

1.7. Concursal Civil

El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019*

The anticipated maturity of the mortgage loans after the STJUE of March 26, 2019 and the STS of September 11, 2019

por

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

RESUMEN: La cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario constituye el fundamento de la ejecución hipotecaria y permite el ejercicio de la acción real hipotecaria por el acreedor sobre el bien hipotecado. Sobre la base de la inicial redacción del artículo 693.2 LEC, las cláusulas incluidas como condición general de la contratación en préstamos inmobiliarios a consumidores permitían que el deudor perdiera el beneficio del plazo por impago de una sola cuota de amortización. Estas cláusulas fueron consideradas abusivas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 14 de marzo de 2013) al no determinar la pérdida de dicho beneficio en función de la cuantía y duración de la deuda. La Ley 1/2013 modificó el artículo 693.2 LEC en el sentido de permitir la validez de las cláusulas en caso de estipularse para el impago de tres cuotas mensuales. Las entidades financieras ajustaron su praxis a dicha disposición legal, pretendiendo que la ejecución hipotecaria continuara en los casos de incumplimiento de tres o más plazos mensuales, aunque el contrato contuviera la mencionada cláusula abusiva. Esta solución fue aceptada por el Tribunal Supremo considerando que pese a la nulidad de la cláusula debía valorarse el concreto ejercicio que del vencimiento anticipado hacía el acreedor (esto es, si se ajustaba al mínimo legal y los parámetros señalados por la STJUE de 14 de marzo de 2013), pues ello podía redundar en beneficio del consumidor. Planteada cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del *blue pencil test* y subsidiariamente, sobre la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC para permitir una integración *pro consumatore* del contrato, el Tribunal de Justicia considera que si el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado y su nulidad total entraña consecuencias procesales particularmente perjudiciales para el consumidor procede una integración del contrato mediante

* Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Prof.^a Dra. Matilde CUENA CASAS, Catedrática de Derecho civil de la UCM.

la redacción que tenga el precepto legal base de la cláusula, con posterioridad a la celebración del contrato. La STS de 11 de septiembre de 2019 remite a estos efectos a la redacción dada al artículo 693.2 LEC por Ley 5/2019 (redacción que remite a su vez al art. 24 de esta norma).

ABSTRACT: The early maturity clause of the mortgage loan constitutes the foundation of the foreclosure and allows the real mortgage action to be exercised by the creditor on the mortgaged asset. Based on the initial wording of artículo 693.2 LEC, the clauses included as a general condition for contracting real estate loans to consumers allowed the debtor to lose the benefit of the term for non-payment of a single repayment installment. These clauses were considered abusive by the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (STJUE of March 14, 2013) as it did not determine the loss of said benefit based on the amount and duration of the debt. Law 1/2013 amended artículo 693.2 LEC in the sense of allowing the validity of the clauses in case of stipulation for the non-payment of three monthly installments. The financial entities adjusted their praxis to said legal provision, pretending that the foreclosure would continue in cases of non-compliance with three or more monthly installments, even if the contract contained the said abusive clause. This solution was accepted by the Supreme Court considering that despite the nullity of the clause, the specific exercise of the anticipated maturity had to be evaluated (that is, if it adjusted to the legal minimum and the parameters indicated by the STJUE of March 14 of 2013), as this could result in the benefit of the consumer. The question was referred for a preliminary decision by the Supreme Court to the Court of Justice of the European Union, specifically, on the application of the blue pencil test and, subsidiary, on the application of artículo 693.2 LEC to allow an integration of the contract in favor of the consumer. The Court considers that if the mortgage loan contract cannot subsist without the early expiration clause and its total nullity entails procedural consequences particularly harmful to the consumer, an integration of the contract proceeds through the wording that has the legal precept base of the clause, after the conclusion of the contract. The STS of September 11, 2019 refers for this purpose to the wording given to artículo 693.2 LEC by Law 5/2019 (wording that refers in turn to artículo 24 of this rule).

PALABRAS CLAVE: Vencimiento anticipado. Hipoteca. Cláusula abusiva. Integración del contrato.

KEY WORDS: Early maturity clause in the mortage. Abusive clause. Contract integration.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO.—II. DOCTRINA MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y VOTOS PARTICULARES DEL MAGISTRADO ORDUÑA MORENO: 1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO), DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015. A) Argumentación y «ratio decidendi». B) Voto Particular del magistrado Orduña Moreno. 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 2016: A) Argumentación y «ratio decidendi». B) Voto Particular del magistrado Orduña Moreno.—III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS EFECTOS

DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA. STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017.—IV. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017.—V. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL ANTE EL TJUE, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-70/17 Y C-179/17.—VI. LA STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA EVITAR SU NULIDAD.—VII. LOS AATJUE DE 3 DE JULIO DE 2019: 1. AUTOS DEL TJUE DE 3 DE JULIO DE 2019, ASUNTO C-92/16 Y C-167/16. 2. AUTO DEL TJUE DE 3 DE JULIO DE 2019, ASUNTO C-486/16.—VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO) 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019.—IX. CONCLUSIONES.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LA PROBLEMÁTICA DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO

En fechas recientes, el Tribunal Supremo ha dictado la STS de 11 de septiembre de 2019 que resuelve o pretende resolver la problemática planteada por la existencia de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas en los préstamos hipotecarios concertados antes de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante, Ley 1/2013). Dichas cláusulas preveían el vencimiento anticipado de tales préstamos por el impago de una única cuota de amortización del préstamo (o incluso de una parte de la misma), dada la inicial dicción del artículo 693.2 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que facultaba para incluir en el contrato una cláusula (condición general de la contratación) en tales términos¹.

La Ley 1/2013, consecuencia de la STJUE de 14 de marzo de 2013 que determinó unos parámetros en función de los cuales juzgar el carácter abusivo de tales cláusulas de vencimiento anticipado, introdujo en el procedimiento de ejecución hipotecaria (art. 695.1.4.^a LEC) con carácter retroactivo, la posibilidad de alegación de la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo (escritura de préstamo hipotecario); cláusulas que o bien determinaran la cantidad exigible en la ejecución, o bien constituyeran el fundamento de la misma como es el caso de la cláusula de vencimiento anticipado. Supuesto este en el que la apreciación de la abusividad debía conducir al sobreseimiento del procedimiento, según la propia dicción literal introducida por la Ley 1/2013 (arts. 695.3 y 4 LEC).

Dicha Ley 1/2013 dio también nueva redacción al artículo 693.2 LEC (que era el fundamento legal para el pacto de vencimiento anticipado en el préstamo hipotecario y la apertura de la ejecución), en el sentido de exigir para la validez del pacto (y subsiguiente superación del control notarial y registral) que previese el vencimiento anticipado por impago de *al menos* tres mensualidades o un número de cuotas equivalente.

Así, el artículo 693.2 LEC estableció en su nueva redacción:

«Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, 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, y este convenio constase en la escritura de constitución».

Sin embargo, esta nueva redacción del artículo 693.2 LEC no respondía a los parámetros fijados por la STJUE de 14 de marzo de 2013 según la cual el vencimiento anticipado debía producirse en función de un *impago proporcional a la cuantía y duración de la deuda*. En la práctica, las entidades financieras, para evitar el cierre del procedimiento de ejecución hipotecaria, ajustaron *el ejercicio del vencimiento anticipado a este nueva redacción del artículo 693.2 LEC*, pero no estaba claro que en tales condiciones los procedimientos pudieran tramitarse pues la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que interpretaba la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13) *imponía también la eliminación de la cláusula abusiva y su no vinculación al consumidor, lo que parecía suponer el consiguiente cierre del procedimiento de ejecución hipotecaria*. Estas dudas motivaron diversos pronunciamientos del Tribunal Supremo al respecto (favorables, no obstante, a la continuación de la ejecución hipotecaria) y que tribunales de instancia y el propio Tribunal Supremo plantearan cuestiones de prejudicialidad al Tribunal de Justicia de la Unión Europea inquiriendo si era contraria o no a la Directiva 93/13 una aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC que rellenesase la laguna contractual dejada por la eliminación de la cláusula abusiva, permitiendo así mediante la integración del título ejecutivo la continuación del procedimiento ejecutivo *por considerarse que esta solución era más favorable a los intereses del consumidor* (además de responder a los intereses del acreedor).

El presente trabajo intenta mostrar los diversos argumentos barajados en sus resoluciones por los Tribunales a favor y en contra de la continuación de estos procedimientos de ejecución hipotecaria, así como la doctrina finalmente mantenida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y aplicada por el Tribunal Supremo en su reciente decisión de 11 de septiembre de 2019.

II. DOCTRINA MANTENIDA POR EL TRIBUNAL SUPREMO Y VOTOS PARTICULARES DEL MAGISTRADO ORDUÑA MORENO

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO), DE 23 DE DICIEMBRE DE 2015

A) Argumentación y «ratio decidendi»

La STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015 señaló que en términos generales la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, citando como preceptos legales sustentadores de las mismas los artículos 1124 y 1129 del Código civil y el artículo 693.2 LEC. No obstante, es preciso que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento anticipado sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista (art. 1256 CC 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*. Para el Alto Tribunal, la STJUE de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, habría considerado que tal cláusula no es abusiva *per se*, sino que puede considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso, debiendo comprobar el juez especialmente los parámetros señalados por

el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en dicha resolución para la apreciación del carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado *en particular*. Partiendo de estos argumentos, el Tribunal Supremo considera que la cláusula enjuiciada en el litigio, que permitía la resolución del contrato por el incumplimiento de *un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria*, debe ser reputada abusiva, *dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*. Y sienta la siguiente doctrina: «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...». Igualmente, en relación con el efecto de la apreciación de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo considera 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 (que permite, dándose ciertas condiciones, rehabilitar el contrato de crédito hipotecario); la posibilidad de condonación parcial prevista en el artículo 579 LEC (cuando queda deuda remanente tras la ejecución hipotecaria) y la previsión de que el valor de tasación a efectos de subasta (tipo de salida) no sea inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo. Estas especialidades propias de la vía ejecutiva hipotecaria no serían aplicables si se sobreseyera este procedimiento especial de ejecución y el acreedor hubiera de recurrir a la vía declarativa para obtener la resolución contractual haciendo uso del artículo 1124 del Código civil. «De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Y por otro lado, el cierre de la vía ejecutiva obstaculiza la efectividad de la garantía real. Procedería, pues, no el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria (como consecuencia de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado), sino una integración del contrato sobre la base del artículo 693.2 LEC, aplicable como norma dispositiva supletoria. En nota de la Sala de lo Civil de 21 de enero de 2016 el Tribunal Supremo, aclarando esta sentencia indicó: «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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea: 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 consecuencias del vencimiento anticipado».

En este mismo sentido, el AAP de Pontevedra, sección 1.^a, de 30 octubre de 2015, señaló: «...la reforma legal [del art. 693.2 LEC] no legitima cualquier reclamación del total adeudado por el simple dato de que haya tres cuotas pendientes, sino que el precepto legal se limita a fijar un suelo mínimo para valorar el incum-

plimiento, 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 [del TJUE] de que el [incumplimiento]... “tiene carácter suficientemente grave con relación a la duración y a la cuantía del préstamo”».

En definitiva, el Tribunal Supremo entendería, que *abstracción hecha de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, es preciso valorar el ejercicio concreto que del vencimiento anticipado hace la entidad financiera en el proceso de ejecución hipotecaria y, si tal ejercicio respeta los parámetros establecidos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de marzo de 2013, puede seguirse adelante la ejecución hipotecaria dado que dicho proceso conlleva ventajas procesales y materiales para el deudor, no pudiendo afirmarse incondicionalmente que el sobreseimiento del mismo le resulte siempre más favorable*².

B) Voto Particular del magistrado Orduña Moreno

La STS de 23 de diciembre de 2015 (Pleno) contenía un voto particular del magistrado ORDUÑA MORENO. El magistrado expresa su convicción de que la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo a favor de la continuidad del proceso de ejecución hipotecaria mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC desnaturaliza el control de abusividad y neutraliza su función al suponer una integración de la cláusula declarada abusiva (que se sustituye por la aplicación del art. 693.2 LEC), contraria a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La STJUE de 30 de abril de 2014 solo habría autorizado excepcionalmente la integración del contrato por una disposición supletoria de Derecho nacional, cuando dicha integración, *afectante a un elemento esencial del contrato, fuese necesaria para permitir la subsistencia del mismo en beneficio de los intereses del consumidor*³.

La integración realizada por el Tribunal Supremo solo operaría en beneficio de la entidad bancaria, pues el despacho de la ejecución comporta la consecuencia más adversa posible para el consumidor. El régimen de ineeficacia derivado del control de abusividad constituye un elemento del concepto de orden público económico (y por lo tanto, tiene carácter imperativo). En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tiene declarado reiteradamente que el artículo 6 de la Directiva 93/13 debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento jurídico interno tienen rango de normas de orden público. Según el mandato del artículo 3.1 de la Directiva 93/13, 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. 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. Este planteamiento se integraría dentro de la doctrina consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que ya ha sido aplicada por los tribunales españoles (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). Una cosa es que el artículo 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado en la escritura el reconocimiento al acreedor de la facultad de dar por vencido

anticipadamente el crédito y que el pacto se inscriba en el Registro de la Propiedad 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 tal reflejo en el contrato sea un mero trasunto de una disposición legal. Tan no es así, que si tal pacto no se recoge en la escritura, el acreedor no tiene tal facultad. No cabe pues aplicar supletoriamente el artículo 693.2 LEC, pues este no reconoce una facultad de dar por vencido anticipadamente el crédito, a falta de pacto expreso.* 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 señalados por la sentencia en el caso de continuarse la ejecución hipotecaria, *podrían ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de una 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. El voto concluye señalando que «en virtud de todo lo razonado, la doctrina jurisprudencial de esta Sala ...infinge el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con el artículo 7 de la Directiva [93/13], y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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»⁴.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE FEBRERO DE 2016

A) Argumentación y «ratio decidendi»

Esta resolución del Tribunal Supremo, siguiendo la argumentación de la anterior, parte de que el ordenamiento jurídico español contempla tanto un vencimiento legal anticipado en que el deudor perdería el derecho al plazo (art. 1129 CC), como la resolución en caso de incumplimiento de obligaciones bilaterales (art. 1124 CC) y la posibilidad de pacto expreso de vencimiento anticipado en el préstamo hipotecario (art. 693.2 LEC) «siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento anticipado sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1256 del Código civil»; debiendo concurrir para la validez de tal cláusula una justa causa (verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial), *siendo cláusulas habituales en la práctica bancaria reciente*. Igualmente, parte de que la STJUE de 14 de marzo de 2013 dio a entender que la cláusula no era abusiva *per se*, sino que podía considerarse tal atendiendo a las circunstancias del caso. Para su validez era necesario que el consumidor hubiera incumplido una obligación esencial (no accesoria) en el marco de la relación jurídica contractual; que el vencimiento

anticipado estuviese previsto para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; que dicha facultad del acreedor constituyera una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y que el Derecho nacional previera medios adecuados y eficaces para que el consumidor pudiera poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Sobre estas bases el Tribunal Supremo entiende que la cláusula controvertida en el litigio no supera tales requisitos al no modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo y al permitir el vencimiento anticipado por incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria. En efecto, la cláusula cuestionada era del siguiente tenor: «No obstante el plazo pactado, el Banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses».

El Alto Tribunal considera, pues, que la cláusula es abusiva y por ende nula e inaplicable. No obstante, a continuación indica: «Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predisposta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita». Por lo que, «en su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, cuando afirma que "Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, 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, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo"....». «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...».

Y para justificar esta solución (que permitiría la continuación de las ejecuciones hipotecarias y no su sobreseimiento) añade: «Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real»... siendo inconveniente «obligar a la espera de un incumplimiento total [al final del plazo pactado] en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas [para que el acreedor pueda reclamar]».

Si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado cerrara el proceso de ejecución incluso en los casos en que el incumplimiento efectivo haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado, el consumidor quedaría expuesto a consecuencias perjudiciales, por lo que estaríamos ante un supuesto que justificaría aplicar la excepción a la regla de

no integración del contrato. Al consumidor le benefician los artículos 579, 682.2.1.^º y 693.3 LEC, especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se sigue por la vía de los artículos 681 y siguientes de la LEC «pero que no resultarían aplicables en el juicio declarativo. En el cual ni siquiera es claro que la posición procesal del consumidor fuese más favorable puesto que los medios de defensa respecto de posibles cláusulas abusivas serían los mismos que en el proceso de ejecución hipotecaria [dado el art. 695.1.4 LEC]... y mientras se sustancia, se seguirían devengando nuevos intereses y aumentando la deuda. De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor».

B) Voto particular del magistrado Orduña Moreno

El voto es emitido por el magistrado a la luz de las Conclusiones del Abogado General de 2 de febrero de 2016, en el asunto C-421/14, en donde sostiene el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

ORDUÑA MORENO insiste en que *el control de abusividad es un control abstracto de legalidad de la reglamentación impuesta en la contratación mediante condiciones generales de la contratación*, para la protección de la parte débil del contrato, que incrementa la seguridad jurídica del tráfico y mejora la competencia y que se refiere al momento de la celebración del contrato, *sin que pueda venir condicionado por el cumplimiento o incumplimiento efectivo que pueda haberse producido*.

El plano valorativo de calificación del carácter abusivo debe diferenciarse del plano de las consecuencias derivadas de tal declaración. *Si bien aquél permite la interpretación, el segundo (que tiene por objeto el régimen de ineeficacia subsiguiente), no la permite, pues la propia norma establece imperativamente las consecuencias de la abusividad.* La STJUE de 30 de abril de 2014 que la sentencia del Tribunal Supremo cita, pero desvirtuándola, solo autoriza la integración de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional *cuando dicha integración afecte a un elemento esencial del contrato principal, permitiendo así la subsistencia de este en exclusivo beneficio de los intereses del consumidor, de modo que no quede expuesto a consecuencias perjudiciales derivadas de la anulación del contrato en su totalidad (restitución del capital prestado).* Sin embargo, *la integración que verifica la Sala no afecta a un elemento esencial y opera en beneficio exclusivo del acreedor*, pues el despacho de la ejecución comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no solo queda obligado a la restitución del capital sino que queda sujeto a la ejecución patrimonial. *La especialidad tuitiva del régimen de ineeficacia en caso de cláusulas abusivas es la plena desvinculación del consumidor con los efectos de la cláusula (ejecución, en este caso), constituyendo una norma integrante del orden público económico*, como tiene declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el artículo 6 de la Directiva 93/13. Aplicar el artículo 693.2 LEC supletoriamente infringe, pues, una norma imperativa de la Directiva y vulnera la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que la interpreta y desarrolla y supone que *el consumidor queda vinculado por la cláusula nula (a pesar de su nulidad).* El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado que la no vinculación para el consumidor se consigue en aquellos ordenamientos jurídicos que sancionan las cláusulas abusivas con la nulidad de

pleno derecho, que lo es ex tunc, desde el momento de la celebración del contrato, y que afecta materialmente al acto jurídico que se sustente en la cláusula abusiva (en este caso la ejecución hipotecaria).

Debe diferenciarse también el régimen de la ineeficacia derivada de la abusividad y las circunstancias que acompañan al cumplimiento o ejecución del contrato. Del mismo modo que las circunstancias que acompañan al cumplimiento (retrasos injustificados, incumplimientos parciales, etc.) no se pueden tener en cuenta en la valoración del carácter abusivo, tampoco las circunstancias concretas que acompañen el curso de la ejecución pueden ser tenidas en cuenta para establecer el régimen de ineeficacia. Lo cual no ha sido tenido en cuenta por la sentencia de la Sala, vulnerando con ello la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATJUE 11 de junio de 2015).

La aplicación del artículo 693.2 LEC no solo es contraria a la lógica jurídica según lo expuesto, sino también a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia. De hecho, la reciente Ley 3/2014, de 17 de marzo, siguiendo la doctrina del Tribunal de Justicia contemplada en su STJUE de 14 de junio de 2012, modificó el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, para subrayar la consecuencia jurídica de nulidad de pleno derecho sin posibilidad de integración en su artículo 83. Existiendo solo la excepción señalada por la STJUE de 30 de abril de 2014 que facultaría para proceder a la integración. El mandato del artículo 3.1 de la Directiva es claro (deducir todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión), que en el caso presente supone el sobreseimiento de la ejecución instada. *Del mismo modo que contra dicho mandato no cabe alegar una disposición nacional «tampoco se pueden alegar mecanismos de aplicación analógica o supletoria que conduzcan finalmente a la aplicación de una disposición nacional que comporte una vulneración de este mandato»⁵.*

Si el argumento de la sentencia «pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predisposta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita», fuera válido se desnaturalizaría el control de abusividad, pues este debe realizarse conforme al concreto contenido de la condición general de la contratación predisposta en el momento de la celebración del contrato (SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013) y no conforme a la previsión abstracta de una institución jurídica. Ello daría lugar a un círculo vicioso. Por otro lado, la aplicación del artículo 1129 del Código civil, una vez declarada la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, exigiría un pronunciamiento judicial al respecto en un procedimiento declarativo, por lo que tampoco cabría aplicar supletoriamente el artículo 693.2 LEC con referencia a dicho instituto jurídico pues lesionaría el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución.

En efecto, el artículo 693.2 LEC no contiene una norma imperativa sino regula una facultad que puede tener el acreedor si se le concede mediante pacto. Por lo que la cláusula no es trasunto de una disposición legal sino una reglamentación expresamente incorporada al contrato, que produce sus efectos en caso de ser válida y estar inscrita en el Registro de la Propiedad (art. 12 LH).

En definitiva, la aplicación supletoria de una norma nacional solo puede verificarse cuando, por un lado, la nulidad afecte a un elemento esencial del contrato principal, de manera que este no puede subsistir sin tal cláusula y cuando, por otro lado, la integración favorezca exclusivamente al deudor pues la anulación del contrato supondría consecuencias gravemente perjudiciales para el mismo.

En el presente caso, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no afecta per se a la validez del contrato principal de préstamo, que puede subsistir sin tal cláusula, sino a la ejecución de la garantía accesoria, lo que es distinto al caso analizado por la STJUE de 30 de abril de 2014, donde la nulidad de la cláusula sí que afectaba a la validez del contrato de préstamo. Por otro lado, tampoco la aplicación supletoria beneficia al consumidor, pues la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria representa la consecuencia patrimonial más adversa al consumidor, sin que este pueda hacer valer sus derechos con las garantías que le ofrece un juicio declarativo, por lo que se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Por otro lado, dado que no hay pronunciamiento de la Sala al respecto, no puede afirmarse que los beneficios propios de la ejecución hipotecaria no puedan ser objeto de aplicación extensiva en el juicio declarativo que declare el vencimiento anticipado de la obligación y ordene la realización de la garantía hipotecaria, lo que en última instancia llevaría a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas. «Máxime atendiendo a «los principios de efectividad y equivalencia» en materia de consumidores, y de acuerdo, además, con los principios de buena fe y «favor debitoris» que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria». De lo contrario, el ejercicio de sus derechos por el consumidor (alegación de la cláusula abusiva) le harían de peor condición en el juicio declarativo, lo que no tendría sentido.

El voto concluye señalando: «En definitiva, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor no puede sustentar su pretensión en que el curso de la ejecución instada respeta lo previsto en el artículo 693.2 LEC (se han impagado 3 cuotas mensuales o más). En primer lugar, porque no es cierto, pues dicha previsión *no consta configurada negocialmente en el título de constitución de la hipoteca que se hace con referencia a "cualquier incumplimiento del deudor"*». En segundo lugar *porque no cabe excepcionar el régimen de ineeficacia derivado de la abusividad en función del cumplimiento o incumplimiento contractual observado*. La aplicación del artículo 693.2 LEC vulnera, pues, la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y comporta una integración de la cláusula ya declarada abusiva, transmitiéndose con tal integración *el mensaje de que el acreedor predisponente puede volver a utilizar la misma u otras cláusulas abusivas, sin sanción concluyente, pues, en todo caso, su cláusula abusiva será integrada y validada en atención a los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC*. La resolución de la Sala, pues, contraría frontalmente la Directiva 93/13, debiéndose proceder al sobreseimiento del procedimiento de ejecución.

III. DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD DE LA CLÁUSULA. STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017

Esta sentencia resuelve el asunto C-421/14 Banco *Primus*, S.A, y Jesús Gutiérrez García. La petición de decisión prejudicial fue planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santander, mediante auto de 10 de septiembre de 2014.

El 12 de junio de 2018, el Banco *Primus* concedió al Sr. Gutiérrez García un préstamo hipotecario sobre su vivienda por un plazo de 47 años (amortización en 564 cuotas mensuales). Impagadas siete mensualidades consecutivas, el Banco *Primus* declaró el vencimiento anticipado del préstamo e inició un proceso

especial de ejecución hipotecaria el 23 de marzo de 2010. El Banco se adjudicó el bien por el 50% del valor de tasación inicial. El 11 de junio de 2014, el Sr. Gutiérrez García formuló un incidente extraordinario de oposición, invocando el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado. A raíz de esta oposición, y tras suspender el lanzamiento, el órgano judicial planteó la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea de «si de conformidad con la Directiva 93/13, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, *incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional [art. 693.2 LEC en redacción dada por Ley 1/2013]*».

Tras reiterar la doctrina sentada en la STJUE de 14 de marzo de 2013, en cuanto a los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva 93/13, y en particular al examinar la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal de Justicia señala:

«Mediante las cuestiones prejudiciales sexta y séptima ...el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, *si la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693.2 de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de este tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional*».

A esta cuestión prejudicial el Tribunal de Justicia de la Unión Europea responde que «por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, *sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*» (véanse, en particular, STJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10; STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11; STJUE de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y 487/13).

«... Por consiguiente, y 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, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado 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 esa Directiva, de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, *la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a 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» (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13).

«En estas condiciones, tal y como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula».

En consecuencia, «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula de este tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

Por lo tanto, el TJUE considera que, verificado un control abstracto de la cláusula de vencimiento anticipado (omisión hecha de si se aplicó efectivamente o no), es imprescindible extraer todas las consecuencias jurídicas de tal calificación, aunque el profesional no la haya aplicado y haya respetado las previsiones del artículo 693.2 LEC, debiendo eliminarla del contrato, y por lo tanto, denegar el despacho de la ejecución (art. 552 LEC) o acordar el sobreseimiento de la ejecución (art. 695.1.4.^a y 3 LEC).

IV. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL POR EL TRIBUNAL SUPREMO. AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 2017

No obstante ser clara la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con los efectos a extraer de la declaración de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal Supremo, cuya doctrina discrepa de aquella pues realiza una suerte de integración del contrato mediante la aplicación del artículo 693.2 LEC, como hemos visto, planteó una nueva cuestión prejudicial por auto de 8 de febrero de 2017, *en relación con el alcance de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado*.

El Tribunal Supremo considera que «ante el incumplimiento contractual del deudor, el acreedor dispone de una acción declarativa de resolución del contrato, o de un proceso especial de ejecución hipotecaria, que le permite dirigirse directamente contra el bien hipotecado sin necesidad de una previa sentencia de condena» y que «aunque pudiera parecer, en principio, que la aplicación del procedimiento ejecutivo especial es más perjudicial para el prestatario consumidor, y así parecieron entenderlo —aunque de manera no taxativa— la STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/ C-484/13, C-485/13 y C-487/13) y el ATJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15), ello no tiene por qué ser necesariamente así», dado que en el proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor (arts. 693.3, 579.2 y 682.2 LEC) que no se prevén en el proceso de ejecución ordinaria de sentencia firme dictada en el juicio declarativo, proceso este en el que se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo también su vivienda habitual. Es por este motivo que

el Tribunal Supremo en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, «al enjuiciar la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, ...declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales puedan ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor».

No puede «afirmarse incondicionalmente y en todos los casos que la decisión de proseguir la ejecución hipotecaria sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato...»

Aparte de la pérdida de estas ventajas, la apertura de un juicio declarativo para declarar vencido o resuelto el préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor, conforme al artículo 1124 del Código civil (facultad legal, no contractual), conllevará dos efectos perjudiciales adicionales para el consumidor: la previsible acumulación de condenas al pago de las costas procesales en la fase declarativa y en la ejecutiva, y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento.

Incluso en el supuesto hipotético de que la entidad acreedora esperase al tiempo completo de amortización pactado y no instase la resolución del contrato, la deuda por intereses de demora del deudor sería extraordinariamente cuantiosa, dados los largos plazos de amortización de estos contratos.

En consecuencia, no es correcta la afirmación de que en la ejecución hipotecaria el prestatario consumidor vaya a perder su vivienda en todo caso, y que la conservaría en caso de que se le reclamara en el juicio declarativo la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso del contrato, ya que en estos supuestos también podría acabar perdiéndola, y además, no gozaría de las ventajas que antes se han expuesto que se le conceden en el proceso ejecutivo especial. Es más, no gozaría de la posibilidad de evitar la pérdida de la vivienda pagando solamente las cuotas impagadas, pues en el declarativo no tiene esa facultad, si se allana, y para evitar perder la vivienda, tendría que pagar todo».

Sentado lo anterior, el Tribunal Supremo pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si sería posible realizar una declaración parcial de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, separando el elemento abusivo (relativo al número y entidad de los impagos que permiten su activación, como puede ser el impago de una sola cuota de amortización mensual del préstamo) de la parte no abusiva (relativa a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento) y si esta solución sería conforme con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13. Es decir, si puede circunscribirse «el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula». Se trata de tachar la parte ineficaz de la cláusula, y si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, considerarlo válido y eficaz. Se trata de aplicar el *blue pencil test* en la manera

en que lo hacen otros Tribunales Supremos de otros Estados miembro, como el Tribunal Supremo Federal alemán; no de integrar el contrato. La aplicación de este blue pencil test, daría lugar a una nulidad parcial, mediante la separación de la parte admisible de una cláusula, de la parte inadmisible, siempre que tal separación sea posible porque la parte ineficaz admita ser tachada sin que el sentido de la otra parte eficaz se resienta.

Junto a esta cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo formula una segunda relativa a la posibilidad de aplicar el artículo 693.2 LEC para integrar el contrato una vez apreciada la abusividad de la cláusula y expulsada del mismo. Se trataría de una solución alternativa a la anterior.

El Tribunal Supremo señala que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha permitido esta aplicación supletoria del Derecho nacional en los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obliga al juez a decretar la nulidad del contrato en su totalidad, quedando el consumidor expuesto a consecuencias que representan una penalización. Precisamente para la evitación de estas, se ha permitido sustituir la cláusula abusiva por la norma dispositiva nacional y así mantener la validez del contrato en beneficio del consumidor.

Para el Tribunal Supremo una situación similar se plantearía si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en todo caso cerrara el proceso de ejecución hipotecaria, incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una especial gravedad, pues no puede considerarse que tal sobreseimiento sea en todo caso más favorable al consumidor. De ahí que el Alto Tribunal pregunte al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si sería conforme a la Directiva 93/13, una decisión de un tribunal nacional que, ante el pacto de vencimiento anticipado, y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC (incumplimientos superiores a tres meses), valore, 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 establecidos por la STJUE de 14 de marzo de 2013, y si la aplicación supletoria de una norma dispositiva nacional (art. 693.2 LEC), aunque determine el inicio o la continuación de la ejecución hipotecaria, resulta más favorable al consumidor que sobreseer dicho procedimiento y permitir al acreedor instar la resolución del contrato o la reclamación de las cantidades debidas y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución hipotecaria reconoce al consumidor.

V. CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL ANTE EL TJUE, DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2018. CONCLUSIONES AL ASUNTO C-70/17 Y C-179/17

El asunto C-70/17 tiene su origen en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el Auto de 8 de febrero de 2017. El asunto C-179/17 tiene su origen en otra cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona, mediante auto de 30 de marzo de 2017⁶.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, manifiesta en dicho auto sus dudas sobre la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que hemos explicado antes, con la Directiva 93/13 (arts. 6 y 7) ya que no parece tener en cuenta que el artículo 1124 del Código civil «no es aplicable al contrato de préstamo, al ser un contrato real y unilateral que no se perfecciona hasta la

entrega del dinero y que, por ello, solo genera obligaciones para el prestatario y no para el prestamista (acreedor), con lo que, de seguirse esta doctrina del mismo Tribunal Supremo en el proceso declarativo, el consumidor podría obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión resolutoria e indemnizatoria y ya no podría sostenerse que la continuación de la ejecución hipotecaria le resultase más beneficiosa.

Y por otro lado, si se aplicara el artículo 1124 del Código civil (porque el Tribunal Supremo admitiera que se aplicara este artículo a los contratos de préstamo), el órgano judicial que conociese del proceso declarativo podría aplicar la previsión del mismo artículo 1124 del Código civil según la cual «el tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo», lo que sería relativamente probable especialmente cuando el incumplimiento efectivo de la obligación de pago no haya sido muy grave, ya que los contratos de préstamo para la adquisición de viviendas tienen duraciones prolongadas (20 o 30 años). Todo lo cual hace dudar de que continuar la ejecución hipotecaria aplicando el artículo 693.2 LEC de forma supletoria sea más beneficioso para el consumidor que el sobreseimiento del procedimiento⁷.

Finalmente, el artículo 693.2 LEC solo sería aplicable si existe un pacto válido inscrito en el Registro, condición que no concurre por definición si la cláusula es declarada nula, por lo que no parece posible tal aplicación supletoria, improcedente además, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, porque el contrato puede subsistir sin la cláusula nula.

A las cuestiones planteadas, el Abogado General responde en sus conclusiones indicando, primeramente, que el Tribunal Supremo (en su auto de 8 de febrero de 2017) y el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona (en su auto de 30 de marzo de 2017) han presentado una interpretación distinta (no coincidente) del marco jurídico nacional controvertido.

En segundo término, el Abogado General recuerda que en el proceso de control de las cláusulas abusivas por el juez nacional se distinguen dos fases: la calificación como abusiva de la cláusula contractual y la deducción de las consecuencias de tal calificación.

En relación con la calificación, la sentencia *Aziz*, reiterada por la sentencia *Primus*, habrían precisado los elementos que el juez nacional debe tener en cuenta en el examen del carácter abusivo de esta cláusula. Además el Tribunal de Justicia de la Unión Europea habría precisado también que para la valoración del carácter abusivo de la cláusula, conforme al artículo 4.1 de la Directiva 93/13, el juez nacional debe situarse en el momento de la celebración del contrato, no en el momento de la ejecución del contrato, apreciando las consecuencias que la cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato (lo que implica un examen del sistema jurídico nacional).

En relación con la deducción de las consecuencias de tal calificación, el Abogado General señala que «la regla general, bien consolidada en reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y que refleja el contenido del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13, consiste en que el juez nacional está obligado a inaplicar una cláusula abusiva. Hasta el momento, esta regla solo conoce una excepción», la STJUE de 30 de abril de 2014. Los jueces nacionales estarían obligados a dejar sin aplicar la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida, en que, en virtud de las normas de Derecho interno, tal

persistencia del contrato sea *jurídicamente posible*. El artículo 6 de la Directiva 93/13 constituye una disposición imperativa que, tomando en consideración la inferioridad de una de las partes del contrato, el consumidor, trata de reemplazar el equilibrio formal que tal contrato establece por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas.

La excepción a esta regla, sentada en la STJUE de 30 de abril de 2014, surge cuando el contrato no puede subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva. Entonces el juez nacional puede aplicar una disposición supletoria de Derecho nacional para sustituir dicha cláusula y mantener el contrato, siempre que con ello se pretenda evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales derivadas de la ineficacia del contrato.

En cuanto a la aplicación de la *blue pencil rule* o *blue pencil test*⁸, o fraccionamiento de la cláusula abusiva para dar lugar a una nulidad parcial de la parte inválida, manteniendo el resto de la cláusula siempre que sea gramaticalmente inteligible, tenga sentido jurídico y la supresión de la parte abusiva no suponga introducir una norma nueva o distinta de la inicialmente recogida en la cláusula, el Abogado General no valora su compatibilidad con el Derecho de la Unión *pero considera evidente que la propuesta del Tribunal Supremo no constituye un blue pencil test, sino una modificación de la cláusula abusiva*.

En efecto, el Tribunal Supremo proponía suprimir las partes de la cláusula que figuran entre corchetes y en cursiva:

«[El banco], sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, intereses de demora, gastos y costas, en los siguientes casos: a) falta de pago de [cualquiera] de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la Propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la [LEC].».

El Abogado General considera que esta cláusula no es divisible, pues la escisión de la parte entre corchetes no permite un claro resultado gramaticalmente inteligible, ya que no es posible deducir con claridad cuántas cuotas mensuales deben dejar de pagarse para que el acreedor pueda invocar el vencimiento anticipado, lo que entiende lesiona la seguridad jurídica [art. 1256 CC]. Además, después de tachar la parte abusiva, la finalidad inicial de la cláusula quedaría en entredicho, puesto que esta, «al mencionar con carácter general la “falta de pago de los vencimientos”, presentaría inevitablemente un sentido jurídico nuevo».

No concurriendo, pues, los requisitos establecidos en la regla del *blue pencil test*, el Abogado General concluye que «*lo que propone el Tribunal Supremo no es un «fraccionamiento» de la cláusula controvertida, sino una «reducción/modificación conservadora de la validez» de la misma que implica su reformulación*», pues para preservar la finalidad de dicha cláusula habría que introducir una norma nueva o distinta de la original, acudiendo al artículo 693.2 LEC, de forma supletoria. Esto es, la finalidad de la cláusula no se preserva sin una referencia precisa al número de cuotas mensuales no satisfechas que permiten su aplicación.

En relación con la aplicación supletoria de una norma nacional para permitir continuar la ejecución hipotecaria por ser esta solución más favorable al deudor, el Abogado General recuerda que la STJUE de 26 de enero de 2017 «declaró que, para 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 *no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica* y *que la circunstancia de que el profesional hubiera observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, «no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo» de la cláusula*. En consecuencia, el respeto del artículo 693.2 LEC en la práctica comercial de los bancos no puede subsanar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, sustituyéndola. Pues la excepción a la norma general de inaplicación sin integración, tampoco está presente en este caso, puesto que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no entraña la nulidad del contrato de préstamo en su conjunto.

Por otro lado, la simple lectura del artículo 693.2 LEC permite constatar que no es una norma de carácter supletorio sino que para su aplicación requiere un pacto expreso entre las partes y su inscripción registral, y por lo tanto, sin dicho pacto, no cabe aplicar tal disposición.

Así pues, la declaración de abusividad debe tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula, «concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el Abogado General concluye que una cláusula abusiva declarada nula «se considera que nunca ha existido y no ha producido efectos». Por lo tanto, en este caso, si el juez nacional declara la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, no podrá iniciarse el procedimiento de ejecución hipotecaria o, si estuviera ya iniciado no podría proseguir, aunque el juez nacional estimase que continuar dicha ejecución resulta más favorable al consumidor. De hecho, la afirmación de que continuar la ejecución hipotecaria favorece los intereses del consumidor «está, cuando menos, sujeta a salvedades y depende de las circunstancias concretas de cada caso». El Abogado General duda de que tales ventajas expuestas por el Tribunal Supremo beneficien a todos los consumidores sin excepción.

Y termina señalando: «En todo caso, con independencia de que los consumidores puedan obtener, en su caso, ventajas del procedimiento de ejecución hipotecaria, a mi parecer es incuestionable que, habida cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el alcance de la declaración del carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado, ...la repercusión de dichas ventajas en la respuesta que procede dar a las cuestiones que nos ocupan, que versan sobre las consecuencias que deben extraerse de la declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida, parece cuando menos incierta. Por consiguiente, a la luz de esta jurisprudencia, opino que el juez nacional que ha declarado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado no puede iniciar o, en su caso, proseguir, pese a esta declaración, una ejecución hipotecaria contra el consumidor deudor, aunque estime que ese procedimiento le resulta más favorable».

El Abogado General acoge, pues, en sus conclusiones los mismos planteamientos y argumentos expuestos por el magistrado ORDUÑA MORENO en sus votos particulares.

Ahora bien, matiza el Abogado General si el consumidor, *tras haber sido debidamente informado por el juez nacional del carácter no vinculante de la cláusula, prestase su consentimiento libre e informado y manifestase su intención de no hacer valer el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, la ejecución hipotecaria podría continuar*, pues el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado

en sus SSTJUE de 4 de junio de 2009 y 21 de febrero de 2013, que a la hora de cumplir la obligación de examinar de oficio las cláusulas abusivas, «el juez nacional no tiene, en virtud de [la Directiva 93/13], el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de dicha cláusula» pues el juez nacional también tiene la obligación de «tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que esta se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula».

En su momento entendí que el principal beneficio que obtenía el deudor si continuaba el procedimiento de ejecución hipotecaria era evitar la aplicación del artículo 693.1 LEC, es decir, una ejecución hipotecaria solo por el impago de las cuotas vencidas⁹. Así como evitar el riesgo en esa ejecución de que la vivienda se adjudicase por una cantidad mínima en relación al valor de esta (art. 670.4.3.^o LEC), aparte de seguir vinculado obligatoriamente con el acreedor, y por lo tanto, sujeto su patrimonio al pago de la deuda (art. 1911 CC), ya que la doctrina entiende que es cuestionable la vigencia del artículo 127.2.^o de la Ley Hipotecaria. Este artículo disponía que «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»¹⁰. Por ello consideré posible una integración *pro consumatore, sobre la base del artículo 693.2 LEC en línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. No obstante, esta interpretación tenía sus debilidades, las cuales han sido puestas de manifiesto por el magistrado ORDUÑA MORENO en sus votos particulares analizados. Argumentos que son coincidentes con los expuestos por el Abogado General ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sr. MACIEJ SZPUNAR, y que entiendo no son acogidos por la STJUE de 26 de marzo de 2019 que resuelve la cuestión prejudicial. Pues para el Abogado General la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no entraña la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, posibilidad, sin embargo que el Tribunal de Justicia acoge como base de su resolución (*ratio decidendi* del fallo).

VI. LA STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019. INTEGRACIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO PARA EVITAR SU NULIDAD

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comienza indicando que las cuestiones de fondo planteadas se reducen a dos: si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que cuando se declare la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, esta puede conservarse *parcialmente, mediante la supresión solo de aquellos elementos que la hacen abusiva* y si, caso de no ser posible tal interpretación, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de dicha cláusula puede seguir tramitándose, no obstante su abusividad, mediante la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional (art. 693.2 LEC en la redacción vigente en el momento de la ejecución de la garantía) *en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores*.

El Tribunal de Justicia recuerda, en primer lugar, que de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, los órganos judiciales deben abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes

para el consumidor, *salvo si el consumidor se opone a ello* (STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08 y STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10).

En segundo término, que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la existencia de una norma nacional que permita al órgano judicial integrar el contrato sustituyendo el contenido de la cláusula nula por las previsiones de la norma nacional (STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10 y STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13), dado que si el juez tuviera facultades de integración, se eliminaría el efecto disuasorio de utilización de tales cláusulas por los profesionales que proporciona la sanción de eliminación de la cláusula abusiva del contrato. En el presente asunto, la mera supresión del motivo del vencimiento (impago de una sola cuota mensual, de acuerdo con la redacción del artículo 693.2 LEC vigente en el momento de la celebración del contrato), «equivaldría a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia», por lo que no cabe el mantenimiento parcial de las mismas. El Tribunal de Justicia sigue así la opinión del Abogado General de no ser viable la aplicación del *blue pencil test* al ser indivisible la cláusula.

No obstante, el Tribunal de Justicia señala que si la supresión de la cláusula abusiva obligase al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, quedando el consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales que representen una penalización para el mismo, entonces el artículo 6.1 de la Directiva no se opone a que se sustituya la cláusula nula por una disposición supletoria de Derecho nacional, pues ello se ajustaría al objetivo del artículo 6.1 mencionado de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre las partes por un equilibrio real que restablezca la igualdad entre estas. En el caso de un contrato de préstamo la anulación del mismo tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de amortización en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor y por ello penalizaría más a este que al prestamista, a quien, por lo tanto, no disuadiría de utilizar tales cláusulas (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13).

En consecuencia, *si un contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva de vencimiento anticipado cuya redacción estuviese inspirada en una disposición legal solo aplicable en caso de convenio entre las partes, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, el juez nacional para evitar la nulidad de tal contrato, podría sustituir dicha cláusula con la nueva redacción dada a dicha disposición legal tras la celebración del contrato, «en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales»*. En el presente caso, incumbe a los órganos judiciales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10) *si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no pudieran subsistir. Si en efecto no pudieran subsistir, correspondería a los órganos judiciales comprobar si la anulación de los contratos expone a los consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales. Como de los autos de remisión se desprende que en caso de anulación se produciría un deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, al determinar la anulación del préstamo hipotecario que hubiera de seguirse los cauces de una ejecución ordinaria, mientras que en caso de mantenimiento del contrato mediante la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC (vencimiento por impago de al menos tres mensualidades), podrían seguirse los cauces de la ejecución hipotecaria (con posibilidad de cierre del procedimiento mediante la consignación de la cantidad debida, de condonación parcial de la deuda remanente, y con garantía de que*

el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75% de su valor de tasación); dicho deterioro procesal puede ser tenido en cuenta a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación del contrato de préstamo y «podría justificar por consiguiente, siempre que se exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2 de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto».

Si tales comprobaciones llevaran a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas de vencimiento anticipado controvertidas, los órganos judiciales remitentes deberían abstenerse de aplicar tales cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular si considera que continuar la ejecución hipotecaria abierta por tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14).

VII. LOS AATJUE DE 3 DE JULIO DE 2019

1. AUTOS DEL TJUE DE 3 DE JULIO DE 2019, ASUNTO C-92/16 Y C-167/16

El auto reitera la doctrina ya expuesta en la STJUE de 26 de marzo de 2019. El Tribunal de Justicia señala que los órganos judiciales deben abstenerse de aplicar cláusulas abusivas a fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello. Declarada abusiva una cláusula, el juez nacional no puede integrar dicho contrato aplicando una norma nacional, modificando el contenido de dicha cláusula. Pero si el contrato no puede subsistir sin la aplicación de tal cláusula, si cabría tal integración por una disposición supletoria de Derecho nacional, cuando la anulación del contrato en su totalidad deje expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que impliquen una penalización. En el caso de un contrato de préstamo tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del capital pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por ello penalizaría más al consumidor que al prestamista y no disuadiría a este de utilizar tales cláusulas en el contrato.

«Por análogos motivos» [el TJUE percibe que la situación no es exactamente la descrita] el Tribunal de Justicia considera que si un contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva [la de vencimiento anticipado] cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio, el artículo 6.1 de la Directiva no se opone a que el juez nacional con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia posterior a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales. Incumbe en el caso presente apreciar al juez nacional, con arreglo a las normas de Derecho interno «y adoptando un enfoque objetivo» si la supresión de esa cláusula tendría como consecuencia que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir. Y si la anulación del contrato expusiera al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

«A este respecto —indica el auto— el Tribunal de Justicia ha destacado que tal anulación podría incidir, en particular en los cauces procesales de Derecho nacional con arreglo a los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución...». En caso de anulación del contrato el cobro debería tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que si el contrato se mantiene sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693.2 LEC, seguirá siendo aplicable el procedimiento de ejecución hipotecaria con los beneficios que este reporta al consumidor. «Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación del contrato en cuestión, y ... podría justificar por consiguiente ... que el órgano jurisdiccional remitente sustituya las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC, posterior a la celebración del contrato controvertido en el litigio principal. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional remitente llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto....». Si el juez nacional llegara por el contrario a la conclusión de que el contrato puede subsistir sin la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva, deberá inaplicarla, salvo que el consumidor se oponga a ello, particularmente si considera que la ejecución hipotecaria seguida al amparo de dicha cláusula le sería más favorable que una ejecución ordinaria». Esta misma doctrina es reiterada por el ATJUE de 3 de julio de 2019, en el asunto C-167/16.

2. AUTO DEL TJUE DE 3 DE JULIO DE 2019, ASUNTO C-486/16

El órgano jurisdiccional remitente en la cuestión prejudicial a que da respuesta este auto inquiría si la Directiva 93/13 se opone a que un órgano judicial de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que le ordena iniciar *un nuevo procedimiento de ejecución, en atención a la gravedad del incumplimiento del préstamo hipotecario por el consumidor, a pesar que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución recaída en un procedimiento de ejecución hipotecaria anterior, que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada*. Tras reiterar la doctrina sentada en la STJUE de 26 de marzo de 2019, el Tribunal de Justicia señala que *en este caso la cláusula abusiva no ha sido aplicada, pues la demanda de ejecución hipotecaria primeramente presentada, con fundamento en tal cláusula fue desestimada. La segunda ejecución hipotecaria planteada, pendiente ante el órgano judicial remitente, no se basaría en tal cláusula, sino en el artículo 693.2 LEC, tal como quedó redactado en la versión posterior a la firma de ese contrato y tal como lo ha interpretado el Tribunal Supremo español*.

Incumbe, pues, al órgano remitente apreciar, basándose en la STJUE de 26 de marzo de 2019, si el contrato de préstamo controvertido puede subsistir sin la cláusula abusiva. Si no fuera posible tal subsistencia, podría, teniendo en cuenta las razones alegadas en la STJUE de 26 de marzo de 2019 (perjuicio procesal apreciable para el consumidor derivado de la anulación total del contrato), sustituir esa cláusula por la nueva versión del artículo 693.2 LEC. *En tal caso, la segunda demanda de ejecución hipotecaria presentada por Bankia no*

implicaría que la cláusula abusiva siguiera teniendo efectos vinculantes para los consumidores, ya que la acción hipotecaria se fundamentaría en el artículo 693.2 LEC y no en dicha cláusula. La normativa nacional no vulneraría el principio de efectividad porque la primera demanda basada en la cláusula nula fue desestimada y porque las consecuencias económicas derivadas de la presentación de la segunda demanda, basada en el artículo 693.2 LEC (sustituyendo su redacción la cláusula nula conforme al Derecho de la Unión tal y como se describe en la STJUE de 26 de marzo de 2019), se derivarían no de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual de una obligación esencial en el marco del contrato. En materia procesal, los Estados gozan de autonomía, siempre que respeten los principios de equivalencia y efectividad, es decir siempre que las normas de un procedimiento no sean menos favorables para el consumidor que las que rigen situaciones similares de carácter interno y siempre que dichas normas no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión.

VIII. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENO) 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE DE 2019

Como consecuencia de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres AATJUE de 3 de julio de 2019 antes mencionados, el Tribunal Supremo ha dictado sentencia en el asunto origen de la cuestión prejudicial resuelta por aquella, teniendo presente dichas resoluciones del Tribunal de Justicia así como su propia jurisprudencia sentada en las SSTS 705/2015 de 23 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero, antes analizadas.

El Alto Tribunal debe plantearse en primer término si declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir o no. Para tomar tal decisión sobre la subsistencia del contrato, el apartado 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 establece que deberá adoptarse un *enfoque objetivo*, remitiendo expresamente al apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10¹¹, según el cual el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 y los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de determinar si un contrato puede subsistir sin las cláusulas declaradas abusivas, *de manera que la posición (y actitud) subjetiva de una de las partes en el contrato (el consumidor) hacia el contrato residual no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato. Pues una actividad comercial solo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica de los agentes económicos lo que incluye la protección de la confianza en la continuidad de las relaciones contractuales*. De manera que una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual podría quebrantar tal confianza a largo plazo y reducir la disposición de los profesionales a contratar con los consumidores. Será pues decisivo para decidir la subsistencia del contrato la *posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato*. Tal aplicación no sería posible si como consecuencia de la nulidad de la cláusula abusiva hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Si el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o naturaleza del contrato ya no serían las mismas, puede determinarse excepcionalmente la nulidad total del contrato.

El Tribunal Supremo, en SSTS (Pleno) 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero, ha declarado que en el Derecho español «aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria», pues como estableció la STS 1331/2007, de 10 de diciembre, «el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta, así en el concurso de acreedores, como crédito privilegiado, con privilegio especial». También el Tribunal de Justicia en los apartados 59 y 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los apartados 49 y 50 de los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16 y C-167/16), considera el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato y lo mismo hace la Directiva 2014/17/UE de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

Partiendo de estas premisas el Alto Tribunal señala *que si bien la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no implica la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario (o sea la desaparición de la garantía real), sí que tiene como resultado la desnaturalización de la garantía ya que se restringe la facultad esencial del acreedor hipotecario de promover la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con ello el crédito asegurado (art. 1858 CC)*. Precisamente, en el préstamo hipotecario la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas, son interdependientes y no pueden fragmentarse: *el consumidor pretende obtener el préstamo en condiciones económicas más ventajosas y el prestamista crear un derecho real con función de garantía*, que es accesorio y exige la previa existencia y licitud del crédito para la validez del contrato de garantía, siguiendo la hipoteca la suerte de dicho crédito. Por eso el artículo 12 de la Ley Hipotecaria exige hacer constar en la inscripción del derecho real de hipoteca las obligaciones garantizadas. La propia Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 indicaba que *el valor de la finca hipotecada (su valor en cambio) es la causa por la que entra en la obligación el que presta con hipoteca, resaltando así que el fin de la constitución de la hipoteca es conseguir la seguridad en el pago de lo prestado (a cambio de lo cual el prestatario recibe el préstamo en condiciones más ventajosas que si la garantía real no existiese)*.

Partiendo de estas premisas, si la causa de la celebración del contrato de préstamo hipotecario fue para ambas partes obtener un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco), *la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia, por lo que procedería la nulidad del contrato* (al devenir inexistente la causa, *arg. ex art. 1275* en relación con el art. 1274 CC), ya que el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de las partes. *Sin dicha cláusula el contrato residual sería un contrato cuya naturaleza jurídica o finalidad ya no sería la misma*.

En tal caso, para evitar al consumidor que la nulidad del contrato le exponga a consecuencias procesales especialmente perjudiciales (obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, con pérdida de las ventajas previstas para la ejecución hipotecaria, dado el riesgo de que dicho saldo sea reclamado mediante una acción de resolución del artículo 1124 del Código civil que, estimada con arreglo a la STS (Pleno) 432/2018, de 11 de julio, conduzca a una ejecución ordinaria), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC, pero no en su literalidad sino conforme a la interpretación que del mismo se hizo en las SSTS 705/2015, de 21 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero. De

tal manera que siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC (en redacción dada por Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo hipotecario y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia. *Dentro de dicha interpretación ca-suística un elemento orientativo de primer orden es comprobar si se cumplen o no los requisitos del artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario [en adelante Ley 5/2019], puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017, permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad, lo cual también ha sido admitido por la STJUE de 26 de marzo de 2019, si bien refiriéndose al artículo 693.2 LEC en su redacción conforme a la Ley 1/2013. Además, conforme al ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), dada la autonomía procesal que tienen los Estados miembros, el que una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo, no menoscaba el principio de efectividad del Derecho de la Unión.*

Sentada esta doctrina y como en las SSTJUE de 7 de agosto de 2018 (asunto C-96/16 y C-94/17) y la STJUE de 14 de marzo de 2019 (asunto C-118/17), el Tribunal de Justicia recuerda que no puede excluirse que los órganos judiciales superiores de un Estado miembro al ejercer su funciones de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica estén facultados para elaborar, dentro del respeto a la Directiva 93/13, criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, el Tribunal Supremo procede en esta sentencia a fijar *unas pautas orientativas aplicables a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente o adjudicatario en la subasta*. Dichos criterios serían los siguientes:

a) Los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso en los que el vencimiento anticipado tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en aplicación de una cláusula nula, deberán sobreseerse.

b) Los procedimientos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo en aplicación de una cláusula nula, siempre que el incumplimiento del deudor no revista los requisitos de gravedad y proporcionalidad a que se refiere la STJUE de 14 de marzo de 2013, deben ser sobreseídos. *Si el incumplimiento del deudor revistiese la gravedad prevista en la Ley 5/2019 podrán continuar su tramitación (art. 24 LCCI en relación con art. 693.2 en su nueva redacción)*¹².

Es decir, si la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivale al menos al 3 por ciento de la cuantía del capital concedido (si la mora se ha producido dentro de la primera mitad de la duración del préstamo) o se han impagado doce mensualidades o un número de cuotas equivalente. O bien equivale al 7 por ciento de la cuantía del capital concedido (si la mora se ha producido dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo) o se han impagado 15 plazos mensuales o un número de cuotas equivalente.

c) En todo caso, si se dictase un auto de sobreseimiento según los parámetros indicados, tal auto *no surtiría efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en la cláusula contractual nula, sino en la aplicación*

de las disposiciones legales (vía integración del contrato en los términos antes expuestos). Esta solución no sería contraria al artículo 552.3 LEC puesto que se trataría de un segundo despacho de ejecución con fundamento en un *título distinto* (*el primero tuvo por fundamento el contrato y este segundo la ley*), y las consecuencias del mismo no se deberían a la cláusula nula sino al incumplimiento del deudor¹³.

d) La ley aplicable para integrar el contrato y evitar su nulidad total (contraria a los intereses del consumidor) y abrir el nuevo procedimiento ejecutivo sería no el artículo 693.2 LEC en redacción dada por la Ley 1/2013 e interpretado según la jurisprudencia del TS (STS de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016), sino el artículo 24 de la Ley 5/2019, de modo que dicho precepto sería aplicable retroactivamente a los contratos *anteriores a su entrada en vigor cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido en virtud de una cláusula nula con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*, es decir, con anterioridad al 16 de junio de 2019 y ello pese a que tal interpretación pueda originar alguna discordancia con la disposición transitoria 1.^a.4.^º de la Ley 5/2019 (que literalmente impide tal retroactividad)¹⁴. El Tribunal Supremo se basaría para sostener esta interpretación en que la nueva redacción del artículo 693.2 LEC dada por la Ley 5/2019 remite al artículo 24 de la misma, que es norma imperativa (pues no admite pacto en contra) y, aunque el Tribunal no lo indica expresamente, en que el Tribunal de Justicia permite integrar el contrato para evitar su nulidad *con la redacción que tenga el precepto legal en que se inspiró la cláusula nula que sea posterior a la celebración del contrato*. Y esta última redacción sería la dada por la Ley 5/2019, más protectora del consumidor que la intermedia resultante de la Ley 1/2013, que permitía el vencimiento anticipado por impago de tres mensualidades. De este modo el Tribunal Supremo quiere impedir que haya disparidades de criterio en los órganos inferiores a la hora de valorar un nuevo despacho de la ejecución (lo que quedaría al buen sentido del juzgador de instancia si se aplicase la regla del artículo 693.2 LEC en redacción dada por Ley 1/2013 e interpretado con arreglo a la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo y a la STJUE de 14 de marzo de 2013). Todo pasaría, pues, en última instancia por la interpretación del artículo 24 de la Ley 5/2019 que se convierte así en única norma reguladora del vencimiento anticipado para los contratos de préstamo inmobiliario con garantía hipotecaria a consumidores *anteriores y posteriores a la Ley 5/2019*¹⁵.

IX. CONCLUSIONES

I. Tanto el magistrado Orduña Moreno en los votos particulares a las SSTUE de 23 de diciembre de 2015 (Pleno) y 18 de febrero de 2016, como el Abogado General ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sus Conclusiones de 2 de febrero de 2016, al asunto C-421/14 y sus Conclusiones de 13 de septiembre de 2018, al asunto C-70/17 y C-179/17, consideraban procedente, como también lo entendió la STJUE de 26 de enero de 2017, deducir todas las consecuencias del control abstracto de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y determinar el cierre del procedimiento de ejecución hipotecaria al ser un acto procesal basado en la cláusula ineficaz.

II. En la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres AATJUE de 3 de julio de 2019, el TJUE matiza su posición anterior considerando que si la eliminación de la cláusula abusiva tuviera como consecuencia (según el Derecho interno) la nulidad total del contrato de préstamo hipotecario y ello perjudicase procesalmente

al consumidor, podría integrarse dicho contrato con la redacción posterior que tuviera la ley en que se basó la cláusula de vencimiento anticipado abusiva. Se trataría de una excepción a la regla de no integración *análoga* a la asumida en STJUE de 30 de abril de 2014.

III. El Tribunal Supremo en STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019 ha considerado que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado conlleva la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en su totalidad al afectar a la causa del mismo (que devendría inexistente), de modo que el contrato residual respondería a una naturaleza y finalidad diversa a la que pretendieron inicialmente las partes.

IV. Conlevando dicha nulidad efectos perjudiciales para el consumidor (al impedir tramitar el procedimiento de ejecución hipotecaria, que comporta beneficios de orden procesal y material para el consumidor), el contrato debería integrarse para permitir su subsistencia y la del título ejecutivo con la redacción que la Ley 5/2019 ha dado al artículo 693.2 LEC, que remite al artículo 24 de aquella ley.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 4 de junio de 2009
- STJUE de 15 de marzo de 2012
- STJUE de 14 de junio de 2012
- STJUE de 21 de febrero de 2013
- STJUE de 14 de marzo de 2013
- STJUE de 30 de mayo de 2013
- STJUE de 30 de abril de 2014
- STJUE de 21 de enero de 2015
- STJUE de 26 de enero de 2017
- STJUE de 7 de agosto de 2018
- STJUE de 20 de septiembre de 2018
- STJUE de 14 de marzo de 2019
- STJUE de 26 de marzo de 2019

- ATJUE de 11 de junio de 2015
- ATJUE de 17 de marzo de 2016
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-92/16
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-167/16
- ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16

- Conclusiones del Abogado General de 2 de febrero de 2016, al asunto C-421/14
- Conclusiones del Abogado General de 13 de septiembre de 2018, al asunto C-70/17 y C-179/17
- Conclusiones del Abogado General de 13 de septiembre de 2018, a los asuntos C-92/16, C-167/16
- Conclusiones del Abogado General de 13 de septiembre de 2018 al asunto C-486/16

- STS de 9 de marzo de 2001
- STS de 2 de enero de 2006

- STS de 10 de diciembre 2007
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 12 de diciembre de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS (Pleno) de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016
- STS (Pleno) de 11 de julio de 2018
- STS (Pleno) 46/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) 47/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) 48/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) 49/2019, de 23 de enero de 2019
- STS (Pleno) de 11 de septiembre de 2019
- ATS 8 de febrero de 2017
- Nota de la Sala de lo Civil del TS de 21 de enero de 2016
- 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 octubre de 2015
- AAP de Barcelona, Sección 16.^a, de 27 de noviembre de 2015
- AJPI núm. 2 de Santander, de 10 de septiembre de 2014
- AJPI núm. 1 de Barcelona, de 30 de marzo de 2017.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÉNECH, F. (2019) (1). ¿Ejecuciones hipotecarias por tres impagos? STJUE 26 de marzo de 2019, sobre el vencimiento anticipado. *Diario La Ley*, núm. 9395, 1-11 (formato PDF).
- (2019) (2). La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces. *Diario La Ley*, núm. 9498, 1-14 (formato PDF).
- ARIAS RODRÍGUEZ, J. M. (2019). Vencimiento anticipado: Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019. *Actualidad Civil*, núm. 5, mayo de 2019, 1-10 (formato PDF).
- CABANAS TREJO, R. (2019). La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley de Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto? *Diario La Ley*, núm. 9387, 1-8 (formato PDF).
- COUSO PASCUAL, J. R. (2019). Veredicto «final»: la posición del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado de las hipotecas. *El Notario del Siglo XXI*, núm. 87, septiembre-octubre, 37-46.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a (2019). La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica. *Diario La Ley*, núm. 9479, 1-22 (formato PDF).
- FERNÁNDEZ DE SENESPLEDA, I. (2019). Consecuencias del sobreseimiento de la ejecución hipotecaria. *Diario La Ley*, núm. 9493, 1-12 (formato PDF).
- FONT DE MORA RULLÁN, J *et alii*. (2018). Alternativas en orden a la ejecución de la garantía hipotecaria: problemas prácticos y dudas jurídicas. *Diario La Ley*, núm. 9217, 1-66 (formato PDF).

- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, M.ª J. (2019). La sentencia Abanca Corporación bancaria: una aproximación distinta del Tribunal de Justicia a la cláusula de vencimiento anticipado. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, 44-65. Disponible en <http://2019.vlex.com/#vid/sentencia-abanca-corporacion-bancaria-799315809>, 1-24 (formato PDF).
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2016). 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. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 755, 1677-1705.
- (2019). Breve exposición del *status quaestionis* de la cláusula de vencimiento anticipado, en espera de la sentencia del TJUE que resuelva la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 772, 1014-1040.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (2001). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo II. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.ª. Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1.ª del TS de 11 de septiembre de 2019. *Diario La Ley*, número 9479, 1-11 (formato PDF).

NOTAS

¹ Artículo 693.2 LEC en su redacción inicial y previa a la Ley 1/2013: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago *de alguno de los plazos diferentes* y este convenio constase inscrito en el Registro».

² *Vid.*, más extensamente, JIMÉNEZ PARÍS, 2016.

³ STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13). El Tribunal de Justicia de la UE resuelve aquí una cuestión prejudicial planteada por la Curia de Hungría el 15 de enero de 2013, acerca del carácter abusivo de una cláusula contractual relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera (francos suizos). Unos prestatarios habían concluido con Jelzálogbank un préstamo hipotecario denominado en divisas y garantizado mediante hipoteca. El préstamo concedido lo fue por un importe de 14.400.000 forintos húngaros (HUF), estableciendo la cláusula I/1 que la determinación de la cuantía del préstamo se realizaría al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera (franco suizo, CHF), ascendiendo así el préstamo a 94.240,84 francos suizos. Los prestatarios debían devolver dicha suma en 25 años mediante cuotas mensuales denominadas en francos suizos. De acuerdo con la cláusula III/2 del contrato, el prestatario *fijaría el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa extranjera. De manera que si el precio de venta del franco suizo ascendía, ascendía el importe de la cuota de amortización. Si el precio de venta bajaba, bajaba la cuota de amortización del préstamo*. Los prestatarios ejercieron una acción contra la entidad financiera alegando el carácter abusivo de dicha cláusula. En instancia y en apelación se estimó la demanda. El órgano de apelación consideró que Jelzálogbank hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución de la cotización corriente del franco suizo, considerando que al no realizar ninguna prestación de servicios financieros de compra o venta de divisas, no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo *distinto del utilizado en el momento de entrega* en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual. Dicho órgano concluyó igualmente que la cláusula III/2 *no era clara y comprensible porque no permitía conocer la justificación de la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución*. La entidad financiera recurrió en casación ante la Curia, que planteó las siguientes cuestiones prejudiciales al TJUE. Por un lado, si teniendo presente el artículo 4.2 de la Directiva que señala que «la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio o

retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible», si la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa de un préstamo denominado en moneda extranjera y que debe ser devuelto en moneda nacional, que no ha sido objeto de negociación individual, puede ser considerada como «definición del objeto principal del contrato» o, en su defecto, si la diferencia entre el tipo de cambio de compra y venta de la divisa constituye una retribución cuya adecuación al servicio prestado no puede ser analizada para apreciar su carácter abusivo según el citado artículo 4.2. Por otro lado, si hay que interpretar el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el tribunal nacional, con independencia de lo dispuesto en su derecho nacional, puede examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales a que se refiere dicho precepto, siempre que dichas cláusulas no estén redactadas de manera clara y comprensible, entendiendo por este último requisito no solo la claridad desde el punto de vista gramatical, sino también que deben ser claros y comprensibles los motivos económicos del empleo de la cláusula contractual y su relación con las demás cláusulas contractuales. Y, finalmente, si sobre la base del artículo 6.1 de la Directiva, la eliminación de una cláusula abusiva debe producirse sin integración del contrato, aunque el contrato no pueda subsistir sobre la base de las cláusulas restantes, teniendo o no relevancia la existencia de una norma supletoria nacional que, en caso de que se omita la cláusula inválida, regule, en su lugar, la cuestión jurídica de que se trate. En relación con la primera cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea indica que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en relación con su artículo 8, permite a los Estados miembros prever en la legislación de transposición de esta Directiva que la apreciación del carácter abusivo no abarque las estipulaciones esenciales del contrato, siempre que dichas cláusulas se hayan redactado de manera clara y comprensible. Ahora bien, al establecer el artículo 4.2 una excepción al control de fondo de las cláusulas abusivas, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Corresponde al tribunal remitente pronunciarse sobre la calificación de la cláusula III/2 en cuenta a si integra o no el objeto principal del contrato en función de las circunstancias propias del asunto de que conoce, pero el Tribunal de Justicia de la UE es competente para deducir del artículo 4.2 de la Directiva los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al apreciar una cláusula a la luz de dicha disposición. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 3.1 de la Directiva, las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de la Directiva. Sentado lo anterior, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de objeto principal del contrato deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. Las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de objeto principal del contrato. Corresponde al tribunal remitente, atendiendo a la naturaleza, sistema general y las estipulaciones del contrato de préstamo y su contexto jurídico y de hecho, apreciar si la cláusula que determina el tipo de cambio de las cuotas mensuales constituye un componente esencial de la prestación del deudor consistente en la devolución del importe que puso a su disposición el prestamista.

El artículo 4.2 excluye también del control de abusividad la adecuación entre el precio o retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. «Como ha observado el Abogado General en el punto 69 de sus conclusiones, la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control». Pero esa exclusión «no se puede aplicar a cláusulas que, como la cuestionada, se limitan a determinar el tipo de conversión de la divisa extranjera en la que está denominado el contrato de préstamo con vistas al cálculo de las cuotas de devolución, sin que no obstante, el prestamista realice ningún servicio de cambio con ocasión de ese cálculo, y que no establecen por tanto ninguna «“retribución”...». En relación con la segunda cuestión prejudicial, el TJUE indica que si atendiendo a la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, el tribunal remitente llegara a considerar que la cláusula III/2 forma parte del objeto principal del contrato, solo estaría excluida la apreciación de abusividad si la cláusula estuviera redactada de forma clara y comprensible. El artículo 209.4 del Código civil húngaro que pretendía transponer el artículo 4.2 de la

Directiva 93/13 no contenía esa exigencia de redacción clara y comprensible, pues solo indicaba que «las disposiciones relativas a las cláusulas contractuales abusivas no podrán aplicarse a las estipulaciones que definan la prestación principal ni a las que determinen el equilibrio entre prestación y contraprestación». Pero el Tribunal recuerda que «cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del 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 (véase, en particular, la sentencia OSA, C-351/12)», si bien tal interpretación no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho nacional. Si, teniendo en cuenta este principio de interpretación conforme así delimitado, la Curia llegara a considerar que la disposición nacional puede entenderse en el sentido de que exige una redacción clara y comprensible, se plantearía la cuestión del alcance de esta exigencia. La exigencia del artículo 4.2 de la Directiva tiene el mismo alcance que la formulada en el artículo 5 («En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible...»). «Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional ... Por tanto, la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y grammatical». Dicha exigencia de transparencia debe entenderse en forma extensiva dado que el consumidor se halla en una situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información. En relación con la cláusula III/2, cuyo efecto es elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo, de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato exponía de manera transparente el motivo y particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. El Tribunal remitente debe determinar si, a la vista de la publicidad e información ofrecidas por el prestamista, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podría no solo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución, y por tanto, el coste total de su préstamo. En relación con la tercera cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia de la UE indica que su jurisprudencia ha indicado que el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a una regla del Derecho nacional que permita al juez nacional, cuando este constata la nulidad de una cláusula abusiva, integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula, dado que de lo contrario se podría poner en peligro el objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de esos profesionales. «Sin embargo, de ello no se sigue que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que en una situación como la del asunto principal el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional. Por el contrario, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición de esa clase, que se presume no contiene cláusulas abusivas, según expresa el decimotercer considerando de la Directiva 93/13, está plenamente justificada por la finalidad de la Directiva 93/13, ya que consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la

cláusula III/2 y siga obligando a las partes. En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas ... En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, tal anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como estas en los contratos que ofrece. Por las anteriores consideraciones se ha de responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

⁴ Directiva 93/13. Artículo 6.1: «Los Estados miembro 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: «Los Estados miembro 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».

⁵ Artículo 83 TRLGDCU: Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. «Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

⁶ Sobre las Conclusiones del Abogado General de fecha 13 de septiembre de 2018, a los asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2019, 1031-1034.

⁷ El Tribunal Supremo ha admitido la aplicación del artículo 1124 del Código civil a los contratos de préstamo en sentencia del Pleno de la Sala 1.^a, de 11 de julio de 2018. Así considera que si el prestatario solo asume el compromiso de devolución de la cosa (señaladamente dinero) no es aplicable el artículo 1124 del Código civil. Pero que la situación es diferente cuando el prestatario asume junto con la devolución de la cosa, otros compromisos (*arg. ex art. 1274 en relación con el art. 1124 CC*). En particular, en el préstamo con interés cabría apreciar dos prestaciones recíprocas, pudiendo aplicarse el artículo 1124 del Código civil ya que este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni tampoco que sean exigibles simultáneamente. Al tratarse de una sentencia del Pleno se cierra la controversia sobre la aplicabilidad del artículo 1124 del Código civil al contrato de préstamo.

⁸ Esta expresión introducida en 1988 por la doctrina alemana, hace alusión al acto de tachar con un rotulador azul el elemento que se estima abusivo.

⁹ Artículo 693.1 LEC: «Lo dispuesto en este Capítulo 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».

¹⁰ Cf.: PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, 2001, 158.

¹¹ A dicha STJUE de 15 de marzo de 2012 también se remiten los tres AATJUE de 3 de julio de 2019.

¹² Artículo 693.2 LEC, en redacción dada por Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: «Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria». Este artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria regula el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios dentro de la Ley Hipotecaria (novedad importante, pues hasta la Ley 5/2019, la Ley Hipotecaria parecía contemplar un préstamo en el que el capital se devolvía al final del plazo, devengándose intereses anuales (*arg. ex arts. 114 LH y 693.1 LEC*). El precepto se ubica a continuación del artículo 129 LH que señala los procedimientos ejecutivos directos que caben contra los bienes hipotecados, el judicial del título IV, libro III de la LEC, con las especialidades contenidas en su capítulo V y la venta extrajudicial ante notario, siempre que se haya pactado en la escritura de constitución.

¹³ De acuerdo con el artículo 552.3 LEC: «*Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a este la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución*».

¹⁴ Disposición transitoria primera Ley 5/2019: 1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor. ... 4. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. *Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley*, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no.

¹⁵ Para los contratos de crédito inmobiliario celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley 5/2019, que estén incluidos dentro de su ámbito de aplicación, gocen o no de garantía real accesoria, el legislador sustituye el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado pactada y que no ha sido activada antes del 16 de junio de 2019 por el contenido fijado en el régimen legal semiimperativo, de manera que si el prestamista quiere dar por vencido el préstamo con posterioridad al 16 de junio de 2019 debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 24 de la Ley 5/2019 (que están incorporados por ley al contrato).