prestaciones (que rige el control de contenido de las cláusulas predispuestas) debe regir la cuestión de los efectos de la apreciación de la nulidad, de manera que *sería inadecuado que la declaración de abusividad determinara siempre el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria* pues no sería evidente que ello fuese en todo caso más favorable al consumidor. Habría que tener en cuenta, que en el seno de la misma se ofrece el remedio enervatorio del artículo 693.3 LEC; la posibilidad de condonación parcial prevista en el artículo 579 LEC y la previsión de que el valor de tasación a efectos de subasta no sea inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Estas especialidades no serían aplicables si el acreedor hubiese de recurrir a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 del Código Civil), con cierre de la vía ejecutiva especial y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real [debiendo recurrir al procedimiento de ejecución ordinario]. *«De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor»*. Por lo que procede, no el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, sino una integración pro adherente, sobre la base del artículo 693.2 LEC.

En nota de la Sala de lo Civil de 21 de enero de 2016, se indica que *«si la nulidad del vencimiento anticipado conllevara el cierre del proceso ejecutivo incluso en los supuestos en que la gravedad del incumplimiento justificara el ejercicio de la acción hipotecaria, se privaría al deudor de las especiales ventajas que contiene este procedimiento... La nulidad de la cláusula sí puede producir el sobreseimiento de la ejecución si se dan las condiciones mínimas establecidas en la LEC (el impago de tres plazos mensuales o un número de cuotas equivalente) y el tribunal valora además, en el caso concreto, que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado no está justificado en función de los criterios fijados por el TJUE: carácter esencial y no secundario de la obligación incumplida, importe impagado en relación con la cuantía y duración del préstamo y la posibilidad*

real que el consumidor haya tenido de evitar la consecuencia del vencimiento anticipado»¹³.

De lo expuesto cabe extraer cuatro consideraciones. La primera, que el TJUE vuelve a dejar en gran libertad al juez nacional para determinar o no, el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado (dependiendo del desequilibrio que produzca en perjuicio del consumidor), no constituyendo un obstáculo a ello, el que la cláusula no haya llegado a aplicarse. Segunda, la apreciación de tal carácter debe conllevar, siguiendo su doctrina, su eliminación del contrato, *pero con la salvedad de que la integración del mismo sea más favorable al consumidor, pues la integración pro adherente está prevista por el artículo 65 TRLGDCU y no prohibida por el artículo 83 TRLGDCU ni por la jurisprudencia comunitaria. Únicamente está vedado el reequilibrio del contrato pro predisponente, como señala BALLUGUERA GÓMEZ*¹⁴. Tercera, en esta doctrina apoya el TS su resolución. Y cuarta, el TS estima que del mismo modo que debe seguirse un principio de equilibrio de las prestaciones, en la estimación del carácter abusivo de las condiciones generales de la contratación incorporadas al contrato, dicho equilibrio debe estar presente en la ejecución del contrato, debiendo rechazarse situaciones que impidan al acreedor la tutela de su crédito.

En relación con la libertad de apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado, la STJUE de 21 de enero de 2015, y el ATJUE de 11 de junio de 2015, han venido a señalar que *el control del carácter abusivo de una cláusula ha de ejercerse con independencia de las concretas previsiones legales que puedan delimitar su contenido. Existiría, pues, un principio de independencia entre el canon legal y el control del carácter abusivo de una cláusula contractual, por lo que si la escritura de constitución de hipoteca estableciese un vencimiento anticipado por tres meses o más, ello no impediría el control de abusividad (cfr., AAP de Palma de Mallorca, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2015 y nota del TS). Tal y como afirma el AAP de Pontevedra, sección 1.ª, de 30 de octubre de 2015, con la reforma [del art. 693.2.º LEC] el legislador remite el concepto de «obligación de carácter esencial» al puntual pago de las cuotas del préstamo, estableciendo un mínimo de incumplimiento (tres cuotas pendientes) susceptible de generar el presupuesto fáctico que faculte al prestamista para resolver anticipadamente el contrato y apunta un posible remedio para el ejercicio de esta facultad a través de la consignación del importe debido. «No obstante conviene destacar que la reforma legal no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incumplimiento, por debajo del cual se impide ex lege el vencimiento anticipado, pero no obsta a que, en función de las circunstancias particulares de cada caso, ese suelo sea irrelevante atendiendo a la cuantía y duración del contrato y, por tanto, susceptible de control de abusividad. Únicamente así cabría entender que la norma respeta la exigencia jurisprudencial [sobre la base de las resoluciones del TJUE] de que el [incumplimiento]... «tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo».*

En relación a la cuestión de la integración pro consumatore y la cuestión del equilibrio en la ejecución del contrato, ha señalado el mencionado AAP de Palma de Mallorca, sección 3.ª, de 24 de noviembre de 2015 que «aun cuando se entienda que el préstamo y la constitución de la hipoteca son contratos vinculados que, junto a la compraventa, integran un negocio jurídico complejo cuya finalidad es la adquisición de la vivienda habitual, la circunstancia de que ese bien sea objeto del contrato no puede traducirse en una merma de derechos para el acreedor a la hora de ejercitar las correspondientes acciones para exigir el cumplimiento del

contrato. Así, cuando la vivienda habitual constituye el objeto de un contrato de arrendamiento urbano, es doctrina jurisprudencial consolidada que basta el incumplimiento de la obligación de pago de una sola mensualidad para que el arrendador pueda ejercitar con éxito la acción de desahucio (SSTS de 10 de noviembre de 2010 y 18 de marzo de 2014)». Por otro lado, como señala el mismo Auto «el impago [incluso] de una cuota hace que el acreedor pueda representarse, con fundamento, la inminencia de la frustración del fin del contrato [más aún si se trata del impago de las tres cuotas a que hace mención el artículo 693 LEC]. Las máximas de experiencia evidencian que cuando se produce ese primer impago suelen seguir los demás porque lo que ocurre es que la situación económica del deudor le hace difícil o imposible atender sus obligaciones, situación que se asemeja a la contemplada en el artículo 1129.1.º del Código Civil, esto es, la insolvencia del deudor que produce la pérdida del beneficio del plazo». Que la interpretación efectuada por el TS es correcta, vendría avalada por el argumento, para nosotros crucial, de que si se declarase la imposibilidad de integración del contrato por medio del artículo 693.2 LEC, el acreedor podría instar la ejecución hipotecaria en los términos del artículo 693.1 LEC, solo por el impago de las cuotas vencidas, continuando el crédito devengando intereses remuneratorios durante la ejecución [téngase en cuenta nuestra opinión sobre la eliminación de la cláusula de intereses moratorios sin posibilidad de integración en la ejecución hipotecaria], al no haberse dado por vencida la deuda, y corriendo el riesgo el deudor de que la vivienda se adjudicase por una cantidad mínima en relación con el valor de esta (art. 670.4.3.º LEC) aparte de seguir vinculado obligatoriamente con el acreedor, y por lo tanto, sujeto su total patrimonio al pago de la deuda (art. 1911 del Código Civil)¹⁵. Por otro lado, la posibilidad del deudor (incluso a través del pago de un tercero) de evitar los efectos del vencimiento anticipado, rehabilitando el contrato (arts. 693.3 y 670.7 LEC), equilibra la situación de las partes en la ejecución del contrato, haciendo que un vencimiento anticipado, ajustado a los criterios de la STJUE de 14 de marzo de 2013, sea posible y esté justificado, incluso después de eliminada del contrato la cláusula que lo pactaba por impagos menores. Finalmente, hay que tener presente, además, que la reforma del procedimiento de ejecución hipotecaria por la Ley 1/2013, permitiendo la alegación de cláusulas abusivas, y el recurso de apelación contra la decisión tomada en relación con esta cuestión, ha eliminado la inexorabilidad del procedimiento (que sancionó el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013), antes debida a la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado y lo previsto en los artículos 698 LEC y 133 LH.

Por lo tanto, una integración *pro consumatore*, por la vía del artículo 693.2.º LEC en relación con los artículos 65 y 83 TRLGDCU, que evita perjuicios ciertos al deudor (art. 693.1 y 670.4.3.º LEC), y que indirectamente tutela la posibilidad de realización del crédito por el acreedor, sería conforme con la doctrina comunitaria, y habría sido la solución dada por el TS en su sentencia de 23 de diciembre de 2015, si bien apoyándose en la argumentación de que en la ejecución especial hipotecaria, el deudor puede obtener los beneficios de los artículos 579, 682 y 693.3 LEC.

IV. CONCLUSIONES

I. Una vez determinada por el órgano judicial la abusividad de la cláusula de interés de demora, no sería posible recalcular la misma con arreglo a lo dispuesto

en la Disp. Tran. 2.^a Ley 1/2013, ni la aplicación del artículo 1108 del Código Civil, ni verificar una integración reconstructiva del contrato mediante la aplicación del interés remuneratorio (suprimido el exceso sobre el mismo, cuya suma da lugar al interés moratorio), ni tampoco la aplicación del interés de demora procesal. *Pues tal interpretación constituiría una integración pro predisponente, y en perjuicio del consumidor, vedada por la jurisprudencia comunitaria (particularmente STJUE de 14 de junio de 2012 y 21 de enero de 2015 y ATJUE de 11 de junio de 2015) y por los artículos 65 y 83 TRLGDCU.*

II. El TJUE considera que corresponde al juez nacional determinar o no, el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado (dependiendo del desequilibrio que produzca en perjuicio del consumidor), no constituyendo un obstáculo a ello, el que la cláusula en cuestión no haya llegado a aplicarse.

III. El TS considera que ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC, los tribunales, deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado en función de los criterios expuestos en la STJUE de 14 de marzo de 2013. Estando tal ejercicio justificado, procede una integración del contrato *ex artículo 693.2 LEC*, pro consumatore, conforme con los artículos 65 y 83 TRLGDCU y la jurisprudencia comunitaria, pues la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria evita al deudor los resultados adversos de la aplicación del artículo 693.1 en relación con el artículo 670.4.3.º LEC y le permite beneficiarse de lo dispuesto en los artículos 579 (condonación parcial) 682 (tipo mínimo para la subasta) y 693.3 (rehabilitación del contrato, con enervación del procedimiento de ejecución hipotecaria) de la LEC.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 10 de abril de 1984
- STJUE de 14 de julio de 1994
- STJUE de 7 de marzo de 1996
- STJUE de 27 de junio de 2000
- STJUE de 21 de noviembre de 2002
- STJUE de 7 de septiembre de 2004
- STJUE de 26 de octubre de 2006
- STJUE de 4 de junio de 2009
- STJUE de 6 de octubre de 2009
- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 16 de enero de 2014
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 17 de julio de 2014
- STJUE de 21 de enero de 2015
- STJUE de 18 de febrero de 2016
- ATJUE de 11 de junio de 2015
- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 9 de noviembre de 1999
- STS de 9 de marzo de 2001
- STS de 11 de febrero de 2003

- STS de 3 de febrero de 2005
- STS de 2 de enero de 2006
- STS de 20 de julio de 2006
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 4 de diciembre de 2008
- STS de 12 de diciembre de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS de 2 de noviembre de 2010
- STS de 10 de noviembre de 2010
- STS de 1 de octubre de 2012
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 18 de marzo de 2014
- STS de 10 de marzo de 2015
- STS (Pleno) de 22 de abril de 2015
- STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015.
- SAP de La Rioja, Sección 1.^a, de 26 de marzo de 2013
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 2 de junio de 2014
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 16 de junio de 2014
- SAP de Valencia, Sección 11.^a, de 19 de enero de 2015
- SAP de Valencia, sección 11.^a, de 27 de julio de 2015
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 19 de febrero de 2013
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 27 de febrero de 2013
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 11 de octubre de 2013
- AAP de Cáceres, Sección 1.^a, de 4 de noviembre de 2013
- AAP de Valencia, Sección 11.^a, de 22 de abril de 2014
- AAP de Valencia, Sección 11.^a, de 28 de julio de 2014
- AAP de Valencia, Sección 11.^a, de 24 de septiembre de 2014
- AAP de Valencia, Sección 9.^a, de 14 de julio de 2015
- AAP de Zamora, Sección 1.^a, de 29 de septiembre de 2015
- AAP de Pontevedra, sección 1.^a, de 30 de octubre de 2015
- AAP de Palma de Mallorca, sección 3.^a, de 24 de noviembre de 2015)
- AAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 27 de noviembre de 2015
- AJPI núm. 2 de Santander, de 19 de noviembre de 2013
- AJPI núm. 20 de Barcelona, de 15 de enero de 2014
- AJPII núm. 5 de Cáceres, de 23 de enero de 2015
- AJPI núm. 1 de Jerez de la Frontera, de 4 de junio de 2015
- AJPI núm. 1 de Barcelona, de 29 de septiembre de 2015

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M. Notas sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia respecto a las cláusulas abusivas. *Diario la Ley*, núm. 8694.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C. Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general. *Diario La Ley*, núm. 8330.
- Integración de las cláusulas abusivas de pena convencional, demora y vencimiento anticipado. *Diario La Ley*, núm. 8344.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2016). *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizados con hipoteca*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- FERNÁNDEZ RUIZ, E., Concepto y regulación de los intereses procesales. *Diario La Ley*, núm. 8154.

- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2013) (1). La defensa jurídica del deudor hipotecario y el ámbito de aplicación del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 735, 273-357.
- (2013) (2). La deuda remanente y la moderación de la responsabilidad patrimonial universal del deudor hipotecario ejecutado, tras la Ley 1/2013, de 14 de mayo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 740, 4253-4279.
- (2014). Sobre los problemas derivados de la aplicación de la Ley 1/2013 «anti-desahucios» y la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, en la reciente jurisprudencia nacional. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, 1490-1518.
- (2015). El incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y las SSTJUE de 17 de julio de 2014 y 21 de enero de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 982-1004.
- JUECES PARA LA DEMOCRACIA (2012): *Boletín de la Comisión de Privado*, núm. 4.º, trimestral.
- PÉREZ HEREZA, J. (2016). La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por impago parcial y su posible integración por el artículo 693.2 LEC. *Notario del Siglo XXI*, núm. 65, 52-57.

NOTAS

¹ JIMÉNEZ PARÍS, 2014.

² Artículo 3. Dos. Ley 1/2013: «Se añade un tercer párrafo al artículo 114 [LH] que queda redactado del siguiente modo: “Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la LEC”». Disp. Tran. 2.ª Ley 1/2013: «La limitación de intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el Secretario judicial o el Notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalcule aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

³ En efecto, señalamos que, fijado legislativamente un criterio legal para el futuro, y que se aplica incluso retroactivamente, en cuanto a cuáles sean los intereses moratorios abusivos, la cuestión radica en determinar qué sanción van a recibir las entidades financieras que celebraron contratos antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013 estableciendo intereses de demora superiores a 3 veces el interés legal del dinero. De acuerdo con la STJUE de 14 de junio de 2012, «el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor; la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». Desde esta perspectiva, una norma como la del artículo 83 TRLGDCU no sería ajustada al principio de efectividad comunitario, en la medida en que

hace imposible o excesivamente difícil, aplicar al consumidor la protección que pretende conferirle la Directiva 93/13. No cabría, pues, ninguna forma de integración del contrato; tampoco la exigencia de un interés remuneratorio, cuando se solicita la devolución anticipada del capital prestado, impidiendo al deudor hacer uso del beneficio del plazo otorgado y renunciado también a dicho beneficio el acreedor, y por lo tanto, a sus consecuencias, el interés remuneratorio; tampoco la aplicación del artículo 576 LEC, pues estos intereses solo procederían en los procesos declarativos, en ejecuciones de título judicial o en los juicios monitorios por previsión legal expresa, pero no en la ejecución de título no judicial (escritura de constitución de hipoteca), sobre la base del argumento de que la disciplina legal del proceso de ejecución de título no judicial carece de una norma análoga a la del artículo 816.2 *in fine* de la LEC, que al regular el proceso monitorio prevé la aplicación de los intereses del artículo 576.1 LEC (Cfr.: JUECES PARA LA DEMOCRACIA, 2012). Ahora bien, ejecutada la hipoteca, tras la Ley 1/2013, es evidente que se produce una novación *ex lege* de la deuda pendiente, que ya no queda sujeta al clausulado del contrato de préstamo hipotecario, sino a las disposiciones del artículo 579.2 LEC, en cuanto a la deuda remanente, que será la resultante de aplicar las reglas de los artículos 670 y 671 LEC, y por lo tanto, la regla de adjudicación por y hasta un máximo del 70 por cien del valor de tasación inicial, en los supuestos de vivienda habitual, cuando la subasta queda desierta (párrafo 15 de la E. de M. de la Ley 1/2013, y artículo 671 LEC, que utiliza términos imperativos: «si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiere salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien»), así como la regla del artículo 654 LEC en cuanto a la nueva forma de imputar el precio de remate o el importe nominal de la adjudicación. De manera que el ejecutado quedará liberado si su responsabilidad remanente (que no podrá consistir en intereses de demora según la STJUE de 14 de junio de 2012) queda cubierta en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, en un 65 por cien de la cantidad que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento de pago, o si satisface en los mismos términos el 80 por cien, en el plazo de 10 años. Este interés legal sí se aplicaría, pues, a la deuda remanente. Se trataría de una aplicación de interés de mora procesal de la deuda resultante ahora del decreto de adjudicación del Secretario judicial, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, o de la adjudicación al acreedor; y de la posterior certificación expedida por el Secretario judicial, tras la liquidación de intereses y costas, en la que se certifica la imputación de pagos indicada en el artículo 654.3 *in fine*, y se señala cuál es la deuda remanente por todos los conceptos. Como el artículo 576 LEC señala que el interés de la mora procesal será igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos, o el que corresponda por pacto, o por disposición especial de la ley, el interés legal del dinero del artículo 579.2.a) se correspondería con este último. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales (podemos decir que la novación legal establecida en el artículo 579.2.a) queda inoperante al no haberse cumplido las condiciones estipuladas), excluida la cláusula de interés moratorio abusivo (que se elimina según hemos explicado), y de acuerdo con las normas que resulten de aplicación (art. 576 LEC: interés legal del dinero incrementado en dos puntos), pues ya existe una resolución judicial (auto aprobatorio del remate o adjudicación, ahora decreto del secretario judicial) que constituye un título judicial. Esta interpretación es coherente con otros preceptos legales introducidos por la Ley 1/2013, en la medida en que si una cláusula abusiva determina la cantidad exigible, se prevé la continuación de la ejecución sin la aplicación de dicha cláusula. Por otro lado, es lógico que el acreedor hipotecario que abuso de su posición dominante al establecer el interés moratorio superior a tres veces el interés legal del dinero, vea sancionada civilmente su conducta con la supresión de la cláusula nula y la no integración del contrato. De acuerdo con la Disp. Transitoria 4.ª.1, y Disp. Transitoria 1.ª, mientras no se haya ejecutado el lanzamiento, será posible la aplicación de la nueva regla del artículo 671 LEC respecto de actuaciones ejecutivas pendientes de realizar. Además, de acuerdo con la Disp. Transitoria 4.ª. 5: «Lo dispuesto en el artículo 579.2.a) de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil será de aplicación a las

adjudicaciones de vivienda habitual realizadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, siempre que a esa fecha no se hubiere satisfecho completamente la deuda y que no hayan transcurrido los plazos del apartado 2.a) del citado artículo. En estos casos, los plazos anteriores que vencieren a lo largo de 2013 se prolongarán hasta el 1 de enero de 2014. La aplicación de lo previsto en este apartado no supondrá en ningún caso la obligación del ejecutante de devolver las cuantías ya percibidas del ejecutado» (redacción dada por la Ley 8/2013). Entiendo que a tales deudores incluidos en el ámbito de aplicación de esas Disposiciones Transitorias, debe resultarles de aplicación tanto la eliminación de la cláusula de intereses moratorios abusivos, como la nueva forma de imputación de pagos del artículo 654 [lo que vendría implícito en el hecho de la aplicación del artículo 579.2.a) (en evitación, además, de cualquier tipo de discriminación)], de manera que, si bien no se devolverían cantidades ya percibidas (a salvo la posible declaración judicial de nulidad de los intereses moratorios abusivos percibidos por la entidad financiera), se alteraría la regla de imputación (por la retroactividad de la norma) para los pagos parciales ya realizados y futuros. El artículo 671 LEC ha sido modificado por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC. Artículo 671 LEC: «Si en la subasta no hubiere ningún postor, podrá el acreedor, en el plazo de los 20 días siguientes al del cierre de la subasta, pedir la adjudicación del bien. Si no se tratare de la vivienda habitual del deudor, el acreedor podrá pedir la adjudicación por el 50 por cien del valor por el que el bien hubiera salido a subasta o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Si se tratare de la vivienda habitual del deudor, la adjudicación se hará por importe igual al 70 por cien del valor por el que el bien hubiese salido a subasta o si la cantidad que se le deba por todos los conceptos es inferior a ese porcentaje, por el 60 por cien. Se aplicará en todo caso la regla de imputación de pagos contenida en el artículo 654.3. Cuando el acreedor, en el plazo de 20 días, no hiciese uso de esa facultad, el Secretario judicial, a instancia del ejecutado, procederá al alzamiento del embargo». Esta modificación entró en vigor el 15 de octubre de 2015. Se trata de una adaptación del precepto al nuevo formato de subasta electrónica introducido por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, que entró en vigor el 15 de octubre de 2015. Ya la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificó el artículo 129 LH para introducir la forma electrónica única para la subasta notarial derivada de la venta forzosa extrajudicial. La E. de M. de la Ley 19/2015 señala que no parece lógico que la forma electrónica se reserve para las subastas notariales y no se aplique a las judiciales. De ahí que la Ley regule la subasta electrónica de bienes muebles, inmuebles e inmuebles en los casos en que estos hubieran sido hipotecados, con las especialidades propias de la ejecución hipotecaria. Su Disposición transitoria primera prevé que «las subastas de los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, cuya publicación se haya acordado continuarán sustanciándose conforme a las normas procesales vigentes en la fecha de presentación de la demanda». En cuanto a su Disposición final 6.^a prevé la publicación de un Real Decreto que regule el procedimiento para formalizar consignaciones en sede electrónica, el cual se publicó el 7 de noviembre de 2015 en el *BOE* (RD 1011/2015, de 6 de noviembre, por el que se regula el procedimiento para formalizar el sistema de consignaciones en sede electrónica de las cantidades necesarias para tomar parte en las subastas judiciales y notariales).

⁴ En este sentido, STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto c-26/13).

⁵ *Id.*, a este respecto, JIMÉNEZ PARÍS, 2013 (1) y (2).

⁶ *Id.*, Auto de 15 de enero de 2014, del Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Barcelona. En la Jornada de Unificación de criterios de las secciones civiles de la AP de Madrid de 4 de octubre de 2013, se determinó que «con independencia de lo que establecen los artículos 114 de la LH y 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo, se considera abusivo en los contratos con consumidores los intereses de demora que excedan en más de tres veces el interés legal del dinero, sin perjuicio de atender a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa». El efecto de la declaración de abusividad debe ser «la nulidad e ineficacia absoluta del pacto sobre intereses moratorios» y «en el caso de un procedimiento de ejecución, decla-

ración de nulidad del despacho de la ejecución, considerando ilíquida la deuda reclamada, por comprender la liquidación por vencimiento anticipado intereses de demora, siempre que no se pueda determinar el importe de los intereses moratorios anulados e incluidos en la liquidación por el tribunal».

⁷ Artículo 3.1 Directiva 93/13: 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. 3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas. Artículo 4.1. Directiva 93/13: Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

⁸ Artículo 6.1 Directiva 93/13: «Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Artículo 7.1. Directiva 93/13: «Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores».

⁹ Banco Santander interpuso demanda de juicio ordinario contra D. Cirilo, solicitando la condena a la devolución de 16.473,76 euros, en concepto de principal, y 4.942,13 euros, presupuestados para intereses moratorios al 21,80%, devengados y que se devenguen desde la fecha de la demanda hasta su total pago. En primera instancia se estimó la demanda. Recurrida en apelación por D. Cirilo, solicitó su revocación en parte, alegando el carácter abusivo de los intereses moratorios pactados, solicitando su moderación con arreglo al límite fijado en la Ley de Crédito al Consumo para los descubiertos en cuenta corriente (2,5 veces el interés legal del dinero en el momento de la celebración del contrato). La Audiencia declaró nula por abusiva la cláusula de intereses moratorios y la tuvo por no puesta, condenando al pago del principal con los intereses legales que se devenguen desde la notificación de la sentencia (art. 1108 del Código Civil). Banco Santander interpuso recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal, planteando las tres cuestiones sustantivas siguientes: 1) que no puede realizarse el control de abusividad porque la cláusula de intereses moratorios fue negociada y el demandado no es consumidor; 2) en la hipótesis de considerarse que pudiera controlarse la abusividad, el interés fijado no es abusivo; 3) *si la cláusula fuera abusiva, habría que integrar el contrato mediante la moderación de tal cláusula, pero no suprimir el interés de demora*. Supuesto lo anterior, el recurso señala que, procesalmente, la sentencia recurrida es incongruente porque el demandado había pedido la moderación del interés de demora y la Audiencia Provincial acordó su eliminación. En relación con la primera cuestión, el TS señala, como presupuestos básicos, que su jurisprudencia ha considerado la contratación bajo condiciones generales como un auténtico modo de contratar; que el hecho de que el consumidor haya prestado válidamente su consentimiento al contrato predispuesto por el profesional, incluso en el caso de cláusulas claras, comprensibles y transparentes, no es obstáculo para que pueda declararse la nulidad de las cláusulas abusivas cuando, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 Directiva 93/13/CEE) y 82.1 TRLGDCU).

y que la jurisprudencia del TJUE que desarrolla la Directiva 93/13/CEE «ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. En concreto, que la STJUE de 30 de mayo de 2013... ha declarado que *el artículo 6.1 de la Directiva ...es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público*, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión... [Que], en conclusión, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como *un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general... es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas y que... tal desvinculación deba ser apreciada de oficio por los órganos judiciales*, en una dimensión que entronca con el orden público comunitario. La protección de los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores es un principio esencial del ordenamiento jurídico (art. 169 TFUE), que debe actuar particularmente frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos». Sentado lo anterior, el TS señala que para que una cláusula pueda considerarse no negociada basta con que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional, según el artículo 3.2 de la Directiva, carácter impuesto que «no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base en cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio». Tampoco es preciso que el consumidor mantenga una conducta activa y vea rechazado su intento de negociar, ni que exista una posición monopolística del predisponente, para considerar la cláusula como no negociada. Por otro lado es notorio que en determinados sectores de la contratación, en especial los bienes y servicios de uso común, entre ellos los servicios bancarios, los profesionales utilizan contratos integrados por condiciones generales. Por ello el artículo 3.2 de la Directiva y el artículo 82.2 del TRLGDCU prevé que el profesional que afirme la negociación individual de la cláusula, asume la carga de la prueba de tal negociación (STJUE de 16 de enero de 2014). Y en este sentido no basta incluir en el contrato un epígrafe de «condiciones particulares» o menciones predispuestas que afirmen el carácter negociado. Es preciso que el profesional justifique las razones excepcionales que le llevaron a la negociación individual; que se pruebe tal negociación y las contrapartidas que el consumidor obtuvo por la inserción de la cláusula que favorece la posición del profesional. La mera alegación de negociación sin prueba de estos extremos supone identificar consentimiento libre con negociación contractual, no siendo la ecuación correcta. En relación con la alegación de que el demandado no era consumidor porque no consta que el dinero prestado se destinara a adquirir bienes de primera necesidad el Alto Tribunal considera que tampoco puede prosperar, ya que tal circunstancia es irrelevante para la conceptualización del prestatario como consumidor. Para que el contrato celebrado con un consumidor quede excluido del ámbito tuitivo de la normativa de protección de consumidores es necesario que siendo una persona física, celebre el contrato en calidad de profesional, *por destinar el objeto del mismo a su actividad comercial, empresarial o profesional (art. 2.b) Directiva 93/13/CEE)*. En conclusión, la cláusula de interés de demora es susceptible de control de abusividad en su contenido. En relación con la segunda cuestión sustantiva planteada, el TS señala que «aunque la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que no es posible moderar los intereses de demora aplicando el artículo 1154 del Código Civil, ha dejado a salvo la posibilidad de controlar las cláusulas que establecen tales intereses cuando se trata de cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores». Como dicha cláusula es un elemento accesorio del contrato, no resulta afectada por la previsión del artículo 4.2 de la Directiva, «que solo prevé el control de transparencia sobre las cláusulas que definan el objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida». Es más, tanto la Directiva, como el TRLGDCU, prevén la abusividad de este tipo de cláusulas cuando existe una desproporción de la indemnización por incumplimiento (fin de la cláusula junto con el estímulo al pago). La previsión legal aplicable es, según el TS, la Disposición adicional primera, apartado 3.º,

último inciso, de la LGDCU, vigente cuando se celebró el contrato (actualmente artículo 85.6 TRLGDCU). El recurrente consideró que la adición de 10 puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio (del 11,8% al 21,8% anual) del préstamo personal no era excesivo y alegó que los criterios de referencia utilizados por la Audiencia como el de 2,5 veces el interés legal del dinero (art. 19.4, hoy 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo) no eran adecuados porque estaban previstos para otras situaciones. A esta alegación responde el TS que *«en España, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados miembros de la UE, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores. Ello obliga a este tribunal a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del TJUE. El objeto de esta resolución se ciñe a la abusividad del interés de demora en los préstamos personales puesto que los préstamos hipotecarios tienen un tratamiento distinto y presentan unos problemas específicos, como resulta de la redacción del nuevo párrafo 3.º del artículo 114 de la LH, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la doctrina que al respecto resulta de la STJUE de 21 de enero de 2015...»*. Continúa el Tribunal indicando que el artículo 3.1 de la Directiva define la cláusula abusiva y el TJUE en reiterada jurisprudencia ha señalado que tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión (como el citado artículo 3.1 del Directiva 93/13) que no contenga una remisión expresa al Derecho nacional para determinar su sentido y alcance, normalmente debe ser objeto en toda la UE de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate. En este sentido, para determinar si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que *debe tenerse en cuenta las normas de Derecho nacional aplicables a falta de pacto entre las partes, de manera que pueda valorarse si el contrato deja al consumidor en una situación menos favorable que la prevista por el Derecho dispositivo nacional*. También habría que tener en cuenta las normas dispositivas aplicables en otros contratos de ese tipo celebrados con consumidores y el tipo de interés legal, todo ello para verificar si el fijado en el contrato es adecuado para garantizar los fines que tal interés persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 de marzo de 2013). Igualmente debe comprobarse si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera legal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 de marzo de 2013). El TS, teniendo presente todo lo anterior, considera que *«en el caso de los préstamos personales, el interés de demora... debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era de un 11,8% anual, TAE 14,23%), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto»*... «La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el artículo 576 LEC para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores... Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia... *Con base en los criterios expuestos, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal*». Lo que le conduce a considerar que el interés litigioso es claramente abusivo porque consistía en la adición de 10 puntos porcentuales al interés remuneratorio. En cuanto a la alegación de que la Audiencia Provincial debió integrar el contrato, mediante la moderación del interés

moratorio (que era lo pedido por el demandado), el TS responde que el TJUE ha deducido del artículo 6.1 de la Directiva que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula declarada abusiva, *sin estar facultados para modificar su contenido, siempre que el contrato pueda subsistir sin la aplicación de dicha cláusula* (STJUE de 14 de junio de 2012, 30 de mayo de 2013 y 21 de enero de 2015), lo que se infiere del artículo 7.1 de la Directiva, pues la moderación de la cláusula contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el que pura y simplemente tal cláusula no se aplique. De ahí que la STJUE de 14 de junio de 2012 haya declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se opone a la normativa de un Estado miembro como el artículo 83 del RD Leg. 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCU, que atribuye al juez nacional la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva [lo que ha dado lugar a la modificación del citado texto legal por Ley 3/2014, de 27 de marzo]. En cuanto a la posibilidad de aplicar supletoriamente el Derecho dispositivo nacional, el TJUE solo lo ha admitido cuando sea necesario para que el contrato subsista en beneficio del consumidor; pues su nulidad total le haría quedar expuesto a consecuencias penalizadoras (STJUE 30 de abril de 2014 y 21 de enero de 2015), habiendo señalado en esta última sentencia, que la anulación de la cláusula de interés de demora, no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución serían necesariamente menores. Por lo tanto, de tales STJUE se extrae la conclusión de que la consideración de abusiva de una cláusula conlleva su supresión sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria del Derecho nacional prevista para el caso de falta de pacto, y por lo tanto, sin que pueda integrarse con arreglo a los criterios del artículo 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor; lo que no es el caso. Si bien el recurrente alega que el artículo 10.2 de la LCGC y el artículo 10.bis.2 LGDCU vigentes cuando se celebró el contrato, establecían la integración judicial cuando se apreciara la abusividad de una cláusula, el TS señala que «el TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. *Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas de Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta*». Así, el TS concluye que una interpretación del Derecho interno vigente al celebrarse el contrato, conforme con la Directiva, exige una integración reconstitutiva del contrato, si es necesaria para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor; y la eliminación de la cláusula, si el contrato puede subsistir sin ella. Sorprendentemente, sin embargo, el resultado al que llega es que «la abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. *[Pero que] este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula de interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad*. No es obstáculo a lo dicho que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, puesto que ello solo significó, en su momento, que fuera exigible el pago del capital y los intereses sin esperar al transcurso de los plazos inicialmente previstos y que procediera el devengo del interés de demora sin necesidad de esperar a que fuera venciendo cada uno de los plazos en que se había fraccionado la amortización del préstamo. Una vez apreciada la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar solo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado. Por consiguiente, en el supuesto objeto de recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar «reducción conservadora de la

validez»), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es simplemente, la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada», solución más favorable a Banco Santander que la adoptada por la Audiencia, por lo que el recurso de casación se estima en parte. En cuanto al recurso extraordinario por infracción procesal, el TS lo desestima sobre la base de que el TJUE ha afirmado reiteradamente, desde la STJUE de 27 de junio de 2000 [también en STJUE de 21 de noviembre de 2002; 26 de octubre de 2006; 4 de junio de 2009; 6 de octubre de 2009; 14 de junio de 2012 y 14 de marzo de 2013], que la Directiva 93/13/CEE impone a los jueces nacionales el actuar de oficio en la apreciación de cláusulas abusivas, indicando la STJUE de 14 de junio de 2012, que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato, pues no se alcanzaría el objetivo del artículo 6 de la Directiva, si como dice la STJUE de 4 de junio de 2009 los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual, lo que podrían no hacer por ignorancia, o bien por ser superiores los honorarios del abogado a los intereses en juego (STJUE de 27 de junio de 2000). En este sentido, indica el Alto Tribunal que la STJUE de 30 de mayo de 2013 ha afirmado que al ser el artículo 6.1 de la Directiva una disposición de carácter imperativo y dada la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el dicho artículo 6 debe considerarse equivalente a las disposiciones nacionales de orden público, por el que el Tribunal de apelación debe ejercer la competencia que el Derecho nacional le otorga para aplicar de oficio las normas de orden público y por lo tanto debe, de oficio, apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, a la luz de los criterios de la Directiva. Esta jurisprudencia habría sido asumida por la STS de 9 de mayo de 2013, que declaró que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, siendo obligatorio para todos los tribunales. Habiéndose también declarado en STS de 20 de julio de 2006, que «es reiterada doctrina jurisprudencial que el artículo 359 [LECA 1881] no impide a los Tribunales decidir *«ex officio»* como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o la inexistencia de los contratos radicalmente nulos, en las coyunturas en que sus cláusulas puedan amparar hechos delictivos o ser manifiesta y notoriamente ilegales, contrarias a la moral, al orden público, ilícitas o constitutivas de delito. El TS señala que, en este caso, la actuación de oficio no se ha proyectado sobre la apreciación de abusividad (solicitada por el consumidor demandado) sino en cuanto a la determinación de los efectos de la misma, aplicando la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012, y rechazando la integración con arreglo al artículo 1258 del Código Civil. Actuando de este modo, el Tribunal no habría incurrido en incongruencia, pues las consecuencias inherentes a la declaración de ineficacia de un negocio o una estipulación del mismo son aplicables de oficio como efecto *«ex lege»*, al tratarse de las consecuencias ineludibles de la invalidez (STS de 9 de noviembre de 1999; 11 de febrero de 2003, 4 de diciembre de 2008, 1 de octubre de 2012 y 10 de marzo de 2015). Además la corrección de la actuación de la Audiencia vendría reforzada por las declaraciones del TJUE en sentencia de 30 de mayo de 2013. Por todo ello, el recurso extraordinario por infracción procesal no es estimado. En relación con esta última cuestión, hace ciertas precisiones el obiter dicta de la SAP de La Rioja (Sección 1.ª), de 26 de marzo de 2013. Banco Santander presentó una demanda de juicio ordinario contra Don Pascual y Doña Gema, siendo condenado el primero a abonar 12.368,68 euros, con el interés legal del dinero multiplicado por 2,5 desde la fecha de 1 de septiembre de 2009, hasta el completo pago. Banco Santander plantea recurso de apelación contra la decisión del juez «a quo», que había apreciado de oficio el carácter abusivo de los intereses moratorios del préstamo personal (para la compra de un vehículo), al 19,50%, esto es, superior en 10 puntos porcentuales al interés remuneratorio, integrando la cláusula con arreglo al artículo 83.2 TRLGDCU, en su redacción anterior a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, y con arreglo al límite fijado en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, esto es, 2,5 veces el interés legal del dinero. Banco Santander sostuvo en su apelación que el juzgador no puede de oficio apreciar la abusividad de los intereses moratorios; que el tipo pactado

no era abusivo porque el demandado no aportó ningún aval por lo que el riesgo del prestamista era grande, y que ni la Ley de Represión de la Usura, ni la LGDCU de 1984, ni la Ley 7/1995 de crédito al consumo permiten llegar a la conclusión alcanzada por el juzgador. LA AP confirma la sentencia de instancia en cuanto a la apreciación de oficio de la abusividad y en cuanto al carácter abusivo del interés pactado. Pero en *obiter dicta* señala que, si bien el juez *a quo* habría resuelto más acertadamente aplicando la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012 y declarando sin más la nulidad, no aplicando interés de ninguna clase, no obstante «ello no significa que esta Sala vaya a modificar en este caso este extremo, pues ... una cosa es que de oficio cualquier tribunal (incluidos los de apelación) pueda apreciar la condición abusiva de una cláusula que perjudica al consumidor, y otra muy distinta es que esa intervención de oficio pueda extenderse, no ya a la apreciación o no del carácter abusivo de la cláusula, sino también al examen de las consecuencias que el juzgador de instancia (que ya apreció el carácter abusivo de la cláusula) hizo derivar de la declaración de nulidad de esa cláusula abusiva y que dio lugar a un pronunciamiento en primera instancia (la moderación o integración del interés moratorio, que en este caso fue fijado por el juez «a quo» en el legal multiplicado por 2,50), que por no haber sido recurrido, ha devenido firme». De la doctrina del TJUE no cabe deducir, señala la AP que «se pueda en segunda instancia, sin que nadie lo haya recurrido, modificar esa decisión firme del juez *a quo* relativa a las consecuencias derivadas de ese carácter abusivo... máxime cuando en sí mismo, ese pronunciamiento, errado o no, no puede considerarse nulo. Una solución de este tipo sería contraria al principio de seguridad jurídica y en definitiva a la propia naturaleza del recurso de apelación».

¹⁰ El Auto se dicta en el marco de una ejecución que dimana de un juicio monitorio, iniciado con anterioridad a la reforma operada por Ley 1/2013 y doctrina emanada de la jurisprudencia comunitaria, en el que no se procedió a revisión de oficio de las cláusulas abusivas. Por ello, tratándose de consumidores y en el ámbito del artículo 552 NLEC [examen de oficio de las cláusulas abusivas de un título ejecutivo], el juzgado dio trámite de audiencia al ejecutante sobre el carácter abusivo del pacto de interés moratorio. El juzgado, aplicando la doctrina sentada por la STS de 22 de abril de 2015, considera abusivos los intereses moratorios pactados. *Pero discrepa de los efectos que el TS atribuye a la eliminación de la cláusula*. En efecto, señala el juzgador que «el contrato de préstamo no tiene como elemento esencial —necesario para su subsistencia la existencia de un pacto de interés remuneratorio (arts. 1755 del Código Civil y 314 C de C)—. La supresión del pacto de mora de un contrato de préstamo a interés no afecta a la subsistencia del negocio. Además la resolución del contrato de préstamo a instancias del prestamista determina que el negocio deje de producir los efectos normales durante la vigencia del mismo, es decir, en el caso de un préstamo retribuido, el pago por el prestatario de los intereses remuneratorios, y así lo razonaba el propio TS en sentencia de 2 de noviembre de 2010 —en relación a cláusulas que permitían al prestamista tras la resolución anticipada del préstamo por incumplimiento del deudor, poder reclamar no solo el capital pendiente de amortizar sino también las cantidades por intereses remuneratorios respecto a cuotas vencidas anticipadamente—. Desde la resolución contractual del contrato lo que procedería es la devolución del capital con la indemnización de daños y perjuicios —artículo 1124 del Código Civil—, la cual habiéndose pactado en cláusula de pacto de mora declarada abusiva y suprimida del negocio, determinaría que solo tenga la resolución contractual a instancia del prestamista por incumplimiento del prestatario, la consecuencia de generar a cargo del deudor la obligación de devolver el capital recibido y pendiente de amortizar, sin que se comprenda la prolongación del pago de intereses remuneratorios tras la resolución anticipada del contrato a instancias del prestamista —o tras la llegada del vencimiento pactado— puesto que desde la resolución contractual —o finalización del plazo pactado— y reclamación judicial, el contrato dejó de producir los efectos normales y pactados para su vigencia y entró en una fase de liquidación de los efectos de la resolución o vencimiento —que no son otros que la devolución de las prestaciones—, en este caso del capital prestado y pendiente de amortizar, sin posibilidad de obtener el prestamista indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento al haberlos determinado la entidad bancaria en un pacto declarado abusivo y que ha de ser suprimido del contrato. Ninguna interpretación reconstructiva ampara la Directiva 13/93 en casos como el presente en que la supresión de la

cláusula abusiva no afecta a la subsistencia del negocio resuelto a instancias del prestamista —o vencido— que no deviene nulo por la expulsión del pacto de mora, sino que simplemente ha de liquidarse sin dicho pacto, es decir, con la restitución de solo el capital prestado y pendiente de amortizar». El Juzgado considera que esta solución procede incluso cuando se trate de contratos celebrados antes de la ley 3/14, de 27 de marzo que reformó el artículo 83.2 RD Leg 1/2007, «... establecer a cargo del prestatario... una obligación de abonar intereses remuneratorios en un contrato de préstamo resuelto... produce el mismo efecto que integrar el pacto moratorio abusivo con un tipo moderado judicialmente; que en definitiva es integrar el pacto en contra de la reiterada jurisprudencia del TJUE... Lo que procede es interpretar la norma vigente [antes de la Ley 3/2014, de 27 de marzo] de modo que garantice la consecución del efecto disuasorio de emplear los profesionales cláusulas abusivas en contratos con consumidores —artículo 7.1 de la Directiva— y la efectividad de la no vinculación del consumidor a pactos abusivos que proclama el artículo 6.1 de la Directiva, lo que necesariamente lleva a aplicar lo dispuesto reiteradamente por el TJUE... Esta es la interpretación de la normativa nacional anterior a la Ley 3/14 o bajo la vigencia de la Ley 7/98, a la luz de la letra y finalidad de la Directiva aplicable en la materia que a juicio de quien resuelve permite llegar a una solución conforme al objetivo perseguido por esta» (STJUE de 7 de septiembre de 2004 y 7 de marzo de 1996, 10 de abril de 1984 y 14 de julio de 1994, según las cuales la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas necesarias para alcanzar el resultado prescrito por una Directiva es una obligación imperativa impuesta por el artículo 249.3 del Tratado de la CE y por la propia Directiva, afectando a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión de las autoridades judiciales). En atención a lo expuesto el juzgado declara la abusividad de los intereses moratorios (al 30,5%), teniendo el pacto relativo a los mismos por no puesto y por medio de resolución independiente despacha ejecución por la cantidad reclamada en concepto de capital e intereses remuneratorios impagados. La Ley 42/2015, de 5 de octubre, ha añadido un párrafo 4 al artículo 815 de la NLEC, en el ámbito del proceso monitorio según el cual «si la reclamación de la deuda se fundara en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el secretario judicial, previamente a efectuar el requerimiento [de pago al deudor], dará cuenta al juez para que pueda apreciar el posible carácter abusivo de cualquier cláusula que constituya el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible. El juez examinará de oficio si alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible puede ser calificada como abusiva. Cuando apreciare que alguna cláusula puede ser calificada como tal, dará audiencia por cinco días a las partes. Oídas estas, resolverá lo procedente mediante auto dentro de los cinco días siguientes. Para dicho trámite no será preceptiva la intervención de abogado ni de procurador. De estimar el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contractuales, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal consideración acordando, bien la improcedencia de la pretensión, bien la continuación del procedimiento sin aplicación de las consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el secretario judicial procederá a requerir [de pago] al deudor en los términos previstos en el apartado 1. El auto que se dicte será directamente apelable en todo caso». Sobre el proceso monitorio en España, *vid.*, STJUE de 18 de febrero de 2016.

¹¹ En términos similares, BALLUGUERA GÓMEZ, 2014, (1) y (2), quien hace notar que la Ley 1/2013 se dictó entre la publicación de la STJUE de 14 de junio de 2012 y la reforma del artículo 83 TRLGDCU. Si se interpreta que las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, son una prueba de la contradicción entre aquella STJUE y la Disposición Transitoria 2.^a Ley 1/2013, ello «significaría que dicha disposición habría quedado derogada por el artículo 83 TRLGDCU en relación con el apartado cuarto de la Disp. Tran. Única Ley 3/2014, que se dicta para adaptar la legislación consumerista a los mandatos del Alto Tribunal europeo». Pero sería posible una interpretación no derogatoria de tal Disposición Transitoria. «... lo más llamativo de la reforma del artículo 83 TRLGDCU y que tiene la máxima actualidad ha sido que se ha llevado por delante la interpretación de la Disp. Tran. 2.^a Ley 1/2013 permisiva de la reducción al límite legal de los intereses de demora en hipotecas anteriores a la Ley 1/2013 superiores a dicho límite. Tal reducción no cabe en ningún modo, como han puesto de manifiesto numerosos

juzgados por lo que creemos que el texto de la Disp. Tran. 2.^a no debe interpretarse como permisivo de tal reducción. Descartada esa interpretación no hay dificultad para la vigencia de esa transitoria (BALLUGUERA, 2014, [1]). La reforma del artículo 83 TRLGDCU impide que la cláusula nula por abusiva de intereses de demora pueda ser integrada de ningún modo con el interés legal, *ni con el interés de la mora procesal*. «Queda la duda de si las cantidades en mora seguirán devengando intereses remuneratorios o no, cuando la cláusula de intereses de demora declarada nula por abusiva hubiese establecido unos intereses moratorios incompatibles con los remuneratorios. Mi opinión es que no. De la cláusula de intereses moratorios, al adherente le beneficia el que durante su vigencia, por la incompatibilidad estipulada, no se devenguen intereses remuneratorios. Pues bien, ese beneficio subsiste pese a la nulidad de la cláusula de intereses de demora abusiva. Siempre que la cláusula establezca expresamente o de ella o [de] su aplicación se desprenda esa incompatibilidad, lo que exige examinar la redacción concreta de la cláusula en cada caso, el préstamo en mora y las cantidades atrasadas no devengarán interés alguno *ya que la cláusula se elimina del contrato en perjuicio de la persona predisponente, pero no de la adherente, de modo que solo se elimina aquello que perjudica al adherente, pero no lo que le beneficia*» (BALLUGUERA, 2014, [1]). «Por lo que se refiere a una integración *in extremis* de la cláusula nula por abusiva de intereses de demora [para las hipotecas posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013], creemos que las previsiones legales, ya sea la del artículo 1108 del Código Civil, ya sea la del artículo 114 LH, ya sea la mora procesal del artículo 576.1 LEC, operan como un supuesto de integración contractual al amparo de los artículos, 1258 del Código Civil y 65 TRLGDCU, pero quedando vetada dicha integración en beneficio del predisponente o profesional tanto por el reformado artículo 83 TRLGDCU como por el artículo 65 TRLGDCU, queda bloqueado dicho criterio y la respuesta a cuál es la regulación contractual en caso de nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios, es que las cantidades adeudadas *no devengarán nada por intereses de demora ni tampoco por intereses remuneratorios, única solución concorde con el carácter disuasorio de las normas que en Derecho español prohíben las cláusulas abusivas*». En relación con las hipotecas anteriores a la Ley 1/2013, *hay que pensar que si el legislador no aplica las cláusulas de intereses de demora superiores al límite legal es porque contravienen tal límite y por lo tanto son nulas de pleno derecho con arreglo al artículo 8.1 LCGC y al artículo 83 TRLGDCU*. El efecto retroactivo puede deberse a que la limitación se introduce para aplicar la STJUE de 14 de marzo de 2013. *Ahora bien, reducir automáticamente un interés de demora superior a tres veces el interés legal del dinero en hipotecas anteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, es una contradicción, ya que se suple con el máximo legal en perjuicio del deudor*». «Para llegar a esta integración legal se ha tenido que sacar la cláusula de intereses de demora del contrato y si se saca es porque resulta contraria al límite legal, lo que es un caso de cláusula abusiva nula del artículo 8 LCGC, no pudiendo entonces ser objeto de integración conforme al nuevo artículo 83 TRLGDCU» (BALLUGUERA, 2014, [2]).

¹² Cfr. JUECES PARA LA DEMOCRACIA, 2012.

¹³ La STS de 23 de diciembre de 2015 (Pleno), comentada, contiene un Voto particular del Magistrado Orduña Moreno. En el voto, el magistrado expresa su convicción de que la doctrina jurisprudencial sentada en favor de la procedencia de la continuidad del proceso de ejecución conforme a la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC, desnaturaliza el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, y supone una integración de la cláusula declarada abusiva, siendo por tanto, contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la UE. En su opinión, la STJUE de 30 de abril de 2014 solo autoriza excepcionalmente la integración de la cláusula abusiva, por una disposición supletoria de Derecho nacional (caso del art. 693.2 LEC), cuando dicha integración, afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de este en beneficio de los intereses del consumidor. Este planteamiento sería opuesto a la integración que realiza la sentencia del Pleno de la Sala (sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por la aplicación del art. 693.2 LEC), la cual solo operaría, a su juicio, en beneficio de la entidad bancaria, pues el despacho de la ejecución comportaría la consecuencia más adversa posible para el consumidor, frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Continúa el Magistrado señalando que el régimen de ineficacia derivado del control de abusividad constituye un elemento del concepto de orden

público económico, pues proyecta el principio de efectividad con el que ha de aplicarse la Directiva 93/13, según la cual (art. 6) las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Desvinculación que está en la esencia del carácter sancionador de dicha ineficacia y que informa su función disuasoria. El TJUE, —señala— tiene declarado, reiteradas veces, que el artículo 6 de la Directiva debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público. Del mismo modo que las circunstancias que acompañan al cumplimiento del contrato (retrasos injustificados, incumplimientos parciales, etc.) no pueden ser tenidos en cuenta en el plano autónomo de la valoración del carácter abusivo de la cláusula, tampoco las circunstancias que acompañan el curso de la ejecución hipotecaria pueden ser valoradas en orden al régimen de ineficacia, lo que no ha sido tenido en cuenta por la sentencia. La propia Ley 3/2014, siguiendo la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012, ha modificado el artículo 83 del TRLGDCU para subrayar esta consecuencia jurídica de no tener por puesta la cláusula abusiva y mantener la vigencia del contrato siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Según el mandato del artículo 3.1 de la Directiva, que ordena al juez nacional que «deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión», no cabe otra solución jurídica que el sobreseimiento de la ejecución instada, pues no cabe alegar mecanismos de aplicación analógica o supletoria que conduzcan finalmente a la aplicación de una disposición nacional vulnerando dicho mandato. Pero es que además, si se otorga validez al argumento de la sentencia, se llega a una desnaturalización del control de abusividad. Pues tal control no se realiza de acuerdo a la configuración específica de la cláusula en cuestión, sino de acuerdo a la previsión abstracta que ofrezcan los institutos jurídicos tomados como referencia [art. 693.3, 579, 682.2.º.1 LEC], por lo que ninguna cláusula específica de vencimiento anticipado, por más que resultara claramente abusiva, daría lugar al régimen de ineficacia derivada de su abusividad y, por lo tanto, a la prohibición de moderación o integración de la misma. Por otro lado, el pacto de vencimiento anticipado y su reflejo en la escritura de constitución de hipoteca, constituyen presupuestos de la aplicación del artículo 693.2 LEC. Si tal pacto ha sido calificado de nulo, se carece entonces de título de ejecución. El Magistrado resalta que el planteamiento del voto particular, que él formula, se integraría dentro de la doctrina consolidada del TJUE, que ya habría sido aplicada por nuestros tribunales (AAP de Valencia, sección 9.ª, de 14 de julio de 2015; AAP de Zamora, sección 1.ª, de 29 de septiembre de 2015; AAP de Barcelona, Sección 16.ª, de 27 de noviembre de 2015). El artículo 693.2 LEC —señala— no es una disposición imperativa, sino una norma procesal que aclara la admisibilidad del pacto de vencimiento anticipado. Una cosa es que el artículo 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado en la escritura el reconocimiento de tal facultad al acreedor, y que el pacto acceda al Registro, como condición «*sine qua non*» para que aquel pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otra cosa distinta que semejante previsión implique que el ejercicio de tal facultad es un trasunto de una disposición legal (tan no es así que, si no se recoge en la escritura, el acreedor no tiene tal facultad). Pero si el pacto se recoge y es materialmente válido, la Ley le atribuye unas consecuencias jurídicas determinadas. En el presente caso, la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no afecta a la validez del contrato principal de préstamo sino a la ejecución de su garantía (elemento accesorio) y el efecto de integración, por vía de aplicación supletoria, no favorece al consumidor, *pues las ventajas o beneficios que la sentencia señala en caso de continuarse la ejecución, podrían ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de la obligación, se ordena la realización de la garantía hipotecaria que, en última instancia, lleva a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas. Máxime atendiendo a los principios de efectividad y de equivalencia en materia de consumidores y de acuerdo con los principios de buena fe y favor debitoris, que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria.* Con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente puede volver a utilizar esta u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto, confiando en que la cláusula abusiva será integrada, y por tanto, válida, en atención al artículo 693.2 LEC. El voto concluye señalando que «en virtud de todo lo razo-

nado, la doctrina jurisprudencial de esta Sala... infringe el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con el artículo 7 de la Directiva, y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio TJUE desarrolla... Por lo que la aplicación del artículo 693.2 LEC, tras la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva». En la misma línea de este Voto particular, cabe citar la SAP de Valencia (Sección 11.^a) de 19 de enero de 2015. El 19 de noviembre de 2008 se había concedido a los demandados, Carolina y Bartolomé, un préstamo para la adquisición de un vehículo amortizable en 120 cuotas mensuales. Al impagar algunas de dichas cuotas, BBVA declaró vencido anticipadamente el préstamo planteando juicio monitorio contra ambos prestatarios en reclamación de 14.597,73 euros. Los demandados se opusieron al juicio monitorio alegando la abusividad de ciertas cláusulas y derivado el procedimiento a juicio ordinario, se redujo la cantidad reclamada a 14.182,79 euros, más intereses remuneratorios, es decir, se estimó en parte la demanda, cifrando el importe de la condena en dicha cantidad e intereses conforme al artículo 576 LEC, rechazándose la nulidad de los intereses remuneratorios y de la cláusula de vencimiento anticipado, dado que desde el impago de cuotas al cierre de la cuenta había pasado más de un año. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, es estimado por la Audiencia. Señala esta: «Al respecto la cláusula quinta de las generales atinentes al préstamo establece: «No obstante la duración pactada, se considerará vencido de pleno derecho el préstamo y exigibles la totalidad de las obligaciones de pago que tenga contraídas el titular cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (a) Cuando el titular incumpliera cualquiera de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato, especialmente el impago de las cuotas en los plazos previstos»... Y visto el tenor de dicha cláusula se ha de convenir, con el criterio mantenido por la Sección Séptima (sentencia de 16 de junio de 2014) y por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial (sentencia de 2 de junio de 2014, y Autos de 22 de abril de 2014; 28 de julio de 2014 y 24 de septiembre de 2014) que la misma es inaplicable por abusiva, ya que es contraria a los criterios legales antes aludidos, y supone un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, y ello no solo porque dicho efecto se hace depender exclusivamente del incumplimiento de cualquier obligación del prestatario, sino también del impago de cualquiera de las cuotas, *sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, y a la duración de la operación, lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma ante el impago de una cuota. Posibilidad esta que solo se presenta como factible ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a dicho periodo de tres meses, con arreglo al criterio contemplado en el artículo 693.2 LEC en su redacción por Ley 1/2013, que no es aplicable directamente al caso. Ahora bien, siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, puesto que como ha manifestado el TJUE cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta. Fundada, pues, la reclamación del BBVA en un vencimiento anticipado que ha de tenerse por abusivo, y por no puesto, se ha de rechazar la demanda planteada, sin perjuicio de que por la demandante se inste en el proceso declarativo correspondiente la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable al prestatario demandado». Igualmente cabe citar el AJPI núm. 1 de Barcelona, de 29 de septiembre de 2015. Una entidad financiera presenta escrito de demanda de ejecución hipotecaria basada en escritura pública de crédito garantizado con hipoteca. La devolución del crédito se había pactado a 35 años (420 mensualidades) y la ejecutante lo declaró vencido anticipadamente con el impago de cuatro mensualidades. El Juzgado dio traslado previo para alegaciones sobre la posible nulidad del vencimiento anticipado, al*

amparo del artículo 552.1 LEC, oponiéndose a tal nulidad, la ejecutante. En su resolución, que estima la cláusula discutida como nula, el Juzgado señala que el requisito del artículo 693.2 (mínimo de tres mensualidades impagadas) integra un requisito de viabilidad procesal para el despacho de las ejecuciones hipotecarias posteriores a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 15 de mayo, tanto si se ejercita la cláusula de vencimiento anticipado como si solamente se reclaman los plazos vencidos e impagados según el artículo 693.1 LEC. Pero dicho precepto no agota la cuestión de la posible nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, lo que dependerá de la normativa de consumo aplicable y de los criterios jurisprudenciales. Ello no excluye tener en cuenta el criterio legal como punto de referencia al valorar la cláusula o la conducta contractual de la parte ejecutante al ejercitar dicha cláusula, pero por sí mismo no genera un efecto automático o excluyente del análisis de la posible abusividad. El Auto señala que la STS de 27 de marzo de 1999 apreció la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, indicando que «si se otorga un crédito con obligación de amortizarlo en un plazo de 16 años, garantizándose con hipoteca el derecho del acreedor, este tendrá que esperar al transcurso del plazo pactado para poder reclamar los devengos últimos, aunque esté lleno de suspicacia negocial por el hecho de que el prestatario haya dejado de satisfacer algún plazo ya vencido». No obstante, esta posición fue revertida por resoluciones posteriores, admitiendo el TS la validez de este tipo de cláusulas (STS de 12 de diciembre de 2008; 4 de junio de 2008; 2 de enero de 2006; 3 de febrero de 2005). Según la primera, no cabe tener en cuenta la STS de 27 de marzo de 1999 dado que manifiesta un criterio aislado y sin continuidad en la Sala 1.^a, de manera que en el supuesto de impago por parte del deudor, el acreedor no está obligado a esperar el transcurso del plazo convenido para ejecutar la garantía y limitar la ejecución a los vencimientos impagados, pues cabe que por pacto se establezca el vencimiento anticipado de la obligación, al amparo del artículo 1255 del Código Civil. Pero, señala el Auto, del mismo modo que ha evolucionado la Jurisprudencia del TS, también lo ha hecho la del TJUE, fijando la STJUE de 14 de marzo de 2013 unos parámetros específicos para valorar si este tipo de cláusulas en contratos de consumo pueden ser nulas, lo que supone admitir la eventualidad de la nulidad, lo que deberá ser analizado por el juez nacional. Por otro lado, el Juzgado señala que el debate no estriba en si el acreedor tiene que esperar al transcurso de todos los plazos para reclamar todas las cuotas pactadas, sino en las condiciones que le permiten acudir al vencimiento anticipado en función de la gravedad y carácter esencial del incumplimiento. Partiendo de los criterios fijados por el TJUE (incumplimiento de una obligación esencial; que tenga carácter suficientemente grave respecto a la duración y cuantía del préstamo; que el vencimiento anticipado constituya una excepción respecto a las normas aplicables a la materia; valorar si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado), el Juzgado considera que habiéndose pactado la devolución del crédito en 35 años (420 mensualidades), y habiéndose declarado el vencimiento anticipado tras el impago de cuatro cuotas mensuales (lo que representa un 0,95% del capital), y siendo eficaz el remedio del artículo 693.3, solo para el caso de poder ser ejercitado por el ejecutado, debe calificarse como desproporcionado decretar el vencimiento anticipado del crédito, por lo que procede denegar el despacho de la ejecución. El Auto destaca que es dudoso que en un periodo de tiempo relativamente corto, antes de la subasta, el ejecutado pueda revertir la situación económica que le ha llevado a la situación de incumplimiento, lo que de hecho explica que prácticamente nunca se pueda ejercitar esta facultad en casos de consumo y vivienda.

¹⁴ Si bien BALLUGUERA GÓMEZ, 2014, (1), considera imposible la integración de la cláusula de vencimiento anticipado nula, por tratarse de una facultad en favor del predisponente, sus argumentos, que reproducimos, en favor de la integración *pro consumatore* son interesantes. Así señala que en aplicación de la STJUE de 14 de junio de 2012, la Ley 3/2014 ha modificado el artículo 83 TRLGDCU, suprimiendo la facultad del juez de integrar el contrato a favor del predisponente. Dicha integración se verificaba por medio de la modificación del contenido de la cláusula declarada nula por abusiva. Ahora bien, quedaría en pie y se admitiría la integración en beneficio de adherentes y personas consumidoras, como un derecho de las mismas. Esta interpretación sería incuestionable teniendo presente el artículo 65 TRLGDCU. Este precepto, inserto en el Capítulo I, Título I, del Libro II del TR,

dedicado a las Disposiciones Generales en materia de Contratos con consumidores y usuarios, señala: «*Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante*». La integración es «la reconstrucción de la regla u obligación contractual en caso de laguna por medio de fuentes objetivas al margen de la voluntad concreta de las partes. La laguna puede ser originaria o el resultado de la nulidad o falta de incorporación de alguna cláusula al contrato por adhesión con condiciones generales de la contratación». Si bien la integración, en el contrato por negociación, se rige por el artículo 1258 del Código Civil, para la integración del contrato por adhesión habría que tener en cuenta el artículo 86 TRLGDCU. Aunque la reforma ha suprimido del artículo 83.2 TRLGDCU la integración con el artículo 1258 del Código Civil y la buena fe objetiva; el mandato al juez de integrar, y sus facultades moderadoras, *subsisten en los artículos 9 y 10 LCGC; y los artículos 61 y 65 TRLGDCU. Luego la posibilidad de integrar pro adherente sigue vigente*. Como con arreglo al Derecho anterior a la reforma, solo era posible la integración en beneficio del consumidor, la reforma del artículo 83 TRLGDCU no era necesaria, sino que «el mandato de la STJUE de 14 de junio de 2012 podía conseguirse mediante una interpretación *pro consumatore* que impidiese la integración a favor del predisponente de la laguna que deja la nulidad de una cláusula por abusiva». El legislador ha optado sin embargo, por reformar el artículo 83 y dejar claro que no es lícito suplir la laguna dejada por la nulidad de la cláusula abusiva con un contenido equilibrado en favor del predisponente. Aunque desde la Ley de mejora de la protección de consumidores y usuarios, primero el artículo 12.6 LGDCU y luego el artículo 65 TRLGDCU impedían la integración en beneficio del predisponente, existía una práctica en los Tribunales según la cual se integraba el contrato con cláusula declarada nula por abusiva con una obligación equilibrada en la que el predisponente fuese acreedor (así, las sentencias que reducían los intereses moratorios). Con la STJUE de 14 de junio de 2012 «lo que parece claro, es que resulta imposible ya la integración del contrato... con un contenido equilibrado si este favorece al disponente». *Pero, tal pronunciamiento del TJUE no impediría la integración si beneficia o impide perjuicios al adherente*.

¹⁵ Artículo 693.1 LEC, en la redacción dada por Ley 1/2013 y 19/2015: «Lo dispuesto en este Capítulo [Capítulo V, Título IV, Libro III LEC] será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses. Así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente. Si para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar el bien hipotecado, y aún quedaren por vencer otros plazos de la obligación, *se verificará la venta y se transferirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no estuviere satisfecha*». Señala el artículo 127.2.º LH, para el caso de juicio ejecutivo contra bienes hipotecados en manos de un tercer poseedor, que «cuando para el pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses fuere necesario enajenar la finca hipotecada y aún quedaran por vencer otros plazos de la obligación, se practicará lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 135. Si el comprador no quisiere la finca con la carga de la hipoteca que queda por satisfacer, se depositará su importe con los intereses que le correspondan, para que sea pagado el acreedor al vencimiento de los plazos pendientes». Solución esta que podría ser aplicable por analogía al caso del artículo 693.1 LEC. En cuanto al artículo 670.4.3.º LEC, dispone: «Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad [art. 670.4.2.º LEC], se aprobará el remate en favor del mejor postor, *siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 50 por ciento del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos la cantidad por la que se haya despatchado ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas...*».