

COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA
DE LA UNIÓN EUROPEA (GRAN SALA), DE 26 DE MARZO
DE 2019, SOBRE LA ABUSIVIDAD DE DETERMINADAS
CLAUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO DE
PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (DE MODESTINO A BAUMAN,
O DEL “DERECHO SÓLIDO” AL “DERECHO LÍQUIDO”)

COMMENTARY ON THE JUDGMENT OF THE COURT
OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION MARCH 26, 2019,
REGARDING THE ABUSIVITY OF CERTAIN CLAUSES
OF ADVANCED EXPIRATION OF MORTGAGE LOANS (FROM
MODESTINO TO BAUMAN, OR FROM “SOLID LAW”
TO “LIQUID LAW”)

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Letrado adscrito de la DGRN

Catedrático de Derecho Civil (acreditado)

Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España

Recibido: 08.04.2019 / Aceptado: 24.05.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4976>

Resumen: El objeto del presente trabajo es analizar la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sobre la abusividad de ciertas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios.

Palabras clave: préstamo hipotecario, ejecución hipotecaria, cláusula de vencimiento anticipado.

Abstract: The aim of this paper is to analyze the judgment of the CJEU of 26 of March of 2019. In this case, the CJEU ruled about the abusivity of certain clauses of advanced expiration of mortgage loans.

Keywords: mortgage loan, foreclosure, clauses of advanced expiration of mortgage loans.

Sumario: I. Los precedentes judiciales sobre la cláusula de vencimiento anticipado. 1. Los precedentes judiciales anteriores a 2015. La validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. 2. El impacto de la jurisprudencia del TJUE tras la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz). 3. El cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016. 4. Consecuencias procesales de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. 5. La supresión de la facultad de moderación e integración judicial del contrato. Posibles excepciones y su aplica-

* Como verá el lector, hay en este artículo dos breves citas a Modestino y a Bauman. El subtítulo del artículo constituye un pequeño homenaje a ambos y una metáfora sobre el grado de incertidumbre y transitoriedad de las soluciones jurídicas que aqueja al Derecho actual.

ción en la jurisprudencia. 6. El criterio del Tribunal Supremo sobre la exclusión del sobreseimiento de la ejecución judicial directa de la finca hipotecada. 7. La polémica sobre la opción judicial entre la continuidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o su sobreseimiento. II. Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula de vencimiento anticipado planteadas por el Tribunal Supremo y por el juzgado de primera instancia nº 1 de Barcelona resueltas por la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019. 1. Litigios principales y cuestiones prejudiciales: 1.1. *Asunto C-70/17*. 1.2. *Asunto C-179/17*. 2.- Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, y las singulares características del recurso prejudicial conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 3. Una cuestión previa: ¿Es abusiva la cláusula de vencimiento anticipado “in casu”? Los criterios del TJUE y su aplicación por el Tribunal Supremo español. 4. Las dudas que suscita la materia. El carácter de “norma autorizatoria” del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus consecuencias: A) Carácter concurrente o alternativo de los requisitos de ponderación del TJUE. B) El criterio relativo a si la facultad de vencimiento anticipado constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia. C). La dispensa de control de abusividad de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o imperativas ¿se aplica también en el caso de las normas autorizatorias?. D) La doctrina del “control abstracto” de abusividad del TJUE y el nuevo artículo 28.1 de Directiva 2014/17/UE. 5. Las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de abusividad de cláusulas incluidas en contratos con consumidores. 6. La cuestión prejudicial relativa a la “blue pencil rule”. 7. La cuestión prejudicial relativa a la continuidad o no del procedimiento de ejecución hipotecaria fundado en la cláusula de vencimiento anticipado considerada abusiva. A) La jurisprudencia del TJUE sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva. B) “Reenvío de retorno” de la cuestión a los tribunales nacionales. C) Las cuestiones reenviadas a los tribunales españoles. 8. La posible subsistencia del contrato de préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado. 9. La exposición del deudor a consecuencias perjudiciales por deterioro de su posición procesal (en caso de resolución del préstamo hipotecario por la vía del artículo 1124 del Código civil): A) Interpretación literal versus interpretación finalista de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019. B) La pérdida de las ventajas procesales del deudor en caso de resolución del contrato de préstamo hipotecario en procedimiento declarativo y posterior ejecución de sentencia firme. C) La viabilidad jurídica del ejercicio de la acción resolutoria ex artículo 1124 del Código civil en el caso de los préstamos hipotecarios. Las objeciones del auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona. a) Ventajas del sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria: el aplazamiento temporal del lanzamiento; b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 1124 del Código civil en los contratos de préstamos. 9.4. La integración del contrato de préstamo por medio de la aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. 10. ¿Cuál es la solución final? 11. Reflexión final.

I. Evolución de la jurisprudencia del tribunal supremo español sobre la cláusula de vencimiento anticipado

1. Los precedentes judiciales anteriores a 2015. La validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios

1. Hay que comenzar recordando que en nuestro ordenamiento jurídico el artículo 1.129 del Código civil prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor “*pierde*” el derecho a utilizar el plazo; y el artículo 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

En base a tales disposiciones, la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo no ha negado, antes al contrario había venido afirmando de forma reiterada, la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio unilateral del prestamista en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (vid.

Sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009, entre otras¹).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, con base en el artículo 1.255 del Código civil, reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos "*cuando concurra justa causa -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*".

2. En la misma línea se había venido manifestando la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, incluso antes de la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en que se introdujo el antes citado art. 693.2). En este sentido cabe citar como ejemplo paradigmático la Resolución de 2 de julio de 1999² en la que recuerda y reitera su doctrina sobre el carácter inscribible (lo que implica el reconocimiento de su validez jurídica³) de las cláusulas de vencimiento anticipado por falta de pago de cualquier cantidad adeudada de entre las garantizadas por la hipoteca, y la no admisibilidad de tales pactos por razón de comportamientos ajenos al incumplimiento de la misma obligación garantizada. Recuerda a este respecto el Centro Directivo que el plazo de las obligaciones se presume establecido en beneficio de ambas partes, deudor y acreedor, salvo que otra cosa resulte del tenor de lo estipulado, por lo que resulta plenamente adecuado a los artículos 1255 y 1124 del Código civil el pacto de vencimiento anticipado por impago de alguna cuota de amortización de capital o de intereses.

3. Así lo entendió también el legislador de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que contempló expresamente estos convenios en el artículo 693, en los siguientes términos:

"1. Lo dispuesto en este capítulo [se refiere a "las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralizados"] será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si viciere alguno de ellos sin cumplir el deudor su obligación, y siempre que tal estipulación conste inscrita en el Registro....

2. 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".

4. Una vez aprobado este texto legal parecía cerrarse el paso a cualquier discusión al reconocerse legalmente la admisibilidad del pacto de vencimiento anticipado ("*en caso de falta de pago de alguno de los plazos*") y subordinarse su efectividad a su previa inscripción registral.

2. El impacto de la jurisprudencia del TJUE tras la sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz).

5. Desde los años sesenta el Tribunal de Justicia había conseguido que el Derecho comunitario europeo se aplicase en los distintos Estados miembros como si fuese Derecho nacional a través de los célebres principios del reconocimiento del efecto directo (Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend&Loos) y de primacía (Sentencia de 15 de julio de 1964, Flamingo Costa/ENEL). Pero el perfeccionamiento del Derecho europeo tenía que superar además, como señala Ordoñez Solís⁴, una prueba adicional derivada del carácter descentralizado de la aplicación del Derecho de la Unión, y para ello

¹ La única excepción a esta línea jurisprudencial fue la Sentencia de la Sala primera del Alto Tribunal de 27 de marzo de 1999, en base a una controvertida argumentación que, por la vía de la interpretación de los artículos 127 y 135 de la Ley Hipotecaria, llega a la conclusión de afirmar que tales pactos de vencimiento anticipado son verdaderas condiciones resolutorias y que constituyen estipulaciones contrarias a las leyes y, por tanto, nulas ex artículo 6 del Código civil. Esta sentencia recibió críticas doctrinales respecto a su afirmación indiscriminada de la nulidad de tales pactos, contraria a una abundante doctrina científica y jurisprudencia registral que limitaban dicha tacha de nulidad a algunos supuestos concretos de pactos de vencimiento anticipado tras su estudio casuístico (por atribuir facultades unilaterales de resolución del contrato al prestamista, por ir en contra de la libertad de circulación de los bienes inmuebles o de ciertas normas procesales imperativas, etc).

² Recaída en resolución de consulta formulada por la Asociación Hipotecaria Española formulada el 28 de junio de 1999.

³ Ex arts. 18 y 38 de la Ley Hipotecaria.

⁴ Vid. introducción del libro de A. MARTÍNEZ LAFUENTE "*Fuentes del ordenamiento jurídico europeo y recurso prejudicial*", Fundación Registral, 2016.

arbitra e impone dos nuevos límites a las normas de Derecho procesal interno a través de los principios de efectividad y de equivalencia, de profusa aplicación en muchas de las sentencias recaídas en interpretación de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, lo que ha provocado una auténtica revolución en nuestras normas procesales, no sólo en el ámbito del procedimiento de ejecución hipotecaria, sino también en otros como los procedimientos arbitrales, los monitorios o los declarativos.

6. Particular importancia tuvo en este ámbito la famosa sentencia de 14 de marzo de 2013 (As. Aziz), y la respuesta a la misma que dio el legislador español a través de la Ley 1/2013, 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, respuesta que a su vez fue posteriormente cuestionada desde el punto de vista de su conformidad con la Directiva 93/13 en las sentencias y autos recaídos en los asuntos Unicaja Banco y Caixabank, Ibercaja Banco, BBVA, Sánchez Morcillo y Banco Primus, cuestionando ya la asimetría procesal que suponía impedir a los deudores ejecutados el acceso a la apelación en los incidentes de oposición por abusividad, ya el sistema de cómputo de los plazos para la interposición del recurso extraordinario de oposición respecto de los procedimientos en tramitación al aprobarse la ley, ya el sistema del recálculo de los intereses de demora para los contratos anteriores en ejecución, etc.

7. En la citada sentencia de 14 de marzo de 2013 se realiza un análisis del artículo 3.1 de la Directiva, conforme al cual *“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”*. Ese concepto de *“desequilibrio importante en detrimento del consumidor”* en los derechos y obligaciones de las partes es un concepto jurídico indeterminado que sólo delimita de forma abstracta los elementos que permiten calificar como abusiva una cláusula contractual⁵. Y para tratar de precisar tal concepto, el Tribunal de Justicia en la citada sentencia⁶, haciéndose eco de las apreciaciones de las conclusiones de la Abogada General Sra. Kokott, precisa que *“para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”*.

8. Y en particular por lo que respecta a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en *“los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado”*, la citada sentencia⁷ precisa que corresponde al juez nacional comprobar especialmente en dicho análisis de una eventual abusividad contractual *“si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo”*.

En el mismo sentido se ha pronunciado la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (As. Banco Primus)⁸.

⁵ Véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02 (LA LEY 80404/2004), Rec. p. I-3403, apartado 19, y *Pannon GSM*, antes citada, apartado 37).

⁶ Apartado 68.

⁷ Apartado 73.

⁸ Vid. apartado 66.

3. El cambio de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016

9. Sobre la base de la reseñada jurisprudencia europea, y a fin de adaptarse a la misma, el Tribunal Supremo (Sala de lo civil) español cambia su anterior jurisprudencia y declara en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 que la cláusula de vencimiento anticipado por impago o incumplimiento de cualquier obligación del deudor inserta en un contrato de préstamo hipotecario “*no supera tales estándares [los fijados por la jurisprudencia comunitaria], pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno [se refiere a los artículos 1129 Cc y 693.2 de la LEC], ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación*” (aunque en este punto admite el Tribunal que con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual –art. 693.3, párrafo 2, LEC, en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio–). Concluyen las citadas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que resulta “*evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*”.

10. Una vez declarada la nulidad de la cláusula, y acudiendo a la función nomofiláctica de la jurisprudencia, añade el Tribunal una aclaración importante a efectos de precisar la compatibilidad de la revisión judicial sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y la regulación que respecto de tales cláusulas establece en la actualidad, tras la reforma de la Ley 1/2013, el mencionado artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y así afirma en su sentencia de 23 de diciembre de 2015 que: “*dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, cuando dice 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"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" –en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13– de una cláusula de un contrato celebrado entre un 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*”.

11. Por tanto, conforme a esta jurisprudencia, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores, los tribunales deberán verificar un doble control: por un lado, el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y por otro, deberán valorar además si en el caso concreto el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, justificación que debe ponderarse “*en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).*”

4. Consecuencias procesales de la declaración de nulidad por abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado

12. A partir de la mencionada declaración de nulidad de la cláusula debatida, el Tribunal Supremo trata de fijar sus consecuencias, debiendo resolver la ardua cuestión sobre si dicha nulidad debe o no provocar el sobreseimiento del procedimiento de ejecución directa *sobre* bienes hipotecado, en caso de

haberse iniciado, o la imposibilidad de acudir a tal vía ejecutiva, en caso de plantearse la cuestión antes de su inicio. Es éste un punto crítico de la sentencia de 23 de diciembre de 2015⁹ en la que se produce una importante discrepancia interna reflejada en un voto particular.

13. El *Tribunal* comienza su argumentación en esta materia afirmando que la tutela de los consumidores “aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”. Criterio finalista de interpretación que ciertamente no debe perderse de vista, y a partir del cual la Sala invocando la admisibilidad y licitud de la cláusula de vencimiento anticipado (en los términos señalados), y el principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, llega a la conclusión de que resulta inadecuado 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”.

14. Refuerza en este punto la Sala su argumentación acudiendo a la cita de las estadísticas oficiales, que revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; “lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas”.

15. Pero con ser importante lo anterior, no resulta suficiente para, una vez constatado el carácter abusivo de la cláusula, no extraer como consecuencia la inviabilidad de la vía ejecutiva directa para la realización forzosa del bien en base a las previsiones de la citada cláusula, pues la consecuencia que, con carácter general, se desprende de dicha abusividad es que la estipulación que incurre en tal vicio “no vinculará” al consumidor, según establece el artículo 6 de la Directiva 93/13. Pues bien, recuerda en este punto la Sala que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, “el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato”. Ahora bien, dicha posibilidad queda “limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización”. Se refiere con ello el Tribunal a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia contenida en la sentencia Kásler y Káslerné Rábai¹⁰, que admite dicha sustitución de la cláusula por una norma nacional bajo la triple condición de que el contrato no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, que la norma de Derecho nacional sustitutoria tenga carácter supletorio, y que en caso de anulación total del contrato el consumidor quede expuesto a la citada penalización.

16. Y es en este punto en el que el Tribunal Supremo, invocando su condición de tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE¹¹), establece el criterio de que tal penalización para el consumidor sería la consecuencia que se sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria “incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado”. Este criterio lo basa el Tribunal en la idea de que “no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor”.

⁹ En el mismo sentido vid. sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016.

¹⁰ Sentencia de 30 de abril de 2014 (C26/13).

¹¹ Conforme al cual “El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales”.

17. Las razones que da el Tribunal para abonar esta conclusión son las siguientes:

1º. En primer lugar, la posibilidad prevista en el artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. Además, tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Incluso prevé el mismo precepto que el deudor podrá liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor.

Se trata de *“un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario”*.

2º. La legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, y entre ellas:

- a) la prevista en el artículo 579 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa¹²;
- b) la contenida en el artículo 682-2-1ª de la Ley procesal civil, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Estos beneficios del deudor hipotecario se perderían en caso de que, cerrada la vía de la ejecución directa contra los bienes hipotecados, el acreedor tuviese que acudir al juicio declarativo para obtener la resolución del contrato por incumplimiento.

De lo anterior colige el Tribunal que *“no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor”*, en comparación con la alternativa del sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecario.

5. La supresión de la facultad de moderación e integración judicial del contrato. Posibles excepciones y su aplicación en la jurisprudencia

18. El artículo 83.2 y 3 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 atribuía explícitamente la facultad de moderación de las cláusulas abusivas al juez al decir que *“la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Cc y al principio de buena fe objetiva”*. Sin embargo, esta facultad de integración del contrato desapareció tras la Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (Asunto C-618/10, Banco Español de Crédito), al afirmar el Tribunal que dicha facultad de integración no es compatible con la Directiva, que expresamente establece que el contrato seguirá siendo obligatorio *“en los mismos términos”* si puede subsistir sin la cláusula abusiva. En consecuencia el Tribunal de Justicia declaró que *“los jueces nacionales están*

¹² En concreto se prevé en la letra a) del apartado 2 de dicho precepto que *“El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación”*.

obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado a para modificar el contenido de las misma"¹³.

19. Ello lo justifica el Tribunal afirmando que lo contrario *"pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13"*, pues *"la mencionada facultad [de moderación] contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores ... en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aún cuando llegare a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario"*.

20. Esta jurisprudencia del TJUE obligó a reformar el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, para eliminar la previsión de moderación judicial de la cláusula abusiva, reforma que ha tenido lugar a través del artículo único.27 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que ha dado la siguiente redacción al citado precepto: *"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."*

21. No obstante, es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido, en la Sentencia de 30 de abril de 2014, en el asunto Kásler y Káslerné Rábai, que el juez nacional pueda sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para éste una penalización.

22. Las conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar de 13 de septiembre de 2018 (As. C-70/17 y C-179/17) destacan, sin embargo, el dato de que dicha sentencia Kásler constituye una única excepción¹⁴ en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a la regla general de la supresión de la cláusula abusiva y su inaplicación sin moderación, reducción conservadora ni integración por norma supletoria alguna, y que la aplicación de dicha sentencia se subordina a la concurrencia del doble requisito señalado, y que puntualiza en los siguientes términos: *"deben cumplirse dos requisitos para que el juez nacional pueda suprimir la cláusula abusiva y sustituirla por una norma de Derecho nacional de carácter supletorio. Por una parte, tal sustitución ha de conseguir el resultado de «que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula [abusiva]» y «siga obligando a las partes», de forma que el juez nacional no se vea obligado a anular el contrato en su totalidad. Por otra parte, en el supuesto de que el juez estuviera obligado a anular el contrato en su totalidad, dicha sustitución ha de tener la consecuencia de evitar que el consumidor quede expuesto «a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse"*.

6. El criterio del Tribunal Supremo sobre la exclusión del sobreseimiento de la ejecución judicial directa de la finca hipotecada

23. Es sobre la base de esta previsión de la jurisprudencia del Tribunal europeo, contenida en la citada sentencia recaída en el asunto Kásler, que el Tribunal Supremo español en este trascendental tema ha adoptado una interpretación favorable al mantenimiento/sustitución de la cláusula de

¹³ Vid. sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito – As. 618/10) y de 21 de diciembre de 2016, As. Gutierrez Naranjo.

¹⁴ A la que habría de sumarse la posterior sentencia del Tribunal de Justicia (Sala segunda) de 20 de septiembre de 2018 (As. C-51/17, OTP Bank Nyr).

vencimiento anticipado integrándola con el requisito del incumplimiento de las tres mensualidades a que se refiere el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras su reforma por la Ley 1/2013, de forma que resuelve en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 en sentido contrario al sobreseimiento de la ejecución, con continuidad por tanto del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, frente a la tesis mantenida por otros tribunales inferiores que abogaban por el sobreseimiento con reenvío al procedimiento declarativo ordinario fundado en el artículo 1.124 del Código civil a efectos de declarar previamente la resolución del préstamo hipotecario.

24. Resulta muy interesante la polémica suscitada entre los magistrados autores de la sentencia y el magistrado autor del voto particular contrario¹⁵. Así se afirma en la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015 (al igual que la posterior de 18 de febrero de 2016) que:

“La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad. 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. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas”.

25. Las razones que parecen avalar esta tesis mayoritaria son varias, tanto desde el punto de vista del deudor, como desde el punto de vista del acreedor, a alguna de las cuales se refiere el propio Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 por el que formaliza una petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea precisamente sobre la conformidad con el Derecho comunitario (en particular con la Directiva 93/13) de su propia jurisprudencia en la materia¹⁶.

26. 1º. Desde el punto de vista del deudor:

- a) Con el eventual sobreseimiento y reenvío al procedimiento declarativo no sólo pierde el deudor las ventajas que para él representa el procedimiento de ejecución especial (liberación de la finca mediante el pago de las cantidades vencidas¹⁷, tipo de subasta mínimo del 75% del valor de tasación, condonación parcial de la deuda remanente, etc¹⁸), sino

¹⁵ El magistrado Javier Orduña Moreno.

¹⁶ Por referirse a la conformidad con el Derecho comunitario de una sentencia previa, se ha utilizado en alguna ocasión la expresión de “*cuestión postjudicial*” para aludir a esta petición de decisión prejudicial.

¹⁷ Vencidas conforme al cuadro de amortización del préstamo, no las no vencidas conforme a dicho cuadro.

¹⁸ El citado auto de 8 de febrero de 2017 se refiere a tales ventajas en los siguientes términos: “*Estas ventajas previstas para el deudor consumidor en el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, en los arts. 693 . 31 , 579.22 y 682.23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , son, resumidamente, las siguientes:*

- *El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha.*
- *Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.*
- *Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria.*
- *El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación”.*

En este marco jurídico en el 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, 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 sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C- 485/13 y C-487/13) y el auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15) , ello no tiene por qué ser necesariamente así.

que además por la pérdida de valor (eficacia asegurativa) de la hipoteca como derecho real de garantía sufrirá un encarecimiento del crédito y una mayor dificultad de acceso al mismo, como acertadamente, a mi juicio, señala la sentencia. La afirmación (en vía de hipótesis) del voto disidente sobre la posibilidad de trasladar tales ventajas del procedimiento especial al marco del proceso declarativo suscita importantes dudas, pues una vez declarado el vencimiento (resolución) la deuda en la correspondiente sentencia su ejecución deberá discurrir necesariamente por los cauces del procedimiento de ejecución ordinaria (ejecución de sentencias y títulos judiciales), cuya regulación es de orden público, dado que el título ejecutivo ya no será la escritura inscrita, sino la sentencia de condena al pago. Así, por ejemplo, la finca deberá ser objeto de tasación pericial para fijar el tipo de la subasta, sin posibilidad de aplicar el mínimo del 75% del fijado en la escritura de constitución, lo que en periodos de crisis económica y fuerte depreciación de los activos inmobiliarios (que por obvias razones coincide con los periodos de mayor aumento de los impagos y de las ejecuciones) puede traducirse en un serio perjuicio económico para el deudor al no garantizar límite mínimo alguno a dicha depreciación que se traslada íntegra al deudor;

- b) la apertura de un procedimiento declarativo para declarar vencido o resuelto el préstamo hipotecario por la vía del artículo 1.124 del Código civil (partiendo “*in casu*” de la realidad no controvertida del incumplimiento de un significativo número de cuotas periódicas) podría generar dos efectos perjudiciales adicionales para el deudor: una previsible condena en costas y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento;
- c) el deudor perderá, además, la posibilidad de acogerse a los programas previstos por los Códigos de Buenas prácticas (cfr. Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo), que incluyen la posibilidad de permanencia en la posesión de la finca a título de arrendatario, o la posibilidad de la exoneración del pasivo no satisfecho en caso de declaración de concurso;
- d) la alternativa de que la entidad de crédito espere hasta la consumación del completo plazo de amortización inicialmente previsto, antes de la reclamación judicial de la totalidad de lo adeudado, puede generar en el deudor una deuda por intereses de demora muy considerable.
- e) Las alternativas barajadas por el Tribunal Supremo para el caso de impago del préstamo hipotecario por parte del deudor como opciones del acreedor son dos: bien iniciar un juicio declarativo en el que puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, con restitución recíproca de las prestaciones, o el cumplimiento forzoso del contrato, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses (al amparo del art. 1124 Cc), o bien iniciar un proceso especial de ejecución hipotecaria, en el que puede perseguir y enajenar mediante subasta el bien hipotecado que sirve de garantía a la devolución del préstamo, si bien parece presuponer que esta segunda opción no es viable en caso de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, salvo que pueda mantenerse su jurisprudencia sobre la “*integración*” del contrato mediante la sustitución de la cláusula nula por una disposición del Derecho nacional como el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹⁹, que permite reclamar 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. Pero hay que tener en cuenta que incluso si no se admite dicha integración del contrato mediante la aplicación supletoria²⁰ del citado artículo 693, no por ello queda impedida la ejecución de la finca hipotecada por la vía del procedimiento especial de los artículos 681 y siguientes de la citada Ley procesal, si bien la cantidad

¹⁹ En su redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

²⁰ En rigor, a pesar de que el Tribunal Supremo habla reiteradamente en este contexto de “disposición supletoria”, el artículo 693.2 LEC no tiene dicho carácter, como con acierto, en mi opinión, sostiene en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018, el abogado general Sr. Szpunar.

vencida, líquida y exigible no será la correspondiente a la totalidad del préstamo correspondiente a las cuotas vencidas e impagadas y a las pendientes de vencer, sino exclusivamente a las primeras.

Esta posibilidad se desprende de los artículos 127 de la Ley Hipotecaria y apartado 1 del reiterado artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al cual el procedimiento especial de ejecución “*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*”. En tales casos se añade que “*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*”.

Aquí la diferencia sustancial con el caso de la ejecución por la totalidad del capital pendiente por vencimiento anticipado es que subsiste la hipoteca por la parte restante.

¿Cuál es el efecto de esto?

Evidentemente la disminución de las pujas y la retracción de los postores, lo que redunda en perjuicio del deudor. Téngase en cuenta que en el improbable caso de que exista un postor en la subasta en tales condiciones, aunque éste se subrogue en la carga real de la hipoteca por el capital pendiente, esta subrogación no produce efecto liberatorio sobre el deudor ejecutado, conforme a la doctrina legal que se desprende de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1990 y 20 de junio de 1997. Por tanto, el deudor seguirá estando sujeto a la deuda no obstante haberse transmitido la finca hipotecada, de cuyo disfrute (y propiedad) queda sin embargo privado.²¹

- f) Finalmente, en relación con la cuestión sobre si se producen efectos de aumento de los intereses del crédito hipotecario en la situación actual de incertidumbre jurídica, hipótesis afirmada en las citadas sentencias del Tribunal Supremo y negada en el voto particular comentado, afirmando que están en mínimos históricos, hay que recordar que el tipo de interés que se aplica a estos contratos tiene dos partes: una es el índice oficial de referencia (generalmente el Euríbor, que es el interés a que se prestan los bancos el dinero entre sí), y otra el diferencial que se añade. El primero depende de la política monetaria del Banco Central Europeo, que en la actualidad los ha bajado incluso por debajo del 0%. Este elemento se determina por tanto por razones económicas y monetarias globales, no vinculadas al mercado hipotecario. Por el contrario el diferencial es el elemento que depende específicamente del mercado hipotecario. Y en este elemento ha habido un importante incremento en términos porcentuales, pues se ha pasado de diferenciales inferiores al 1% a diferenciales del entorno al 2%, lo que supone más que duplicar (y en algunos casos más que triplicar) el coste de ese elemento. Baste para

²¹ Esta situación subsiste también tras la reforma del artículo 693 LEC por la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, de Contratos de crédito inmobiliario, de forma que finalmente en esta materia se aplican las siguientes reglas: a) en los préstamos de amortización podrá ejecutarse la finca en todo caso [es decir, tanto si se trata de préstamos sujetos a la Ley de contratos de créditos inmobiliarios como si no] si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago. 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. Es decir, no se produce el vencimiento anticipado de los plazos todavía no vencidos, pero ello no impide la ejecución que se despacha para satisfacer exclusivamente el importe de las cuotas vencidas e impagadas y las eventuales costas. Por tanto, en la ejecución la adjudicación de la finca se producirá con subsistencia de la hipoteca respecto de la parte del crédito no satisfecha (artículo 693.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En cuanto al vencimiento anticipado, hay que distinguir un doble régimen jurídico en función de que se trate de un préstamo que entre en el ámbito de la aplicación de la nueva Ley (cuyo prestatario, fiador o garante sea persona física y tenga por objeto un inmueble de uso residencial) o no. En el primer caso, se aplica el nuevo régimen imperativo que se contiene en el artículo 24 de la citada Ley. En el segundo caso (préstamo que no entra en el ámbito de aplicación de la nueva Ley), las partes pueden pactar libremente el régimen de vencimiento anticipado que quieran.

confirmar este extremo las advertencias de la Comisión europea en su Libro Blanco de 2007 sobre integración de los mercados hipotecarios advirtiendo de que la ineficacia de los procedimientos de ejecución hipotecaria encarece de actividad del prestamista y eleva los costes de refinanciación, encareciendo el crédito.

Por todo ello, no puede calificarse de irrazonable la conclusión del reiterado auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 relativa a que *“el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual no es más perjudicial para el consumidor que el juicio declarativo seguido de una ejecución ordinaria, porque en la regulación del proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor que no se prevén en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo”*.

27. 2º. Desde el punto de vista del acreedor:

- a) La alternativa de acudir al procedimiento declarativo o esperar al vencimiento final del plazo podría generar una onerosidad acaso excesiva e irrazonable, pudiendo incluso llegar a invocarse la jurisprudencia sobre la cláusula *“rebus sic stantibus”*²², a la vista del cambio sobrevenido por consecuencia de la reciente interpretación del TJUE en la materia (sentencia de 14 de marzo de 2013), que no era previsible teniendo en cuenta que la disposición interpretada es nada menos que una Directiva de 1993, norma cuyo sentido se fija 20 años después²³. En este sentido se ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE por un Juzgado del 1ª Instancia de Fuenlabrada, mediante de auto de 8 de febrero de 2016²⁴.
- b) El principio del equilibrio real del contrato. El TJUE ha declarado reiteradamente (vid. por todos el auto de 17 de marzo de 2016) que el artículo 6 de la Directiva es una disposición imperativa que *“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”*. Esto implica que la supresión de la facultad de moderación de la cláusula penal o de integración de la laguna contractual acudiendo al derecho supletorio encuentra el límite derivado de este principio del equilibrio real del contrato, de forma que cuando la supresión de la cláusula produzca un desequilibrio manifiesto y una onerosidad irrazonable, debería caber la integración en la medida necesaria para salvar el principio sustantivo del equilibrio real del contrato²⁵.

²² Vid. Vid las conclusiones de la Abogado General Sra. Verica Trstenjak de 30 de junio de 2009 en el Asunto C-101/08 y la jurisprudencia allí citada: *“71. Han sido reconocidos como principios generales del Derecho importantes principios del Estado de Derecho, como el de proporcionalidad, claridad jurídica (31) o el derecho a una tutela judicial efectiva. A esta categoría pertenecen también diversos principios generales de buena administración, como el principio de la protección de la confianza legítima, (33) el principio non bis in idem, (34) el derecho de defensa, (35) también en forma de oportunidad para manifestarse en medidas restrictivas, (36) el deber de motivación de actos jurídicos (37) o el principio de investigación de oficio. (38) Asimismo, entra en esa categoría el principio de “fuerza mayor”. (39) Pero también se pueden encontrar principios que no son extraños al Derecho de los contratos, como el principio general del Derecho pacta sunt servanda, (40) o el principio rebus sic stantibus. (41)”*

²³ No deja de generar incertidumbre el hecho de que los criterios de interpretación de la Directiva de 1993 se fijen 20 años después de su aprobación, como ha sucedido con la célebre sentencia Aziz al concretar los elementos que deben examinarse para ponderar el *“desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes”* o *“las exigencias de la buena fe”*, de que habla su art. 3. Reparemos en el interesante dato que resulta de los anexos del libro *“Diálogo entre los Tribunales españoles y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la tutela judicial del consumidor al amparo de la Directiva 93/13/CEE”*, de García-Valdecasas Dorrego, M.J (ed. Fundación Registral, 2018), del que resulta que de las 26 sentencias del TJUE resultado de cuestiones prejudiciales elevadas por órganos judiciales españoles sobre esta Directiva, 5 se dictaron durante los primeros 20 años de su vigencia antes de la sentencia Aziz, y nada menos que 20 en los 5 años posteriores a dicha sentencia.

²⁴ En concreto la petición de decisión prejudicial se formula en el citado auto de 8 de febrero de 2016 en los siguientes términos: *“(1) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional?. 2) Para el caso de imposibilidad de subsistencia de un contrato irrazonablemente oneroso para el profesional, ¿estaría facultado el juez nacional para salvar el contrato, en protección del consumidor, bien aplicando una disposición de Derecho supletorio o bien habría de integrar el contrato con una regla mínimamente tolerable para el profesional?”*.

²⁵ En las conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar de 13 de septiembre de 2018 (en los asuntos C-70/17 y C-179/17) apunta, no obstante, que el Tribunal de Justicia con dicha afirmación hace referencia a *“la razón de ser del artículo 6,*

- c) El principio de confianza legítima, principio acuñado por la propia jurisprudencia del TJUE (vid. sentencias de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 - Asunto Lemmerz-Werk -²⁶), que ha de ser aplicado cuando se produzca la convicción en el sujeto beneficiado basado en signos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes que induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de su actuación. Doctrina que cabría extrapolar teniendo en cuenta que las cláusulas ahora debatidas habían sido reiteradamente declaradas válidas por el Tribunal Supremo español (vid. sentencias de 2 de enero de 2006, 4 de junio de 2008, o 16 de diciembre de 2009, entre otras).
- d) El principio de seguridad jurídica de las actividades económicas. A este principio se refiere explícitamente y en relación con esta materia el TJUE en su Sentencia de 30 de mayo de 2013: *“Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia ha estimado que tanto el texto del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición”*²⁷.
- e) El principio de tutela judicial efectiva, que debe garantizar el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas, *“dentro de un plazo razonable”* (cfr. artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales). Contrástese este principio con el caso a que se refiere la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), en el que un procedimiento de ejecución concluido mediante adjudicación en subasta en marzo de 2011, dio lugar a tres incidentes sucesivos que paralizaron la entrega de la posesión del bien hasta abril de 2014, momento en el cual el deudor promueve un recurso extraordinario de oposición por el carácter abusivo de la cláusula de los intereses de demora, que dio lugar al planteamiento de dicha cuestión prejudicial que no fue resuelta hasta el 26 de enero de 2017.

28. Como *señala* el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017, pese a las ventajas que el proceso ejecutivo especial otorga al deudor, *“los bancos siguen acudiendo masivamente a él antes que optar por el proceso declarativo, porque es más rápido y les libera de tener que provisionar el crédito fallido durante un largo tiempo”*. Y añade que pese a ello *“los perjuicios que para los bancos supone acudir al declarativo no se traducen en ventajas de un valor equivalente para el consumidor que es deudor en ese caso concreto, y además encarece el crédito, con perjuicio para los consumidores en general”*.

29. Por todo ello, cabe *concluir* que la afirmación contenida en el Auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 en el sentido de que *“sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión [vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo] no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que ... interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado”*, es una afirmación que: a) no vincula a los jueces nacionales (pues se hace sin perjuicio de la comprobación del juez nacional, por tanto ésta debe prevalecer); b) carece de precedentes en la jurisprudencia del propio Tribunal (a diferencia del caso de los intereses de demora en que ese beneficio para el consumidor es incuestionable); c) se formula con carácter dubitativo (*“no parece que ...”*), lo que es lógico pues el TJUE no tiene un conocimiento directo y completo del Derecho nacional²⁸; y d) finalmente, esta afirmación ha sido suprimida de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, que antes

apartado 1, de la Directiva 93/13 sin pretender establecer un marco para su aplicación en casos concretos”, pero esta opinión aparece despojada de argumentos de apoyo.

²⁶ Principio que tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (asunto Lemmerz-Werk), constituye un principio general del Derecho Comunitario.

²⁷ Apartado 47. Asunto C-397/11, Erika Jörös. Vid. en el mismo sentido la sentencia de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, Pereničová-Perenič.

²⁸ Vid. igualmente en sentido no concluyente la STJUE de 21 de enero de 2015. De hecho la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 abandona dicha afirmación y, como veremos, remite a la apreciación de los tribunales remitentes la determinación de cual es la vía procesal más favorable para el deudor.

al contrario afirma que el “*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 de los contratos en cuestión*”, en los términos que después veremos.²⁹

7. La polémica sobre la opción judicial entre la continuidad del procedimiento de ejecución hipotecaria o su sobreseimiento.

30. Esta decisión del Tribunal Supremo sobre la continuidad y no sobreseimiento del procedimiento *especial* de ejecución hipotecaria a pesar de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, no compartida por otras instancias judiciales, provocó el planteamiento ante el TJUE de diversas cuestiones prejudiciales por parte de distintos juzgados españoles³⁰, cuestionando la compatibilidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 con la Directiva 93/13, de 5 de marzo de 1993, de protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas, lo que a su vez dio lugar a que el propio Tribunal Supremo plantease su propia cuestión prejudicial sobre la misma materia mediante auto de 8 de febrero de 2017, lo que finalmente ha provocado que la mayoría de los Juzgados españoles hayan suspendido la tramitación de los procedimientos de ejecución hipotecarios hasta la resolución de la citada cuestión prejudicial (lo que se estima que afecta a miles de procedimientos³¹), generando así una situación inédita en España. Algunos autores hablan directamente de caos judicial para describir la situación que se ha generado como consecuencia de la enorme proliferación de procedimientos judiciales en esta materia y la dispersión de criterios aplicados para su resolución³².

31. Es cierto que esta compleja y conflictiva situación ha sido objeto de atención específica por *parte* del legislador español en la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, no sólo en relación con los préstamos hipotecarios que se formalicen tras su entrada en vigor (vid. art. 24 y disposición final primera, que introduce un nuevo art. 129 bis en la Ley Hipotecaria en esta materia), sino también en relación con los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad a su entrada en vigor, al haber previsto en su citada disposición transitoria primera, apartado 4, que “*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, quedará fuera de dicho alcance retroactivo (impropio o de grado medio)³³ “*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*”. Por tanto, estos últimos contratos y procedimientos de ejecución quedan plenamente afectados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE ahora examinada.

²⁹ Vid. apartado 63.

³⁰ En concreto se trata de las cuestiones C-92/16, planteada en febrero de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Fuenlabrada, y la C-167/16, planteada en marzo de 2016 por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Santander.

³¹ Las cifras citadas van desde los 17.000 a los 80.000 procedimientos.

³² Este es el caso de C. SENÉS MONTILLA, en su trabajo “La adaptación a la normativa europea del vencimiento anticipado” (publicado en JIMÉNEZ CONDE (Dir), FUENTES SORIANO/GONZÁLEZ CANO (Coords.), *Adaptación del Derecho Procesal español a la normativa europea y a su interpretación por los tribunales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018), en el que afirma que “*A partir de esta Sentencia de la Sala Primera se ha producido un caos en el ámbito judicial español: (i) hay tribunales que siguen “a pies juntillas” la doctrina del Tribunal Supremo, y ante la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado confieren traslado a las entidades de crédito (ejecutantes) para que efectúen una nueva liquidación de la deuda y, tras ella, ordenan la continuación de la ejecución; (ii) otros tribunales, en cambio, valoran las consideraciones del Tribunal Supremo como lo que verdaderamente son, obiter dicta, no vinculantes y, en consecuencia, tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado sobresean los procedimientos ejecutivos; y (iii) hay tribunales que consideran que la doctrina del Tribunal Supremo sobre el vencimiento anticipado es inconciliable con la Directiva, y al igual que sucediera en su día con la cláusula suelo han promovido cuestión prejudicial sobre dicha doctrina ante el Tribunal de Justicia (Asunto C-70/17, Abanca Corporación Bancaria, S.A./García Salamanca Santos)*”.

³³ Retroactividad que cabe calificar en este caso de grado medio o impropia en la medida en que se prevé la aplicación de la nueva Ley a situaciones jurídicas que aún no se han agotado en sus efectos, aunque se hubiesen iniciado con la vigencia de la ley ya derogada.

32. La situación de *desconcierto* aumentó todavía más por cuanto poco tiempo después de formular el Tribunal Supremo su cuestión prejudicial en esta materia de los vencimientos anticipados, un tribunal de instancia³⁴ mediante auto de 30 de marzo de 2017, en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, decidió plantear al Tribunal de Justicia nuevas cuestiones prejudiciales que en esencia vienen a cuestionar la interpretación que del marco normativo nacional español había hecho el propio Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, ofreciendo una descripción de nuestro ordenamiento jurídico en la materia divergente a la del Alto Tribunal, ocasionando así una situación insólita que pone de manifiesto alguna de las debilidades del sistema diseñado por el Tratado de Funcionamiento de la UE en cuanto al mecanismo de cooperación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia a través del recurso prejudicial, tema sobre el que después volveré.

II. Las cuestiones prejudiciales sobre la cláusula de vencimiento anticipado planteadas por el tribunal supremo y por el juzgado de primera instancia nº1 de barcelona resueltas por la sentencia del tjue de 26 de marzo de 2019

1. Litigios principales y cuestiones prejudiciales

A) Asunto C-70/17. Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo

33. En un contrato de préstamo hipotecario suscrito el día 30 de mayo de 2008 se incluía una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por falta de pago respecto de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización³⁵, respecto de la cual el prestatario presentó demanda ante el juzgado de primera instancia competente en la que solicitaba su anulación por considerarla abusiva. El juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula mediante sentencia que fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia provincial de Pontevedra en su sentencia de 14 de mayo de 2014. Frente a dicha sentencia la entidad acreedora (Abanca Corporación Bancaria) recurrió en casación ante el Tribunal Supremo planteándose como cuestiones controvertidas si la citada cláusula contractual es abusiva y cual haya de ser el alcance de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad.

34. Durante la deliberación, votación y fallo del recurso de casación, el Tribunal Supremo consideró procedente el planteamiento de una doble petición de decisión prejudicial ante el TJUE, que formuló en los siguientes términos:

- “1) *¿Debe interpretarse el artículo 6.1 de la Directiva 93/13[...] en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad [de declarar el vencimiento anticipado del préstamo]?*
- 2) *¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13[...], para —una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito*

³⁴ El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona.

³⁵ La cláusula en concreto era del siguiente tenor literal:

“6 bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito.

La Caja, 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, demoras, 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]. [...]”

con garantía hipotecaria— poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor; resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?”

2. Asunto C-179/17. Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona

35. En un contrato de préstamo hipotecario suscrito el día 22 de junio de 2005 se incluía una cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario por falta de pago respecto de “*uno, varios o todos los plazos*” de amortización pactados³⁶. Tras el impago de 36 cuotas por parte de los deudores la entidad acreedora (Bankia) presentó ante el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona demanda de ejecución hipotecaria del bien sobre el que se constituyó la hipoteca en garantía del préstamo concedido. El citado juzgado alberga dudas en cuanto a la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, antes reseñadas, con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, por lo que mediante auto de fecha 30 de marzo de 2017 decidió suspender el procedimiento de ejecución y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- “1) *¿Se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016) según la cual, a pesar de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y a pesar de tratarse de la cláusula que fundamenta la demanda ejecutiva, no debe archivarse la ejecución hipotecaria porque su continuación es más beneficiosa para el consumidor; dado que en una eventual ejecución de una sentencia dictada en un procedimiento declarativo basado en el artículo 1124 del Código Civil el consumidor no podría beneficiarse de los privilegios procesales propios de la ejecución hipotecaria, pero sin tener en cuenta dicha doctrina jurisprudencial que, según una jurisprudencia continuada y consolidada del propio Tribunal Supremo, este artículo 1124 del Código Civil (previsto para los contratos que generan obligaciones recíprocas) 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 resulta más beneficiosa?*
- 2) *Para el caso de admitirse la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo o en todos los casos de contratos de crédito, ¿se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial como la indicada que no tiene en cuenta, para valorar si le resulta más beneficioso para el consumidor la continuación de la ejecución hipotecaria o más perjudicial la tramitación de un declarativo basado en el artículo 1124 del Código Civil, que en este procedimiento puede desestimarse la resolución del contrato y la petición indemnizatoria si el tribunal aplica 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”, teniendo en cuenta que precisamente en el contexto de préstamos y créditos hipotecarios para adquirir viviendas con duraciones prolongadas (20 o 30 años) es relativamente probable que los tribunales apliquen esta causa de desestimación, especialmente cuando el incumplimiento efectivo de la obligación de pago no haya sido muy grave?*
- 3) *Para el caso de aceptarse que es más beneficioso para el consumidor continuar la ejecución hipotecaria con los efectos del vencimiento anticipado, ¿se opone a los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial como la indicada que aplica supletoriamente una*

³⁶ El tenor literal de la cláusula era el siguiente:

No obstante el plazo estipulado de duración del presente contrato, la Caja acreedora podrá dar por vencido el préstamo, considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda en su totalidad [entre otros supuestos] *por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula [relativa a la amortización].»*

norma legal (artículo 693.2 LEC a pesar de que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, y que otorga efectos a dicho artículo 693.2 LEC a pesar de que no se da su presupuesto fundamental: la existencia en el contrato de un convenio válido y eficaz de vencimiento anticipado, que precisamente ha sido declarado abusivo, nulo e ineficaz?»

36. Para comprender mejor el sentido de las cuestiones prejudiciales planteadas conviene señalar cuáles son las discrepancias del órgano judicial remitente con la jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Por una parte, como resulta de los antecedentes de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, cuestiona que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea más ventajoso que la resolución judicial del contrato de préstamo hipotecario basada en el artículo 1124 del Código Civil y el inicio de un procedimiento de ejecución ordinaria. A este respecto, señala que en el procedimiento de ejecución ordinaria el consumidor podría, en la práctica, ganar tiempo y evitar momentáneamente que le lancen de su vivienda. Además, un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la redacción del artículo 1124 del Código Civil pone de manifiesto, según el órgano jurisdiccional remitente, que, en el caso de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda, es relativamente probable que la acción declarativa basada en el artículo 1124 del Código Civil sea desestimada porque este artículo no es aplicable a los contratos de préstamo.

37. Por otra parte, según el juzgado remitente, la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, en sustitución de la cláusula contractual declarada abusiva, resulta problemática por dos razones. En primer lugar, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁷, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional únicamente en “*los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización*”, estimando que en este caso no se produce dicha nulidad total del contrato. En segundo lugar, el juzgado remitente señala que, suponiendo que pueda recurrirse en abstracto a la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la citada Ley³⁸, la existencia de un convenio entre las partes es un requisito fundamental impuesto por esta disposición para su aplicación, siendo así que aunque ciertamente existía tal convenio o estipulación en el contrato debatido, sin embargo precisamente dicho convenio ha sido declarado abusivo y nulo.

38. Estimando el órgano judicial remitente que todas estas cuestiones jurídicas pueden ser importantes en el contexto de la respuesta que deba darse a la petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en el asunto C70/17, el juzgado remitente estimó oportuno presentar ante el Tribunal de Justicia una nueva petición de decisión prejudicial para que pueda, en su caso, acumularse a la petición presentada anteriormente en el asunto C70/17, acumulación que acordó el citado Tribunal.

39. Antes de analizar la respuesta del Tribunal de Justicia sobre el fondo de las citadas cuestiones prejudiciales debemos abordar la cuestión relativa a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial presentada por el citado Juzgado de Primera Instancia de Barcelona nº 1.

2. Sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, y las singulares características del recurso prejudicial conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

40. Como hemos señalado “*supra*”, en el presente tema estamos ante una situación insólita en la que básicamente la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona³⁹ tiene como motivo fundamental tratar de completar la descripción del marco jurídico del

³⁷ En particular su sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank (C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13).

³⁸ En su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario.

³⁹ Mediante su auto de 30 de marzo de 2017.

Derecho nacional español en la materia tratada (las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios y los efectos de su anulación por abusividad en caso de ejecución de la garantía por incumplimiento de la obligación garantizada), en términos tales que pueden ser considerados como una “*enmienda*” o rectificación de la descripción de dicho marco jurídico hecha por el propio Tribunal Supremo en el auto⁴⁰ de planteamiento de su cuestión prejudicial sobre la misma materia (As. C-70/17), en el sentido de que no sólo viene a cuestionar la compatibilidad de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, sino que, además, cuestiona algunas de las consideraciones jurídicas de Derecho interno que se contienen en las citadas sentencias, citando en apoyo de su discrepancia como fuente de autoridad precisa y paradójicamente la jurisprudencia anterior del mismo Tribunal Supremo. Luego volveré sobre el punto esencial de dicha discrepancia (relacionada con la aplicación del artículo 1124 del Código civil español, y la facultad de resolución del contrato que brinda a cada una de las partes contratantes en caso de incumplimiento por la otra parte, a los préstamos hipotecarios).

41. Esta situación suscita una inevitable reflexión sobre las particulares características que presenta el procedimiento prejudicial del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Según el Reglamento del procedimiento (art. 94), el juez nacional que plantea la cuestión debe informar sobre el texto de las disposiciones nacionales que puedan ser aplicables al asunto y, en su caso, la jurisprudencia nacional pertinente, y la relación entre las mismas y el litigio principal.

42. Esto significa que el TJUE no aplica a los Derechos nacionales la máxima “*da mihi factum, dabo tibi ius*”, que refleja la clásica distinción romana entre las “*quaestio facti*” y las “*quaestio iuris*”. De forma que tanto en los pronunciamientos sobre “*interpretación conforme*” como en los relativos a declaraciones de incompatibilidad entre normas o jurisprudencia nacional y el Derecho comunitario, aquellas están sometidas al principio dispositivo, como elementos fácticos. Se equiparan pues al tratamiento que, en el ámbito de los litigios nacionales, tiene el Derecho extranjero. Pero con una diferencia fundamental, porque en los procedimientos prejudiciales no se discute sobre la correcta o incorrecta aplicación al caso de una norma nacional o extranjera, sino que se enjuicia la propia norma aplicada y su compatibilidad o no con el Derecho comunitario. La ley nacional actúa respecto del Derecho comunitario con la misma subordinación con que actúa un reglamento interno respecto de una ley interna, conforme a los principios del reconocimiento del efecto directo (vid. Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend&Loos) y de primacía (vid. Sentencia de 15 de julio de 1964, Flamingo Costa/ENEL).

De ahí la extraordinaria importancia de la correcta exposición y descripción de la legislación y jurisprudencia que definen el marco jurídico del Derecho nacional que ha de acompañar el órgano judicial remitente al TJUE junto con la petición de la decisión prejudicial.

43. En el caso que ahora analizamos al hecho insólito de que los dos órganos remitentes (Tribunal Supremo y Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona) describan no sólo de forma distinta, sino incluso contradictoria, algunos elementos de dicho marco jurídico nacional, se refiere el Abogado General Sr. M. Szpunar en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018 en términos que hieren el principio de jerarquía jurisdiccional. De hecho el Gobierno español, en sus observaciones escritas, rechazaba la admisibilidad de la cuestión prejudicial en el asunto C179/17 (la formulada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona), precisamente, entre otros motivos, porque el objeto del auto de remisión era el de completar/rectificar el marco jurídico expuesto por el Tribunal Supremo en el asunto C70/17 (el resultante del auto de 8 de febrero de 2017). A este respecto alega, en primer lugar, que el objeto de una cuestión prejudicial es la interpretación de normas del Derecho de la Unión, y que el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona cuestiona la valoración jurídica de las normas de Derecho nacional efectuada por el Tribunal Supremo, aun cuando éste es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, y está encargado de interpretar el Derecho nacional, de modo que, en virtud del artículo 123, apartado 1, de la Constitución española y del artículo 1, apartado 6, del Código Civil, su jurisprudencia complementa el ordenamiento jurídico español.

⁴⁰ Vid. auto de 8 de febrero de 2017.

44. No lo entiende así el Abogado General Sr. M. Szpunar en sus conclusiones. A pesar de que comienza reconociendo que el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, en su auto de remisión (asunto C179/17), presentó una interpretación del marco jurídico nacional controvertido distinta de la adoptada por el Tribunal Supremo en su propio auto de remisión (asunto C70/17), y que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que incumbe al tribunal remitente determinar la interpretación correcta del Derecho nacional en los asuntos de los que conoce, sin embargo, estima que *“la circunstancia de que los dos órganos jurisdiccionales hayan proporcionado una interpretación diferente del marco jurídico nacional controvertido no impide al Tribunal de Justicia ofrecer una interpretación útil del Derecho de la Unión. Además, estas interpretaciones divergentes del Derecho nacional no pueden poner en cuestión las características esenciales del sistema de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecido por el artículo 267 TFUE, tal como se derivan de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia”*. A lo que añade a continuación que *“esta cooperación se basa en la igualdad entre los tribunales de última instancia y los órganos jurisdiccionales de rango inferior. Así, con independencia de su interpretación del Derecho nacional, ante una divergencia en la interpretación del Derecho de la Unión, cada uno puede —o, en su caso, debe poder— plantear cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia”*⁴¹. Por ello, y considerando que todas las cuestiones planteadas guardan relación con la interpretación de los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, estima que la cuestión elevada por el citado Juzgado de Barcelona es admisible y debe resolverse.

45. Ciertamente, elemento esencial del proceso de cooperación entre los órganos judiciales nacionales y el Tribunal de Justicia es la figura del recurso prejudicial. Se produce así una interacción, un *“diálogo”*⁴², entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia que configura una nueva situación de pluralismo judicial cuyas reglas de desenvolvimiento en ocasiones genera perplejidades y dudas (ahí está por ejemplo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y el entrecruzamiento de pronunciamientos judiciales sobre el mismo procedentes ya de los Tribunales Constitucionales internos, ya del Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo, ya del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; o el hecho singular de que tribunales inferiores, como vemos, puedan acudir *“per saltum”* al TJUE para cuestionar la jurisprudencia de los tribunales superiores).

46. Estamos ante una manifestación más de la crisis del principio de jerarquía no ya normativa (a la que aludía Kelsen con su famosa imagen sobre la pirámide normativa) sino jurisdiccional. Se refiere a este fenómeno el profesor Armin Von Bogdandy, director del Instituto Max Planck de Derecho Internacional y de Derecho público comparado de la Universidad de Heidelberg en el libro *“Un Tribunal para la Constitución”*⁴³, al afirmar que los tribunales nacionales de los países europeos no viven ya en un universo normativo nacional, sino que son parte de un *“pluriverso”* donde se entrecruzan otros ordenamientos, y entre estos otros ordenamientos está el de la Unión Europea con su Tribunal de Luxemburgo.

47. En el presente caso, el Tribunal de Justicia en su sentencia de 26 de marzo de 2017 desestima la petición de inadmisión formulada por el Gobierno español, recordando su previa jurisprudencia sobre el objeto de las cuestiones prejudiciales, que ha de estar referida a la interpretación del Derecho de la Unión, y al carácter indeclinable de la jurisdicción del Tribunal de Justicia ante las cuestiones planteadas con tal objeto⁴⁴, de forma que está, en principio, obligado a pronunciarse, pudiendo abstenerse únicamente cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para responder adecuadamente a las cuestiones que se le hayan planteado, considerando que en el presente caso no concurre ninguna de dichas causas de excepción.

⁴¹ Vid. apartados 58 a 61 de las conclusiones.

⁴² Según expresión que ha hecho fortuna.

⁴³ Fundación Registral, 2017.

⁴⁴ Vid. sentencias de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros, C62/14, EU:C:2015:400, apartado 25, y de 20 de diciembre de 2017, Global Starnet, C322/16, apartado 17.

48. Por ello, el Tribunal admite ambas cuestiones prejudiciales, las acumula y procede a su análisis conjunto, considerando que fundamentalmente consisten en decidir si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, cuando una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, ésta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva; y por otra parte, de no ser así, si el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores⁴⁵.

3. Una cuestión previa: ¿Es abusiva la cláusula de vencimiento anticipado “*in casu*”? Los criterios del TJUE y su aplicación por el Tribunal Supremo español.

49. Ya vimos anteriormente el tenor literal de las dos cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en los dos contratos de préstamo hipotecario analizados en los dos litigios principales. En ambos casos coincidían en atribuir al acreedor la facultad de resolver anticipadamente el contrato y dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda por falta de pago de “*cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización*” (en un caso) o de “*uno, varios o todos*” los vencimientos periódicos (en el otro).

50. En ambos casos los órganos judiciales remitentes (Tribunal Supremo y Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona) consideraban nulas por abusivas dichas cláusulas. Dicha apreciación la hacen en función de las competencias (de ejercicio obligado) que corresponden a los órganos judiciales nacionales conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Como recuerda este último, una vez más, en su sentencia de 26 de marzo de 2019, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido⁴⁶. En ese contexto “*incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva*” (vid. las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, apartados 42 a 48, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, apartado 40).

51. Por tanto, la apreciación de la abusividad de una cláusula contractual no negociada individualmente en un contrato con consumidores, y su eventual declaración de nulidad respectiva, corresponde a los tribunales nacionales que entiendan del litigio principal, apreciación que deberán realizar aplicando “*in casu*” los criterios que en interpretación del artículo 3.1 y 5 de la citada Directiva 93/13 ha establecido la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia. ¿Realmente se han aplicado en este caso correctamente los criterios de dicho Tribunal?. Para despejar esta cuestión han de recordarse brevemente dichos criterios.

52. En el recurso prejudicial que dio lugar a la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 se pedía que el Tribunal precisase los elementos constitutivos del concepto de “*cláusula abusiva*”, elementos que, conforme al artículo 3.1 de la Directiva 93/13, son dos: el de “*desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes*”; y el de contradicción con las exigencias de la “*buena fe*”.

Como ya señalamos “*supra*”, el Tribunal destaca en dicha sentencia que “*para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido.*”

⁴⁵ Vid. apartado 48.

⁴⁶ Vid, en particular, la sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C484/08, apartado 27 y jurisprudencia citada.

Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas”.

53. Y en particular respecto de la concreta cláusula de vencimiento anticipado, el Tribunal precisa que para ponderar aquel desequilibrio el juez nacional debe tener en cuenta los *siguientes* extremos: 1º si esa facultad depende de que el consumidor haya incumplido una obligación esencial del contrato; 2º si está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo; 3º si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; y 4º si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado⁴⁷.

54. El Tribunal Supremo español, como se dijo “*supra*”, en sus Sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, en aplicación de tales criterios ha afirmado el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de una sólo cuota de amortización del préstamo, al considerar que se asocia dicha facultad resolutoria o de vencimiento anticipado a un incumplimiento que, si bien se refiere a una obligación esencial (pago de las cuotas periódicas de amortización e intereses), no reviste suficiente gravedad al preverse en la cláusula para los casos de impago de una sola cuota periódica.

4. Las dudas que suscita la materia. El carácter de “norma autorizatoria” del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sus consecuencias

A) Carácter concurrente o alternativo de los requisitos de ponderación del TJUE

55. Una de las primeras dudas que plantea este tema es la de si todas las circunstancias antes enumeradas (que ha de ponderar el juez nacional) deben entenderse en sentido concurrente o alternativo. Es decir, si faltando alguna de ellas ya no procede la calificación de abusiva de la cláusula. Más en concreto, surge la duda de si previendo el ordenamiento nacional remedios contra los efectos del vencimiento anticipado, como es la liberación de la finca conforme al apartado 3 del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el cual puede el deudor conseguir el sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria consignando exclusivamente la cantidad exacta que por principal e intereses estuviera vencida en la fecha de la demanda⁴⁸, puede seguir manteniéndose el carácter abusivo de la cláusula⁴⁹. Es ésta una facultad que se reconoce al deudor en el marco del procedimiento especial de ejecución hipotecaria y no en el procedimiento de ejecución ordinaria, y constituye precisamente uno de los motivos por los que el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, y en el propio auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017, considera que, a pesar

⁴⁷ Vid. en el mismo sentido la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421-14 (*Banco Primus*).

⁴⁸ Conforme al cual “*En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.*

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor”.

⁴⁹ Es más, en el Derecho español existe una posibilidad - inexistente en el Derecho comparado -, cual es la subrogación de otra entidad financiera en la posición del acreedor inicial sin necesidad de recabar el consentimiento de este último, en virtud de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogaciones y modificaciones de préstamos hipotecarios con la subsiguiente posibilidad de modificar o eliminar la cláusula abusiva del contrato mediante su novación parcial.

de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, puede resultar más favorable para el consumidor la opción de continuar la tramitación del procedimiento de ejecución hipotecaria que la de sobreseerlo.

56. Pero ahora citamos este artículo 693.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil desde otra perspectiva distinta, no la de los efectos jurídicos derivados de la declaración de abusividad, sino desde la óptica previa de la propia apreciación o calificación de la abusividad o no abusividad de la cláusula, en el sentido de que si, conforme a la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, uno de los criterios que debe ponderar el juez nacional para apreciar la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado es la circunstancia de “*si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado*”, y si dicho remedio (en forma de la liberación indicada) existe, quizás ello debería haber llevado a una conclusión distinta en cuanto a dicha apreciación.

57. Este criterio puede ser interpretado en un doble sentido: o bien considerando que no basta para excluir de la consideración de una cláusula de vencimiento anticipado como abusiva que la misma sólo vincule dicho vencimiento a un incumplimiento grave de una obligación esencial, sino que, además, el ordenamiento jurídico nacional debe prever medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor poner remedio a dicho vencimiento, o bien entender dicho criterio en el sentido de que si tales remedios existen, la cláusula no sería abusiva incluso aunque el incumplimiento que genere el efecto del vencimiento no sea grave (o no esté referido a una obligación esencial), puesto que dicho efecto puede ser evitado por el deudor acudiendo al remedio legalmente previsto. En cuanto a la primera opción interpretativa indicada lo cierto es que provoca la incongruencia de que la abusividad o no abusividad de la cláusula contractual no dependería autónomamente de su contenido (ni por tanto de la voluntad y conducta de los contratantes), sino que sería tributaria de un factor totalmente ajeno al poder de configuración contractual y a la voluntad de las partes, como es el contenido de la ley nacional. Aunque esto en sí mismo pueda resultar paradójico, sin embargo no resulta totalmente absurdo desde la lógica de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia, pues recordemos que con carácter general, para cualquier tipo de cláusulas en contratos con consumidores, uno de los criterios fundamentales para valorar la abusividad o no de una estipulación es el de comparar el contenido de dicha estipulación en cuanto a los derechos y obligaciones que atribuye a las partes con la situación resultante de la aplicación supletoria de una norma dispositiva del Derecho nacional, y si de dicha comparación resulta que la situación del consumidor es mejor, peor o igual en uno y otro caso (cuando el resultado de la aplicación de la cláusula empeora la situación del consumidor respecto de la situación resultante de la aplicación de la norma supletoria, desde esta perspectiva, la cláusula sería abusiva).

58. Por tanto, también conforme a este criterio la abusividad de una cláusula contractual no depende sólo de su contenido intrínseco, sino de su comparación con la norma supletoria. Aún así resulta forzado que una cláusula de vencimiento anticipado haya de ser calificada siempre y en todo caso como abusiva, con independencia de su contenido específico (es decir, incluso en caso de estar referida a incumplimientos graves de obligaciones esenciales), salvo que la legislación nacional prevea remedios eficaces a disposición del consumidor para evitar el vencimiento.

59. Todo ello debería quizás haber sido objeto de valoración por parte del Tribunal Supremo para seguir fielmente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues la lectura que hace nuestro Alto Tribunal de la sentencia de 14 de marzo de 2013 es parcial en el sentido de que toma en consideración exclusivamente dos de los cuatro criterios que señala esta sentencia (la esencialidad de la obligación y la gravedad del incumplimiento).

60. Por ello, en mi opinión, el Tribunal Supremo quizás debería haber accedido a la petición que en este punto hizo la entidad acreedora Abanca al solicitar, en el litigio principal de que trae causa la cuestión C-70/17, la inclusión en la petición de decisión prejudicial (además de la relativa a la “*blue pencil rule*”) de la siguiente cuestión: “b) Debe interpretarse el apartado 3.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que exige que el tribunal nacional, al enjuiciar la *abusividad de una cláusula de vencimien-*

*to anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, tenga en cuenta de forma conjunta los cuatro criterios de enjuiciamiento de este tipo de cláusulas de las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421-14, de manera que: a) el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo deba también valorarse atendiendo a las reglas del Derecho nacional que regulan el vencimiento o resolución anticipada en caso de incumplimiento de una obligación contractual; y b) deba atenderse a la posibilidad que el ordenamiento nacional concede al consumidor adherente de la cláusula de dejar sin efecto el vencimiento anticipado por impago abonando las cuotas vencidas e impagadas; o por el contrario, basta con que el tribunal nacional considere que la cláusula no supera el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo para que deba decretarse la abusividad de la cláusula sin que resulte necesario ponderar los restantes criterios indicados en las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C.415-11, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 ?”.*⁵⁰

B) El criterio relativo a si la facultad de vencimiento anticipado constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia

61. Como vimos más arriba éste es otro de los cuatro criterios que, conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, los jueces nacionales han de tomar en consideración para ponderar y decidir sobre la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado. Sin embargo, las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 no se refieren a este extremo en su fundamentación respecto de las cláusulas que analizaron en dichos pleitos.

62. El tema puede tener relevancia pues tales cláusulas, como las examinadas en los dos litigios principales a que se refieren las cuestiones prejudiciales de los asuntos C-70/17 y C-179/17, no pueden estimarse como supuestos de carácter excepcional en el tráfico jurídico, pues no sólo se trata de una estipulación expresamente prevista en la norma (cfr. art. 693.2 LEC), sino que su uso en la práctica contractual está generalizadísimo. Y ello hasta el extremo de que, como afirma el propio auto de 8 de febrero de 2017 del Tribunal Supremo de planteamiento de la cuestión prejudicial, en su interesante fundamento jurídico octavo (sobre “*contexto socioeconómico del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda en España*”), “*Los datos de la estadística judicial en España indican que entre los años 2009 y 2015, se iniciaron 587.995 procesos especiales de ejecución hipotecaria. No es aventurado afirmar que en prácticamente todos ellos, ante el incumplimiento del deudor, se hizo uso por el acreedor de la facultad de vencimiento anticipado*”.

63. Este aspecto de la cuestión es esencial y, en mi opinión, quizás podría existir aquí una laguna en las sentencias del Tribunal Supremo que han analizado este tema (sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016) al hacer aplicación de la jurisprudencia del TJUE. En los casos de los préstamos hipotecarios examinados en tales sentencias la redacción vigente del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, apartados 1 y 2, a la fecha de la firma del contrato era la originaria dada por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Conforme a este apartado 2 (concordante con el 1) “*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*”. En concordancia exacta con esta previsión legal, la mayor parte de los préstamos hipotecarios firmados en España durante la vigencia de dicha norma (hasta su reforma por Ley 1/2013) contienen una cláusula como la prevista en dicha disposición legal.

64. Todo lo cual supone que la cláusula de vencimiento anticipado aquí analizada no “*constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia*”.

⁵⁰ Si de este condicionante se puede prescindir, ¿también se puede prescindir de otros?. Por ejemplo, ¿cabe el vencimiento anticipado por un incumplimiento grave y reiterado de una obligación no esencial (distinta del pago del capital y los intereses, p.ej. impago de los recibos de contribución que generan una carga preferente a la hipoteca)?.

C) La dispensa de control de abusividad de las cláusulas que reflejen disposiciones legales o imperativas ¿se aplica también en el caso de las normas autorizatorias?

65. Conforme al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, “*Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva*”.

66. La jurisprudencia aquí analizada del Tribunal Supremo presupone, no obstante, que las cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios con consumidores pueden ser objeto de control de abusividad, por lo que parece entender no aplicable el citado precepto de la Directiva como elemento de delimitación negativa del ámbito material del contrato sobre el que se puede proyectar el citado control de abusividad. Ciertamente que el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es una norma imperativa. Tampoco merece el citado artículo 693.2 el calificativo de norma dispositiva, pues no se aplica en caso de falta de pacto, sino única y exclusivamente cuando hay un convenio entre las partes en tal sentido, por lo que tampoco puede acogerse a la citada exención del artículo 1.2 de la Directiva, que el preámbulo de la misma extiende también, más allá de las normas imperativas, a las “*normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo*”, es decir a las normas dispositivas.

67. Ahora bien, siendo correctas las premisas del razonamiento anterior (que implícitamente cabe advertir en las reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo), su conclusión no es, a mi juicio, acertada pues dichas premisas no son todas las que deben considerarse. En concreto, la dicotomía entre normas imperativas (en su doble versión de prohibitivas y prescriptivas) y normas dispositivas no agota todas las categorías en que pueden clasificarse las normas por razón de su eficacia. Junto a ellas hay que incluir las normas autorizatorias. Esta taxonomía normativa está recogida en el Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación española⁵¹, que en relación con la voz “*norma jurídica*” afirma que es “*un enunciado lingüístico de carácter preceptivo que obliga al destinatario de la misma a comportarse de una determinada forma. Las prescripciones o mandatos pueden ser de muy distinta naturaleza (una prohibición, una obligación o un permiso)*”.

68. Ya en el Derecho Romano Modestino⁵² clasificaba las normas jurídicas en imperativas, prohibitivas, permisivas (o autorizatorias) y punitivas. Más tarde Francisco Suarez⁵⁴ recondujo las permisivas dentro de las imperativas pues “*son sólo leyes en cuanto contienen dentro de ellas, ocultos, preceptos sin los que no podría entenderse el permiso*”, por lo que siempre suponen un imperativo (previo y posterior). Pone Suarez el ejemplo del privilegio del soldado de favorecerle la ignorancia de la ley, en el que más que permiso de desconocer la ley, existe la obligación del juez de tener en cuenta esta excepción. Un razonamiento semejante hace el profesor De Castro⁵⁵ en cuanto a la distinción entre normas imperativas y dispositivas o supletorias, que dejan juego a la autonomía de la voluntad. Estas últimas, en cuanto otorgan una facultad, un poder o un derecho subjetivo son también imperativas en cuanto que a todos impone el deber de respeto de esa voluntad, poder o facultad.

69. Para apreciar los elementos diferenciales de esta categoría de normas autorizatorias⁵⁶ respecto de las imperativas y las dispositivas, baste observar que en el caso de las normas imperativas no se admite el “*pactum contra legem*”, y se aplican en todo caso; en el caso de las dispositivas sí se admiten dichos

⁵¹ Thomson Reuters, 2016.

⁵² “*Legis virtus haec est: imperare, vetere, permittere, punire*”, D.1, 3, 7.

⁵³ Uno de los cinco jurisconsultos incluidos en la Ley de Citas de Teodosio II, junto con Papiniano, Gayo, Ulpiano y Paulo, “Jurado de difuntos” cuya opinión tenía reconocida una especial autoridad.

⁵⁴ “*Tractatus de legibus*”, I. 14.

⁵⁵ Vid. De Castro y Bravo, F. en “*Derecho civil de España*”, parte primera, Ed. Cívitas, 1984, pag. 55.

⁵⁶ Como subcategoría dentro de las normas imperativas en el sentido expresado por Suarez y De Castro.

pactos (en tanto no atenten contra otras normas imperativas, la moral ni el orden público⁵⁷), y sólo en caso de que no exista pacto se aplican supletoriamente. En el caso de las normas autorizatorias tampoco se admite el “*pactum contra legem*”, pero sí el “*pactum secundum legem*”, pues es la ley la que define directamente tanto la tipología del supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, delegando en la autonomía de la voluntad de las partes la decisión sobre si se aplica o no a un contrato o negocio jurídico concreto dicho pacto (con sujeción a la definición del supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica determinada por la norma). Y esto es exactamente lo que sucede en el caso de los pactos de vencimiento anticipado por “*falta de pago de alguno de los plazos*”⁵⁸ de los préstamos hipotecarios, pues el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es norma autorizatoria (como otras muchas: v.gr. artículo 1153 del Código civil sobre la facultad atribuida en el contrato al acreedor de exigir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena; el artículo 1169 del mismo Código sobre la posibilidad de compeler al acreedor a recibir parcialmente la prestación; el 105 de la Ley Hipotecaria sobre el pacto de limitación de responsabilidad, etc).

70. Observemos que el mismo preámbulo de la Directiva cuando explica el sentido del artículo 1.2 dice que “*se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores no contienen cláusulas abusivas*” (suposición muy lógica, pues en caso contrario sería el Estado autor de la norma y no el oferente o empresario el responsable del abuso⁵⁹; la Directiva combate el abuso contractual, no un supuesto abuso normativo por parte de los Estados miembros), razonamiento del que colige el propio preámbulo citado que “*por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias*” (equiparando después a las disposiciones imperativas las dispositivas, como ya se ha señalado). Es más, como señala la reciente sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018 (asunto OTP Bank Nyrt)⁶⁰, “*esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos*”. Es decir, se excluye la aplicación del control de abusividad porque se presume que el legislador nacional no sólo no dicta disposiciones que reflejen o determinen cláusulas abusivas, sino que se presume exactamente lo contrario, esto es, que establece un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes.

71. Pero es evidente que la razón que funda esta conclusión es igualmente aplicable a las normas autorizatorias (disposición legal que fija directamente el contenido de la correspondiente cláusula), pues la misma suposición de que las normas legales y reglamentarias de los Estados miembros no contienen cláusulas abusivas (ni las contienen ni las permiten) debe aplicarse al caso de las normas autorizatorias que prevén una determinada regulación contractual sometida al requisito de que las partes lo pacten. Serían algo así como una “*norma de adhesión*”: sólo se aplica cuando las partes lo pacten, pero sólo será válido el pacto cuando se ajuste al concreto contenido de la norma autorizatoria.

Si el pacto se adapta a la norma autorizatoria y las leyes nacionales “*se supone*”⁶¹ que no contienen cláusulas abusivas (suposición apodíctica y difícilmente cuestionable, pues lo contrario implicaría

⁵⁷ Cfr. art. 1255 del Código civil.

⁵⁸ Vid. art. 693.2 LEC en su redacción original de la Ley 1/2000, de 7 de enero, vigente hasta su reforma por la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

⁵⁹ Esta idea resulta también reflejada claramente en varios de los considerandos de la Directiva: “*Considerando que los dos programas comunitarios de política de protección e información de los consumidores (4) hicieron hincapié en la importancia de proteger a los consumidores contra las cláusulas contractuales abusivas; que esta protección deberían proporcionarla las disposiciones legales y reglamentarias armonizadas a nivel comunitario o adoptadas directamente a ese nivel; Considerando que con arreglo al principio establecido en ambos programas en el título «Protección de los intereses económicos de los consumidores», los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vendedor o del prestador de servicios, en especial contra los contratos de adhesión y la exclusión abusiva de derechos esenciales en los contratos*”.

⁶⁰ Vid. apartado 53.

⁶¹ Esta misma idea resulta de forma inequívoca de las versiones inglesa y francesa del preámbulo de la Directiva 93/13. Así en la versión inglesa leemos: “*Whereas the statutory or regulatory provisions of the Member States which directly or indirectly determine the terms of consumer contracts are presumed not to contain unfair terms; whereas, therefore, it does not appear to*

atribuir al legislador incuria o iniquidad en la elaboración de la norma), la conclusión lógica sería la aplicabilidad analógica (por identidad de razón⁶²) de la exención del artículo 1.2 de la Directiva también a tales pactos. Y quizás en ese sentido debería haberse interpretado la Sentencia Aziz cuando incluye entre los elementos que han de ponderarse en el juicio de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado el relativo a “*si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia*”, pues en este caso no sólo no constituye una excepción, sino que se trata de una estipulación tipificada y expresamente prevista y autorizada por una norma legal, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

72. Otra cosa distinta es la valoración social o de política legislativa que en cada momento pueda hacerse del acierto o desacierto de la norma y de la posibilidad de su modificación legal, con aplicación en tal caso de los criterios propios de la eficacia temporal de las normas sustantivas, que en vía de principios excluyen el efecto retroactivo de la generación de situaciones de cláusulas “*sobrevenidamente abusivas*” por cambio ulterior de la norma (vigente a la fecha de la firma del contrato) a cuyo amparo se introdujo la cláusula, lo que puede atentar contra el principio de seguridad jurídica (cfr. arts. 9.3 de la Constitución española y 2.3 del Código civil).

73. De hecho si se lee con atención el párrafo 69 de la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, en el caso del Banco Primus, se puede apreciar esta misma tesis, si bien el Tribunal de Justicia comete el error de referirse, como término de comparación para ponderar la abusividad, no a la redacción del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente al tiempo de la contratación, sino a la vigente al tiempo de la ejecución, redacción que lógicamente los contratantes no pudieron tener en cuenta al celebrar el contrato, dando lugar a lo que podríamos denominar un supuesto muy discutible de “*abusividad sobrevenida*”. Esta lógica exigencia de ponderar la abusividad de las cláusulas contractuales en función de las disposiciones legales y reglamentarias vigentes al tiempo de la celebración del contrato, y no en relación con las que puedan aprobarse y entrar en vigor en un momento posterior resulta también de la propia Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (As. Aziz) al declarar que conforme al artículo 4.1 del a Directiva 93/13, “*el carácter abusivo de la cláusulas contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración*”⁶³.

74. De forma no incidental, sino como cuestión principal se aborda esta misma cuestión en la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (As. Andiriciuc y otros)⁶⁴ ratificando la jurisprudencia citada en los siguientes términos: “*A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurren en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C348/14, apartado 48 y jurisprudencia citada)*”. Infiriendo como conclusión con valor de “*ratio decidendi*” que “*De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado en los puntos 78, 80 y 82 de sus*

be necessary to subject the terms which reflect mandatory statutory or regulatory provisions and the principles or provisions of international conventions to which the Member States or the Community are party; whereas in that respect the wording ‘mandatory statutory or regulatory provisions’ in Article 1 (2) also covers rules which, according to the law, shall apply between the contracting parties provided that no other arrangements have been established”. Igualmente en la versión francesa la idea se expresa con la misma claridad: “*Considérant que les dispositions législatives ou réglementaires des États membres qui fixent, directement ou indirectement, les clauses de contrats avec les consommateurs sont censées ne pas contenir de clauses abusives; que, par conséquent, il ne s’avère pas nécessaire de soumettre aux dispositions de la présente directive les clauses qui reflètent des dispositions législatives ou réglementaires impératives ainsi que des principes ou des dispositions de conventions internationales dont les États membres ou la Communauté sont partis; que, à cet égard, l’expression “dispositions législatives ou réglementaires impératives” figurant à l’article 1^{er} paragraphe 2 couvre également les règles qui, selon la loi, s’appliquent entre les parties contractantes lorsqu’aucun autre arrangement n’a été convenu*”.

⁶² Vid. art. 4.1 del Código civil.

⁶³ Apartado 71. Vid en el mismo sentido las sentencias antes Pannon GSM, apartado 39, y VB Pénzügyi Lízing, apartado 42.

⁶⁴ Apartados 53 y 54.

conclusiones, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato”. En cuanto a esas circunstancias que puedan influir en la ejecución futura del contrato, cuya previsión razonable cabe exigir en el momento de la celebración del contrato al predisponente, parece difícil incluir las modificaciones futuras de la ley que define el marco jurídico en que se ha de desenvolver la ejecución de un contrato de larga duración como suelen ser los préstamos hipotecarios⁶⁵.

75. Por consiguiente, para apreciar el carácter abusivo de la cláusula, el juez no debe situarse en el momento de la ejecución del contrato, sino en el momento de su celebración o firma.

76. Resulta interesante observar cómo la sentencia aquí comentada del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 parece haber advertido dicho error, y pone especial cuidado en señalar, por un lado, como elemento normativo de referencia al objeto de realizar el enjuiciamiento de abusividad la redacción vigente del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil a la fecha de la celebración de los contratos objeto de los litigios principales (suscritos en 2005 y 2008 respectivamente). Y, por otro lado, la misma sentencia pone un especial énfasis en destacar que las cláusulas de vencimiento anticipado enjuiciadas en los litigios principales están “*inspiradas en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario*” objeto de los litigios principales en los que se incluyeron (expresión - “*inspiradas en el artículo ...*” - que repite en al menos cuatro ocasiones distintas). La frase concreta en que se incluye dicha expresión es la siguiente: “*En el presente asunto, resulta de las apreciaciones de los órganos jurisdiccionales remitentes que las cláusulas controvertidas en los litigios principales, pese a estar inspiradas en el artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales en los que se incluyeron, deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad*”.^{66 67}

77. Obsérvese la expresión adversativa “*a pesar de*” que utiliza el Tribunal de Justicia, lo que denota que aprecia en dicha circunstancia de tratarse de un estipulación “*inspirada*”⁶⁸ en una norma legal del ordenamiento nacional un obstáculo para la valoración de tal estipulación como abusiva, apreciación que, no obstante, el Tribunal no censura directamente pues parte del reconocimiento de que la competencia para tal enjuiciamiento de abusividad es competencia de los tribunales nacionales. Aquí

⁶⁵ Vid. en el mismo sentido más recientemente la sentencia del TJUE (Sala segunda) de 20 de septiembre de 2018 (asunto C-51/17 - OTP Bank Nyrt contra Emil Kiss y otro): “*Solo puede examinarse y declararse el carácter abusivo de esta cláusula si, en el momento de la celebración del contrato, y teniendo en cuenta el texto del contrato y la información recibida de la entidad financiera, su contenido no era claro ni comprensible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso. Las cláusulas contractuales relativas al riesgo del tipo de cambio tendrán carácter abusivo y, por consiguiente, el contrato será total o parcialmente inválido cuando el consumidor, debido al carácter inadecuado de la información recibida de la entidad financiera o al retraso en recibir dicha información, pueda fundadamente pensar que el riesgo del tipo de cambio no es real o que recae sobre él de forma limitada*»” (apartado 27)

⁶⁶ Vid. apartado 51.

⁶⁷ Vid. versión inglesa del apartado 51: “*In the present case, it is apparent from the findings of the referring courts that the terms at issue in the main proceedings, although they were based on Article 693(2) of the LEC, in the version in force on the date when the mortgage loan contracts at issue in the main proceedings containing those terms were signed, must be regarded as unfair, inasmuch as they provide that the financial establishment may declare the early termination of the contract and require repayment of the loan where the debtor has missed a single monthly repayment*”.

⁶⁸ El término “*inspirado*” que aparece en la versión española de la sentencia quizás no es la más técnica posible, vistas las distintas acepciones de este vocablo en el diccionario de la RAE (“*2. Infundir o hacer nacer en el ánimo o la mente afectos, ideas, designios, etc.*”).

3. tr. Sugerir ideas o temas para la composición de una obra literaria o artística.

4. tr. Dar instrucciones a quienes dirigen o redactan publicaciones periódica”). Lo mismo sucede en el caso de la versión francesa. Más técnica y preciso parece el vocablo empleado en la versión inglesa: “*based*”.

el Tribunal de Justicia parecería trasladar un mensaje a los jueces nacionales sobre dicha particular circunstancia relativa a la cobertura, inspiración o amparo legal de la cláusula controvertida. Cuestión que ha de conectarse con la ya señalada sobre la posible inclusión en el ámbito del artículo 1.2 de la Directiva de las cláusulas contractuales amparadas expresamente en normas autorizatorias.

D) La doctrina del “control abstracto” de abusividad del TJUE y el nuevo artículo 28.1 de Directiva 2014/17/UE

78. Otra duda que plantea esta materia se refiere al alcance de la doctrina del TJUE sobre la interpretación de la abusividad de una cláusula en función de su redacción (control abstracto) y no en función de su efectiva aplicación práctica al caso concreto (vid. auto de 11 de junio de 2015 - BBVA - y sentencia de 26 de enero de 2017 - Banco Primus -), pues en todos los casos que han llegado al Tribunal de Luxemburgo la ejecución y la previa declaración de vencimiento anticipado tuvieron lugar no tras el impago de una sola cuota, sino después de constatar un incumplimiento de más de seis meses.

79. Es posible que esta doctrina deba revisarse a la vista de la nueva Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en la que en relación con la ejecución hipotecaria se establece que “*los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes antes de iniciar un procedimiento de ejecución*” (cfr. artículo 28.1), lo que pone de manifiesto la transcendencia que en relación con la protección de los consumidores tiene no sólo la redacción de los contratos, sino también la forma en que se aplican en la práctica. Es evidente que no hay “*tolerancia*” donde no hay derecho a promover la ejecución. La tolerancia comienza cuando, habiendo nacido dicho derecho, no se ejerce en la práctica durante un cierto tiempo, fomentando, en su caso, medidas alternativas a la ejecución, incluyendo medidas de refinanciación o reestructuración de la deuda (como de hecho ha sucedido en España en numerosos casos, según resulta de las estadísticas sobre el número de novaciones modificativas firmadas durante los años de la crisis)⁶⁹.

5. Las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de abusividad de cláusulas incluidas en contratos con consumidores

80. Con independencia de las dudas que puedan existir en la materia, lo cierto es que el Tribunal Supremo, con mayor o menor acierto, ha mantenido en sus reiteradas sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016 que las cláusulas de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios por impago de alguna cuota periódica (mensual) de amortización e intereses es nula por abusiva, en aplicación de los criterios del Tribunal de Justicia de la UE.

81. A partir de esa declaración el debate planteado tanto dentro de la propia Sala entre el criterio mayoritario de sus miembros y el autor de los respectivos votos particulares⁷⁰, como entre la Sala primera del Tribunal Supremo y otros juzgados de instancia que han remitido a su vez cuestiones prejudiciales sobre esta materia (entre estos el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona), se ha centrado en precisar las consecuencias materiales y procesales derivadas de dicha nulidad a la vista de los artículos 6 y 7⁷¹ de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en interpretación de los mismos. Conforme al apartado 1 del primero de dichos preceptos “*Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor; en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el*

⁶⁹ Según datos de la Asociación Hipotecaria Española en 2010 se formalizaron 371.691 novaciones, 279.556 en 2011, 267.733 en 2012, 217.349 en 2013, 172.959 en 2014, y 143.237 en 2015.

⁷⁰ El magistrado Francisco Javier Orduña Moreno.

⁷¹ Según el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13: “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

82. Con arreglo a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷² dicha norma comporta las siguientes consecuencias:

- a) la no aplicación de la cláusula abusiva al consumidor (con mantenimiento del contrato en lo demás si ello fuera posible sin la misma –artículo 6.1 Directiva 93/13-);
- b) la imposibilidad de moderación o integración judicial (sobre este punto la citada jurisprudencia obligó a cambiar el artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios española⁷³); y
- c) la inaplicación de la normativa nacional dispositiva en defecto de pacto (vid. sentencias del TJUE de 15 de junio de 2012, 21 de enero de 2015 y auto del TJUE de 11 de junio de 2015, entre otras), porque los efectos de la abusividad se imponen coactivamente al profesional como una sanción, con objeto de generar en el mismo un efecto disuasorio de la incorporación al contrato de condiciones generales abusivas; y
- d) según la sentencia del TJUE de 21 enero 2015 (asunto Unicaja Banco), la imposibilidad de sustituir la cláusula abusiva por una norma legal imperativa posterior que evite el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, pero que suprima también el “*efecto sancionador*” que para el empresario (banco) supone la supresión total de la cláusula abusiva (la norma legal imperativa sería por ello contraria al principio de efectividad de la Directiva). En congruencia con ello la referida sentencia del caso Unicaja declaró que la disposición transitoria 2ª de la Ley 1/2013 no podía impedir la declaración judicial de nulidad de la cláusula de intereses de demora, lo que arrastra las consecuencias indicadas.

83. Esta interpretación parece contradicha, al menos parcialmente, por la que resulta de la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2018 (asunto OTP Bank Nyrt vs Emil Kiss y otro), que interpreta el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el ámbito de aplicación de la Directiva no comprende (y por tanto no pueden ser objeto de control de abusividad) cláusulas que reflejan disposiciones de Derecho nacional imperativas, insertas con posterioridad a la celebración de un contrato de préstamos con un consumidor y que tiene por objeto suplir una cláusula de tal contrato viciada de nulidad imponiendo un tipo de cambio fijado por el Banco Nacional para el cálculo del saldo vivo del préstamo (en un préstamo denominado en divisas extranjeras)⁷⁴.

84. En el contexto de esta jurisprudencia, se plantean las cuestiones prejudiciales resueltas en la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), que el propio Tribunal agrupa en dos y sintetiza del modo siguiente: “*Mediante sus cuestiones prejudiciales en el asunto C70/17 y en el asunto C179/17, que procede analizar conjuntamente, los órganos jurisdiccionales remitentes solicitan que se dilucide, fundamentalmente, si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, cuando una cláusula de venci-*

⁷² Reseñada en la propia sentencia de 26 de marzo de 2019 (asuntos Abanca y Bankia).

⁷³ La redacción original del apartado segundo de este artículo establecía una facultad de moderación judicial en los siguientes términos: “2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva./A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario”. Tras la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, dicha facultad de moderación judicial se suprimió, quedando redactada dicha norma en los siguientes términos: “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”.

⁷⁴ Sin embargo, no aplica el mismo criterio (y por tanto puede ser objeto de control de abusividad) a una cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio, que lo imputa al consumidor en caso de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha contratado el préstamo. Vid también la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2019 (asuntos Zsuzsanna Dunnai y ERSTE Bank).

*miento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, esta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva y de que, por otra parte, de no ser así, el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula puede en cualquier caso seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores”*⁷⁵.

6. La cuestión prejudicial relativa a la “blue pencil rule”

85. La primera de las cuestiones planteadas, por tanto, interroga al Tribunal sobre si los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que cuando una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, ésta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva. Esta era la primera de las dos cuestiones formuladas por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, concretándola en el sentido de si previendo la cláusula el vencimiento por impago de una sola cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, puede el juez nacional apreciar la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantener la validez del pacto por impago de un número plural (“*varias*”) de cuotas previsto también con carácter general en la cláusula.

86. Invoca a tal efecto el auto del Tribunal Supremo (fundamento jurídico sexto) la doctrina acuñada por el Tribunal Supremo Federal alemán⁷⁶ de la “*Teilbarkeit der Klausel*” o “*blue pencil test*”, afirmando que “*la llamada blue pencil rule no tiene por qué oponerse al Derecho de la Unión, ya que no constituye un caso de integración del pacto nulo por ser abusivo, ni de reducción conservadora de su validez. La delimitación y expulsión del elemento abusivo, con mantenimiento del contenido válido de la cláusula, no supone una integración o sustitución judicial del contenido contractual, sino simplemente la concreción de qué elementos de un pacto son abusivos, y por tanto no pueden vincular al adherente consumidor, y qué otros pueden mantenerse por no ser abusivos y, en consecuencia, ser válidos, vinculantes y útiles para las partes, en el sentido del art. 6.1 de la Directiva (mayor beneficio para el consumidor particular y para los consumidores en general)*”. Aclara el Tribunal Supremo que a su criterio “*No se trata, por tanto, de un supuesto de integración de la cláusula, sino de ineficacia parcial, útil en caso de cláusulas nulas por abusivas, en las que, eliminando la parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula*”. Es decir, tras la segregación o escisión de la parte “*viciada*” de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia material se aplicaría, conforme a este criterio, a la cláusula de la manera en que resulte redactada una vez “*tachadas*” o suprimidas las partes ineficaces.

87. Esta primera cuestión es resuelta de forma bastante expeditiva y sumaria por el Tribunal de Justicia, que tras recordar su asentada jurisprudencia⁷⁷ conforme a la cual, una vez declarada la nulidad de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva se opone a una norma de Derecho nacional que permita al juez nacional “*integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula*”, pues si el juez nacional tuviera dicha facultad “*podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva*”, pues contribuiría a “*eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen*”⁷⁸, hace aplicación plana y escueta⁷⁹ de la misma concluyendo que “*En el presente asunto, la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas en los litigios principales equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando a su esencia. Por lo*

⁷⁵ Vid. apartado 48.

⁷⁶ Vid. entre otras, en la Sentencia de 10 de octubre de 2013 (BGH III ZR 325/12 - NJW 2014, 141), del Tribunal Supremo Federal alemán (BGH).

⁷⁷ Apartados 53 y 54.

⁷⁸ Vid. sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai).

⁷⁹ A diferencia del planteamiento analítico y detallado que hacía el Abogado general M. Szpunar en sus conclusiones de 13 de septiembre sobre esta cuestión.

tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio mencionado en el anterior apartado de esta sentencia”⁸⁰.

88. Por tanto, el Tribunal de Justicia desestima el planteamiento que hacía sobre este extremo el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017. No puede dejar de señalarse, en relación con la cuestión antes analizada sobre la exclusión del ámbito de la Directiva de las cláusulas que reflejen normas autorizatorias, lo chocante que resulta que el motivo último de esta interpretación del Tribunal de Luxemburgo se encuentre en la finalidad de disuadir de la incorporación al contrato de una cláusula expresamente prevista y autorizada por una ley nacional (art. 693.2 LEC), norma que en ningún momento se cuestiona en cuanto a su compatibilidad con el Derecho comunitario (paradójicamente sí la cláusula pactada a su amparo)⁸¹. Añádase a ello el razonamiento que apunta Guilarte Zapatero relativo a que “ningún sentido tiene persistir en el potencial efecto disuasorio derivado de la proscrita integración de la cláusula abusiva. Los prestamistas ya no van a poder tener “tentación” alguna de separarse de la regla imperativa: es la norma vulnerada y no el principio de efectividad la que expulsaría la cláusula del convenio” (refiriéndose a la nueva regulación de los vencimientos anticipados en el art. 24 de la Ley 5/2019, de 19 de marzo, y en la nueva redacción del art. 693.2 LEC, que pasa a tener el carácter de regulación imperativa)⁸².

7. La cuestión prejudicial relativa a la continuidad o no del procedimiento de ejecución hipotecaria fundado en la cláusula de vencimiento anticipado considerada abusiva

89. Sintetiza el Tribunal de Justicia esta cuestión del siguiente modo: ¿puede en cualquier caso el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de esta cláusula seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de Derecho nacional, en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores?.

Cuestión que el Tribunal resuelve afirmando que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 “no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales”, si bien remite a los propios órganos judiciales nacionales la determinación, dentro del marco del Derecho nacional, de la concurrencia o no de la doble condición señalada, esto es: 1º que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva; y 2º si la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. El Tribunal de Justicia evita de esta forma entrar en el debate sobre ambos aspectos subyacentes en las peticiones de decisión prejudicial elevadas por el Tribunal Supremo y por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona, cuestiones que el Tribunal de Luxemburgo considera que tienen carácter doméstico o nacional.

A) La jurisprudencia del TJUE sobre la subsistencia del contrato aquejado de una cláusula abusiva

90. Como se ha recordado anteriormente, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, dispone que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor; en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un

⁸⁰ A la misma conclusión llegaba en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018 el Abogado general Sr. M. Szpunar tras un amplio desarrollo argumental, en el que analiza en detalle la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal de Alemania sobre los requisitos de la aplicación de la “blue pencil rule” (si bien por momentos su lectura parece trasladar un entendimiento de las cosas conforme al cual el canon de conformidad con el Derecho comunitario estudiado es la propia jurisprudencia alemana, pues el análisis del Abogado general va dirigido a demostrar que en el caso de la cuestión prejudicial elevada por el Tribunal Supremo español no se cumplen los requisitos fijados por dicha jurisprudencia del Tribunal Federal alemán).

⁸¹ Es decir, el resultado de ello es que, por una parte, se ampara y autoriza legalmente un determinado pacto, y por otro lado se adopta una interpretación jurisdiccional que tiene por objeto disuadir al predisponente de acogerse a dicha autorización.

⁸² Vid. comentario en la entrada <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>.

profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

91. Sobre esta precepto, el Tribunal de Justicia ya había afirmado⁸³ que no se opone a que “*el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización*” (cfr. sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai⁸⁴). En esta jurisprudencia (condensada en esta precisa frase) estaba basada la tesis planteada por el Tribunal Supremo español sobre el no sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria.

92. El Tribunal de Justicia justifica esta excepción a la regla general de la subsistencia o conservación del *contrato* en sus propios términos (a excepción de la cláusula nula que simplemente se tiene por no puesta y no se aplica), básicamente por dos motivos:

- 1º la finalidad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que 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 estas⁸⁵; y
- 2º la protección efectiva del consumidor, pues “*si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional 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*”.

93. En el caso concreto de un contrato de préstamo, observa el Tribunal que tal anulación tendría el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución⁸⁶, en una cuantía que podría exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a éste más que al prestamista.

94. Es decir, que el criterio finalista fundamental de la solución adoptada reside en que, en caso de que el contrato no pueda conservarse y haya de anularse en su totalidad por la supresión de la cláusula abusiva sin la cual no pueda subsistir, se eviten los perjuicios que de tal anulación pudieran derivarse para el consumidor por medio de la aplicación integrativa de una disposición legal⁸⁷ (en su redacción vigente al tiempo de la ejecución, aunque sea posterior a la fecha de celebración del contrato).

95. Sobre esta jurisprudencia “*Kásler*” la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 (“*Abanca-Bankia*”) añade una precisión relevante en cuanto a la interpretación del inciso del artículo 6.1 de la Directiva relativo a que “[el] contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas”, en particular sobre el criterio de apreciación de la posibilidad de subsistencia del contrato sin las cláusulas abusivas. En concreto, precisa la sentencia⁸⁸ que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales comprobar “*con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C453/10, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir*”.

⁸³ Vid. apartados 56 a 59.

⁸⁴ C26/13, , apartados 80, 83 y 84.

⁸⁵ Y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada).

⁸⁶ Vid. art. 1303 Cc: “*Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes*”.

⁸⁷ Que el Tribunal de Justicia evita calificar de “*supletoria*”.

⁸⁸ Apartado 60.

96. ¿Qué significado hay que atribuir a esa referencia que hace la sentencia a “*un enfoque objetivo*”?

La respuesta parece que hay que buscarla en la sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 (asunto Pereničová y Perenič) a que se refiere el párrafo transcrito, en concreto a su apartado 32. En este apartado fijó el TJUE el siguiente criterio para determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas: “*tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato*”.

97. Para comprender mejor el alcance de esta afirmación hay que recordar que la cuestión prejudicial a la que se daba respuesta en dicho apartado era la de si en caso de que se detecten cláusulas contractuales abusivas en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ello permite considerar que el contrato “*en su conjunto*” no vincula al consumidor (y no sólo la cláusula viciada), si ello le resulta más favorable, lo cual, según se desprende de la citada sentencia, no resultaba conforme con el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consistente en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

98. Por ello el Tribunal descarta el planteamiento del órgano judicial remitente sobre la anulación total del contrato, incluso si esto era lo más favorable para el consumidor, y en su lugar acoge la posición defendida por la Abogado general⁸⁹ en sus conclusiones⁹⁰, que a su vez estaban basadas en las siguientes premisas:

- a) **regla general:** “*un contrato ha de subsistir a pesar de que exista una cláusula abusiva*” (la “*no vinculación*” se limita a dicha cláusula);
- b) **excepción** a la regla general (única admitida): requiere que “*el propio contrato objetivamente no pueda subsistir sin la cláusula abusiva*”;
- c) **delimitación negativa de la excepción** (se aplica por tanto la regla general): “*cuando según una apreciación a posteriori, resulta que una de las partes no habría celebrado el acuerdo sin ella [la cláusula anulada]*”;
- d) **fundamento** de la citada delimitación negativa de la excepción: “*una actividad comercial sólo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica a los agentes económicos. Ésta incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no sólo no fomentar dicha confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a celebrar acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13 también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales*”.
- e) **supuesto controvertido subsumido en la excepción** (imposibilidad de subsistencia del contrato): no hay posibilidad material objetivamente apreciable de aplicación subsiguiente del contrato “*cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes*”⁹¹ **Excepcionalmente** podría por ejemplo considerarse una nulidad to-

⁸⁹ Sra. Verina Trstenjak (vid. conclusiones presentadas el 29 de noviembre de 2011).

⁹⁰ Vid. conclusiones 65 a 68.

⁹¹ Un requisito para la conservación del contrato es que éste pueda subsistir, según la versión alemana, “auf derselben Grundlage” [sobre la misma base]. Con esta formulación poco clara se hace referencia a una subsistencia en lo demás en las mismas condiciones. Ello se desprende de una comparación con otras versiones lingüísticas que mencionan unánimemente

*tal del contrato cuando pudiera darse por supuesto que 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 la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas**".*

El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición. La clave de la cuestión, por tanto, residiría en el dato de si la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado altera o no la *"finalidad o la naturaleza jurídica del contrato"*. Volveremos a ello más adelante.

B) "Reenvío de retorno" de la cuestión a los tribunales nacionales

99. Fijados esos criterios generales, el Tribunal de Justicia, como se ha dicho, huye de entrar en la polémica jurídica suscitada entre el Tribunal Supremo y el Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, y reenvía de vuelta la cuestión a los tribunales nacionales: *"Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo⁹², si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir"*. E igualmente incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar *"si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales"*.

100. Aún sin entrar en la controversia, el Tribunal de Justicia parece avalar la tesis del Tribunal Supremo al aludir a las consecuencias procesales en cuanto a los cauces o vías procesales a través de los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución por los consumidores: *"Así, en caso de anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales, el cobro de los créditos de los bancos deberá tener lugar a través de un procedimiento de ejecución ordinaria, mientras que seguirá siendo aplicable el procedimiento especial de ejecución hipotecaria en caso de que esos contratos se mantengan sustituyendo la cláusula abusiva por la nueva redacción del artículo 693, apartado 2, de la LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades"*.

101. A continuación el Tribunal de Justicia hace una síntesis de los razonamientos hechos por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 en cuanto a las diferencias entre ambos procedimientos (y las ventajas procesales que perdería el deudor en caso de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria no pudiera seguirse): *"estos dos procedimientos se distinguen, en particular, por la circunstancia de que el procedimiento especial de ejecución hipotecaria de la vivienda habitual se caracteriza por la posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, por la posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75 % de su valor de tasación"*.

102. La pérdida de estas ventajas (calificada por el TJUE como *"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 considerada por el citado Tribunal como pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión, lo que *"podría justificar por consiguiente, siempre que 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"*.

las condiciones del contrato (francés: "selon les mêmes termes"; inglés: "upon these terms"; italiano: "secondo i medesimi termini"; español: "en los mismos términos"). Este requisito se cumple si el contrato por su finalidad y su naturaleza jurídica también puede subsistir sin las cláusulas abusivas (véase Pfeiffer, T., citado en la nota 15 *supra*, apartado 11, p. 3).

⁹² Vid. la sentencia de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C453/10, apartado 32.

103. En todo caso, el Tribunal de Luxemburgo es consciente de que se mueve en un ámbito que le es ajeno, y que no es la instancia jurisdiccional idónea ni competente para resolver las discrepancias sobre el marco legislativo nacional reflejadas en los respectivos autos de interposición de las cuestiones prejudiciales de ambos órganos remitentes, y por ello evita dar una respuesta unívoca y concluyente⁹³, formulando una respuesta abierta y condicionada a la doble opción posible, haciendo previamente para justificar tal respuesta una afirmación ciertamente sorprendente: *“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”*.

104. La afirmación de que estos procedimientos (de ejecución hipotecaria y de ejecución ordinaria) *“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”*, no puede dejar de sorprender cuando previa y reiteradamente había venido sosteniendo que si bien, a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, los procedimientos de ejecución hipotecaria (y los recursos contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual) forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, sin embargo *“el Tribunal de Justicia ha declarado que las modalidades de que se trata deben responder al doble requisito de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que 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 (principio de efectividad)”* (véanse, en este sentido, las sentencias *Mostaza Claro*⁹⁴; *Asturcom Telecomunicaciones*,⁹⁵ *Aziz*⁹⁶, y *Barclays Bank*⁹⁷, y *Sánchez Morcillo*⁹⁸), lo que ha provocado una verdadera revolución en este ámbito con diversas reformas legales dirigidas a adaptar la regulación procesal española a la jurisprudencia comunitaria⁹⁹, como es bien sabido¹⁰⁰.

En todo caso, consciente el Tribunal de que su respuesta sobre las cuestiones planteadas depende de premisas ajenas al ámbito de su conocimiento y decisión, completa la respuesta antes apuntada con el siguiente fundamento¹⁰¹: *“Por el contrario, ..., si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese 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 del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 71)”*.

⁹³ Esto ha dado lugar a que se hable en algún caso de cierto confusionismo en el texto de la sentencia. Algunos autores echan de menos la previsión en el Reglamento del procedimiento del TJUE de algún mecanismo aclaratorio de sus sentencias, como los previstos en el Derecho interno (cfr. 267, puntos 3 a 5 de la LOPJ y 214 y 215 LEC) - (vid. Dionisio Moreno Trigo – Verónica del Carpio Fiestas en *“La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado en préstamos con garantía hipotecaria y el archivo de la ejecución hipotecaria”*; <https://veronicadelcarpio.com/2019/03/31/stjue-26-3-2019/>).

⁹⁴ Apartado 24.

⁹⁵ Apartado 38.

⁹⁶ Apartado 50.

⁹⁷ Apartado 37.

⁹⁸ Apartado 31.

⁹⁹ Por citar sólo las dos más relevantes mencionaremos la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social; o la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, de Contratos de crédito inmobiliario.

¹⁰⁰ No sólo en relación con los procedimientos de ejecución hipotecaria, sino también respecto del procedimiento monitorio y del procedimiento declarativo.

¹⁰¹ Apartado 63.

C) Las cuestiones reenviadas a los tribunales españoles

105. Como consecuencia de esta contestación del Tribunal de Justicia, abierta y condicional, realmente no se ha logrado el objetivo perseguido por el Tribunal Supremo con su auto de planteamiento de la cuestión prejudicial de 8 de febrero de 2017, de fijar una jurisprudencia unívoca que de seguridad jurídica en esta materia. Este resultado de certidumbre y seguridad jurídica deberá ser obra del propio Tribunal Supremo, una vez que el Tribunal de Justicia ha entendido que esta polémica jurídica “*se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional*”.

106. Las cuestiones sobre las que, por tanto, se habrá de pronunciar ahora el Tribunal Supremo son básicamente las siguientes¹⁰²: 1º si la anulación por abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado determina la anulación de todo el contrato del préstamo hipotecario, o si por el contrario es posible la subsistencia del resto del contrato en sus propios términos sin dicha cláusula; 2º si, en caso de responder al interrogante anterior en el sentido de que el contrato debe anularse en su totalidad, el consumidor queda expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (lo que conduciría a la integración del contrato mediante una norma legal¹⁰³); y 3º si, en caso de responder al primer interrogante en el sentido de que el contrato no se anula en su totalidad, cómo debe arbitrarse procesalmente la opción del consumidor entre la continuidad del procedimiento de ejecución hipotecaria y la de su sobreseimiento y reenvío al procedimiento declarativo para la previa declaración de resolución del préstamo (pues la solución del TJUE en caso de subsistencia del contrato es que los tribunales nacionales se abstengan de aplicar la cláusula nula “*salvo que el consumidor se oponga a ello*”).

107. Aun cuando todo ello ha de ser ya objeto de nuevos pronunciamientos jurisdiccionales de nuestro Tribunal Supremo, y en tal sentido desbordan los límites del comentario de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, haremos algunas reflexiones sobre estas cuestiones.

8. La posible subsistencia del contrato de préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado

108. Es cierto, como acertadamente pone de manifiesto el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, que el derecho de hipoteca no atribuye a su titular exclusivamente el derecho de promover la enajenación forzosa a través de un procedimiento especial, sino que le atribuye también (dentro del más genérico derecho de realización de valor) el derecho de preferencia sobre el bien hipotecado en los términos de los artículos 1923 y 1927 del Código civil y el derecho de ejecución separada en caso de concurso del deudor; además de las facultades de defensa y conservación, en la que se enmarca la acción de devastación cuando los bienes hipotecados disminuyan de valor¹⁰⁴, y la sujeción registral de la finca o su reipersecutoriedad aunque ésta pase a un tercer poseedor¹⁰⁵, así como las facultades de disposición del crédito hipotecario¹⁰⁶. Por tanto, es evidente que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario. Pero sí provoca la restricción (que no anulación) de la facultad esencial del derecho de hipoteca que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe de lo adeudado.

109. El procedimiento a través del que se produzca esta venta forzosa debe garantizar un doble objetivo: satisfacer la pretensión del acreedor y obtener un precio justo. Así se afirmaba ya en las recomendaciones del Libro Blanco de la Justicia del Consejo General del Poder Judicial de 1997, en el que

¹⁰² Otra cuestión distinta es la de interpretar el sentido de las referencias que hace la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 al hecho de que las cláusulas de vencimiento anticipado juzgadas “*están inspiradas*” en normas vigentes de Derecho nacional en el momento de la firma de los respectivos contratos de préstamo hipotecarios.

¹⁰³ El art. 693.3 LEC, en principio en su redacción vigente al tiempo de la ejecución.

¹⁰⁴ Cfr. art. 117 de la Ley Hipotecaria.

¹⁰⁵ Cfr. arts. 126 de la Ley Hipotecaria y 1876 del Código civil.

¹⁰⁶ Cfr. art. 1878 del Código civil.

se subrayaba el agotamiento del sistema tradicional de venta forzosa, pues entendía que “*no sirve para lograr el doble efecto de dar satisfacción a la pretensión del demandante y no malbaratar los bienes del deudor*”. Son muchas las cosas que se pueden hacer para conseguir este objetivo, y en gran parte ya se han realizado a través de sucesivas reformas¹⁰⁷: desde la introducción de las subastas electrónicas, a la reducción del depósito que ha de consignarse para participar en la subasta, la financiación de las pujas mediante la hipoteca del derecho de remate, y un largo etcétera. Así resulta también del Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa de 2007, el cual ha alertado de que los Estados miembros deberían hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procedimientos es un factor que encarece la actividad de los prestamistas hipotecarios, aumentando en algunos casos la incertidumbre de los inversores sobre la calidad de la garantía y eleva los costes de refinanciación, anunciando que velará por que los procedimientos de ejecución de los Estados miembros tengan una duración y coste razonables¹⁰⁸.

110. Esta evaluación es importante también porque la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el contexto del principio comunitario de la libre circulación de capitales, admite que los créditos de cobertura de los títulos hipotecarios estén garantizados por inmuebles situados en cualquier punto del territorio de la Unión Europea mediante garantías de naturaleza equivalente, entendiéndose que existe esta equivalencia cuando el procedimiento jurídico que respalda la garantía permite a la entidad de crédito liquidar el valor de la garantía por su propia cuenta en un plazo razonable ante una situación de impago, y la obtención de un precio justo¹⁰⁹. El objetivo perseguido por estos procedimientos es el de lograr una suerte de alquimia jurídica consistente en la transformación de valores ilíquidos (la propiedad sobre los inmuebles) en valores líquidos (dinero) para satisfacer el crédito ejecutado, transformación que ha de realizarse de la forma más rápida, justa y eficiente posible.

111. Por tanto, desde esta perspectiva, no parece suficiente para negar la desvirtuación de la esencia de la hipoteca admitir que el crédito hipotecario podrá ejecutarse a través de un procedimiento de ejecución ordinario, tras obtener en un procedimiento declarativo la declaración o reconocimiento del incumplimiento parcial pero suficientemente grave de la obligación de devolución del capital y pago de los intereses pactados.

112. Esto se entiende bien observando la evolución histórica de la hipoteca¹¹⁰. En un primer momento histórico se acude a la transmisión de la propiedad con fines de garantía (“*fiducia cum creditore*”), generando con ello un peligro de abusos del acreedor que cuenta con facultades desproporcionadas.

113. Tales inconvenientes de potenciales abusos se corrigen mediante la prenda, de forma que la garantía se apoya en la entrega de la posesión no de la propiedad -.

114. Pero con la prenda se debilita la posición del acreedor. Se pretende, por ello, corregir o compensar este debilitamiento mediante la concesión al acreedor de medios de autosatisfacción del crédito a través de dos vías: el pacto comisorio, y el pacto “*de vendendo*”. El primero encerraba, sin embargo, el peligro de un enriquecimiento injusto del acreedor, y por ello el Emperador Constantino lo prohibió. Por contra, el pacto que establecía el “*ius vendendi*” a favor del acreedor pignoraticio se

¹⁰⁷ Por citar sólo algunas de las normas de reforma citaremos las siguientes: Ley 41/2007, de 7 de diciembre; Ley 13/2009, de 3 de noviembre; Ley 1/2013, de 14 de mayo; Ley 19/2015, de 13 de julio; Ley 5/2019, de 15 de marzo.

¹⁰⁸ Sobre la correlación entre regulación y precio del crédito vid, v.gr. “*El Banco de España tiene claro que la nueva ley de crédito inmobiliario, que entrará en vigor el próximo 16 de junio, va a encarecer sustancialmente las hipotecas. Así lo ha manifestado esta mañana Fernando Tejada, director del departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del organismo supervisor durante su intervención en la Jornada sobre la Ley de Crédito Inmobiliario organizada por la Asociación Hipotecaria Española*” (<https://www.economista.es/economia/noticias/9809469/04/19/Andalucia-baja-a-un-1-Sucesiones-y-Donaciones-y-aviva-el-debate-fiscal>).

¹⁰⁹ Vid. nueva redacción que da al artículo 5 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

¹¹⁰ Vid. “*Ejecución judicial sobre bienes hipotecados*”, de J.M DÍAZ FRAILE, Centro de Estudios Registrales, 2000, págs. 44 y siguientes.

hizo tan frecuente que la jurisprudencia romana (fines siglo II. d.C.) terminó por considerarlo como un elemento natural y consustancial de la prenda.

115. Pero, a su vez, el desplazamiento posesorio planteaba serios inconvenientes para el deudor, el cual veía debilitada su posición económica por la pérdida de la posesión de la cosa pignorada, razón por lo que se introdujo la posibilidad de la prenda sin posesión (“*pignus conventum*” o “hipoteca”), en la que la entrega de la posesión se aplaza hasta que la obligación se incumpla, a fin de proceder a su venta. La garantía quedaba reducida, pues, al derecho concedido por el pacto “*de vendendo*” y la esencia de la hipoteca fijada en el “*ius vendendi*” que el acreedor podía ejercitar, si bien debía devolver el “*superfluum*” o remanente del precio obtenido¹¹¹.

116. En esta evolución el último paso se produce por la sustitución de la posesión necesaria para la venta por la publicidad registral, que permite y posibilita la enajenación sin entrega de posesión, a través de los mecanismos registrales de publicidad y mediante el control estatal de aquella enajenación.

117. Así pues, la hipoteca aparece ya en el Código civil conformada sobre la base del “*ius vendendi*”, como claramente queda reflejado en el artículo 1.858 del Código civil, según el cual “*Es de esencia de los contratos de prenda e hipoteca que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”. Como ha afirmado reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, “*la facultad del acreedor hipotecario para instar la enajenación forzosa del bien objeto de garantía forma parte del contenido estructural del derecho de hipoteca. La atribución del “ius vendendi” al acreedor no es un elemento añadido o circunstancial sino que integra el contenido esencial de su derecho*” (vid. por todas la Resolución de fecha 13 de abril de 2012). Con ello el acreedor no necesita acudir a la ejecución forzosa sobre el patrimonio del deudor; le basta realizar la garantía, vendiendo la cosa.

118. Ahora bien, paralelamente, en la evolución de la hipoteca se manifiesta una tendencia clara a establecer cautelas y garantías en torno a la realización del bien hipotecado, con objeto de evitar abusos por parte del acreedor, y que, en suma, concluyen en la exigencia de someter la venta a control público, de forma que ha de realizarse con intervención del Estado. Pero de lo que se trata es de un control público de un proceso de enajenación, no de un procedimiento de ejecución judicial en sentido estricto, como lo demuestra que la enajenación puede llevarse a cabo a través de un procedimiento notarial¹¹². Así lo ha venido destacado reiteradamente el Tribunal Constitucional español, afirmando que el procedimiento de ejecución directa de hipotecas se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y la paralela disminución de las posibilidades de contenerla mediante la formulación de excepciones, de forma que la presentación de la demanda, el requerimiento al deudor y la llamada de terceros poseedores o acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización (vid. sentencia de 17 de enero de 1991). Esta sumariedad se explica porque la ejecución solo puede realizarse sobre la base de los extremos contenidos en el asiento registral, lo que inviste al derecho de presunción de legalidad.

119. En definitiva, el procedimiento especial de ejecución hipotecaria se ha venido caracterizando tradicionalmente como una vía de apremio o procedimiento de ejecución pura, sumario y sin contradicción entre partes, basado en los pronunciamientos del Registro, que permite ejercitar su función de extracción del valor en cambio de la finca en tanto no se pruebe en sede judicial la inexactitud del Registro; con causas de suspensión y oposición tasadas legalmente a los solos casos de falsedad del título, cancelación de la hipoteca, tercería de dominio y error en el saldo de la cuenta. Por ello resulta dudoso que el legislador español de la Ley 1/2013 acertase al introducir en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil como causa de oposición la de la abusividad de las cláusulas de la hipoteca, pues

¹¹¹ Vid., J.M DÍAZ FRAILE en “Presente y futuro de la hipoteca como instrumento de fomento del crédito en el contexto del derecho comunitario”, *Anuario de Derecho Civil*, vol 69, nº2, 2016, pp. 501-523.

¹¹² Cfr. art. 129 de la Ley Hipotecaria. Vid. también sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2014, en el asunto C34/13, Kušionová.

esta consecuencia no se seguía necesariamente de la Sentencia TJUE de 14 de marzo de 2013 a la que pretendía dar cumplimiento, ni es la que necesariamente beneficia más al consumidor¹¹³ y al mercado hipotecario, frente a la alternativa que sugería la citada sentencia del Tribunal de Justicia de haber admitido no necesariamente el efecto suspensivo de la ejecución vinculado a la demanda en el procedimiento declarativo seguido por cualquiera de las causas previstas en el artículo 698.1 de la Ley procesal civil¹¹⁴ (en su caso también por la posible abusividad de determinadas cláusulas del contrato), pero sí, al menos, la conservación de la vigencia de la anotación preventiva de dicha demanda, incluso si se hubiese tomado con posterioridad al inicio del procedimiento ejecutivo¹¹⁵, reformando en tal sentido el artículo 131 de la Ley Hipotecaria¹¹⁶ ¹¹⁷(como sucede en otros países europeos como Alemania o Italia, en los que, sin embargo, se mantiene el carácter sumario del procedimiento de ejecución sin control de oficio de cláusulas abusivas dentro del mismo por parte del juez, control que se defiere, en su caso, al juicio declarativo¹¹⁸).

¹¹³ Vid. parágrafo 43 de la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de julio de 2014, en el asunto C169/14, Sánchez Morcillo: *“Habida cuenta de las mencionadas características, en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, el sistema procesal español, considerado en su conjunto y tal como resulta aplicable en el litigio principal, expone al consumidor, o incluso a su familia —como sucede en el litigio principal—, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación in natura de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan sólo una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, apartado 60)”*.

¹¹⁴ Conforme al cual *“Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo”*.

¹¹⁵ Y de la expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 688 LEC.

¹¹⁶ Así resulta de los apartados 56 a 59 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013: *“56. Por otra parte, en virtud del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que puedan determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133 de dicha Ley, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas.*

⁵⁷ Pues bien, de lo expuesto se deduce que, en el sistema procesal español, la adjudicación final a un tercero de un bien hipotecado adquiere siempre carácter irreversible, aunque el carácter abusivo de la cláusula impugnada por el consumidor ante el juez que conozca del proceso declarativo entrañe la nulidad del procedimiento de ejecución hipotecaria, salvo en el supuesto de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal indicada.

⁵⁸ A este respecto, es preciso señalar, no obstante, que, habida cuenta del desarrollo y de las peculiaridades del procedimiento de ejecución hipotecaria controvertido en el litigio principal, tal supuesto debe considerarse residual, ya que existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor afectado no realice esa anotación preventiva en los plazos fijados para ello, ya sea debido al carácter sumamente rápido del procedimiento de ejecución en cuestión, ya sea porque ignora o no percibe la amplitud de sus derechos (véase, en este sentido, la sentencia Banco Español de Crédito, antes citada, apartado 54).

⁵⁹ Por consiguiente, procede declarar que un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet*, C432/05, *Rec. p. I2271*, apartado 77).

¹¹⁷ Vid. J.M. DÍAZ FRAILE, “El control de las cláusulas abusivas de las hipotecas en la calificación registral y en el procedimiento de ejecución tras la sentencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de 14 de marzo de 2014”, *La Ley Unión Europea*, nº 5, 2013, pp. 5-21.

¹¹⁸ Según la información expuesta en un Workshop organizado por el *EuropeanLawInstitute* y por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, celebrado en junio de 2017 en Madrid, con la participación de la presidenta del citado Institute Diana Wallis y destacados expertos hipotecarios de siete países europeos (entre ellos los citados de Alemania

120. Perdida la posibilidad de acudir al procedimiento de ejecución directa o sumaria (en caso de aplazar esta posibilidad a la fecha del vencimiento del último plazo de amortización), la hipoteca perdería parte de su contenido esencial y, por tanto, difícilmente puede seguir siendo reconocible institucionalmente como tal¹¹⁹. Como ha destacado el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 113/2011, de 19 de julio, con cita de otras anteriores como las números 41/1981, de 18 de diciembre, y 217/1993, de 30 de junio, *“este tipo de procedimiento [la ejecución hipotecaria] se caracteriza por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título y paralela disminución de las posibilidades de oponerse mediante la formulación de excepciones, ya que la presentación de la demanda, la integración del título y la llamada de terceros poseedores y acreedores posteriores son condiciones suficientes para pasar a la fase de realización, y que el deudor, como los terceros poseedores y acreedores posteriores, más allá de detener la ejecución mediante el pago, para lo que la Ley establece que debe hacerse el oportuno requerimiento, apenas tienen posibilidades de oposición, pues al objeto de impedir la suspensión del procedimiento el art. 132 prevé (en la actualidad, artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), salvo en los cuatro supuestos taxativamente fijados, que las demás reclamaciones que puedan aquéllos formular se ventilarán en el juicio declarativo que corresponda. Precisamente, por esta posibilidad, es decir, porque queda abierta a todos los interesados la vía del juicio declarativo para la defensa de sus derechos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que la limitación de controversia y demás peculiaridades de este procedimiento no vulneran el derecho a la defensa consagrado en el art. 24.1 CE”*.

121. Esta caracterización del procedimiento de ejecución hipotecaria (directamente vinculada a la eficacia de la hipoteca como garantía de la obligación asegurada) es uno de los elementos que permiten comprender la razón por la cual, como destaca el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 de planteamiento de la cuestión prejudicial C-70/17, según los datos estadísticos del Banco de España, el tipo de interés medio aplicado a las operaciones de crédito al consumo en diciembre de 2015 fue del 9,1%, frente al 1,7% de las operaciones hipotecarias, pues dicho menor coste de los préstamos hipotecarios es correlativo al menor riesgo de impago de estos últimos (que para la vivienda habitual, según las estadísticas citadas en el mencionado auto, se situó a finales de 2015 en el 4,8%, muy por debajo del mismo riesgo para el conjunto del crédito bancario). Reducida la tasa de morosidad de los préstamos hipotecarios, gracias a la efectividad de la garantía, en los términos señalados, se reduce en paralelo los intereses remuneratorios pactados, que descienden al reducirse las pérdidas derivadas de los créditos fallidos, al permitir la garantía hipotecaria la satisfacción forzosa del crédito a través del proceso de ejecución hipotecaria especial.

122. Sin embargo, estos elementos estructurales del crédito hipotecarios pueden quedar alterados al haber perdido el citado procedimiento de ejecución hipotecaria su carácter sumario y de mero apremio, basado en el diferimiento de la discusión jurídica sobre las cuestiones de fondo sobre validez del título, vencimiento de la deuda, etc, a un procedimiento declarativo ulterior (cfr. art. 698 LEC).

123. En la actualidad, especialmente a la vista de la situación resultante del exponencial incremento de la litigiosidad en esta materia, la introducción de un incidente contradictorio en el trámite de despacho de la ejecución (cfr. art. 552 LEC), la adición de una causa de oposición por abusividad contractual, de doble instancia, con efectos suspensivos inmediatamente posterior al decreto de despacho de la ejecución (cfr. art. 695.4ª LEC), la exigencia de un control de oficio de la eventual abusividad de cualquiera de las cláusulas del contrato sin preclusión de plazo, incluso más allá de la propia firmeza del

e Italia), con el objeto de realizar un estudio comparado entre las distintas regulaciones nacionales en materia de ejecuciones hipotecarias, en particular sobre los puntos que resultan más controvertidos a la vista de la reciente jurisprudencia del TJUE.

¹¹⁹ Cosa muy distinta es intentar paliar al máximo de lo posible las consecuencias adversas de la ejecución para el deudor de buena fe, objetivo al que se ha aplicado el legislador español durante los últimos años. De hecho esta materia desde hace unos años está en permanente estado de reforma, hasta el punto de que constituye un perfecto ejemplo del fenómeno de *“legislación motorizada”* de que hablaba el profesor García de Enterría en su libro *“Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas”*. Se trata de una manifestación más de los fenómenos sociales modernos marcados por lo temporal e inestable, como refleja el sociólogo Zygmunt Bauman en su obra *“Modernidad líquida”*.

decreto de adjudicación en la subasta de la finca hipotecada (cfr. sentencia TJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus), y la exigencia de que el citado control de oficio en el trámite del despacho de ejecución se traduzca en una resolución expresa de exclusión de abusividad que satisfaga las exigencias de motivación propia de una tutela judicial plena y contradictoria (cláusula por cláusula del contrato), y sin la cual no se entiende generado el efecto de cosa juzgada¹²⁰ (lo que permitiría reproducir la discusión en otra fase del mismo procedimiento ejecutivo o en otro posterior declarativo), conforme a la doctrina de la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 28 de febrero de 2019, cabe concluir en la racionalidad de las advertencias hechas por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017¹²¹ al señalar que *“Esta interrelación entre la concesión masiva de créditos hipotecarios a las familias para la adquisición de vivienda y las garantías del prestamista, puede tener como efecto que la imposibilidad de recuperación de los créditos morosos por el proceso especial de ejecución hipotecaria implique una contracción del crédito a futuro, dificultando extraordinariamente el acceso a la vivienda en propiedad”*. Previsión racional que se confronta con una realidad anterior distinta, puesta de manifiesto en el mismo auto y tomada de los datos estadísticos del Banco de España, conforme a la cual *“la proporción de viviendas en propiedad en España era, a finales de 2015, del 77% del total; uno de los más altos de la Unión Europea, en comparación, por ejemplo, con Reino Unido (70%), Francia (62%) o Alemania (53,2%)”*.

124. Lo que pone de manifiesto que la sobreprotección del consumidor, a partir de un determinado nivel, puede terminar resultando contraproducente para el mismo. O como señala el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016, la tutela de los consumidores *“aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad”*.

125. Dicho todo lo cual, hay que constatar (prescindiendo de esta perspectiva más amplia sobre las consecuencias no sólo para el *“consumidor particular”*, sino también para el *“consumidor en general”*), haciendo por un momento abstracción de que la finalidad última de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre la interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y su prescripción sobre subsistencia del contrato *“en los mismos términos”* sin la cláusula abusiva, es evitar las *“consecuencias especialmente perjudiciales”* para el deudor (se desprendan estas de la anulación total del contrato o de su subsistencia sin la cláusula viciada), que a la pregunta sobre si el contrato del préstamo hipotecario puede o no subsistir (sin sufrir una anulación total) sin la cláusula de vencimiento anticipado, en el marco del Derecho español, ha de responderse afirmativamente, a pesar de que ello pueda ser simultáneamente más perjudicial para acreedor (en los términos antes examinados) y para el deudor. Como acertadamente afirmaba el Tribunal Supremo en el auto de 8 de febrero de 2017, *“Pese a las ventajas que el proceso ejecutivo especial otorga al deudor, los bancos siguen “acudiendo masivamente a él antes que optar por el proceso declarativo, porque es más rápido y les libera de tener que provisionar el crédito fallido durante un largo tiempo. Pero los perjuicios que para los bancos supone acudir al declarativo no se traducen en ventajas de un valor equivalente para el consumidor que es deudor en ese caso concreto, y además encarece el crédito, con perjuicio para los consumidores en general”*¹²².

¹²⁰ Vid. apartado 54 de la citada sentencia del Banco Primus: *“La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada.*

Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”.

¹²¹ Fundamento jurídico octavo.

¹²² Vid. fundamento jurídico quinto.

126. La prueba de que, a pesar de todo lo anterior, el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir, es que el pacto de vencimiento anticipado previsto en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pese a su generalización en el tráfico jurídico a que ya hemos aludido, puede pactarse o no pactarse. Sería absurdo que tratándose de un pacto voluntario, amparado por una norma que lo autoriza pero no lo impone como necesario, pudiera plantearse que sin dicho pacto el contrato del préstamo hipotecario es nulo, lo que valdría tanto como decir que la ley incurriría en el absurdo jurídico de prever un elemento o requisito no esencial en el contrato (el pacto de vencimiento anticipado) que luego resulta ser esencial en el sentido de que su ausencia genera la anulación completa del contrato¹²³. Por la vía de la interpretación a través del principio de “*reductio ad absurdum*”, ha de descartarse la proposición que pretenda afirmar la inviabilidad o nulidad total del préstamo hipotecario por consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado¹²⁴.

127. Es más, en rigor la ausencia de pacto sobre vencimiento anticipado por impago de cuotas no priva completamente al acreedor de la posibilidad de acudir a la enajenación forzosa del bien hipotecado por la vía del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, ejecución que puede activarse mediante demanda ejecutiva en caso de que vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago¹²⁵, conforme a lo previsto en el apartado 1 del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Lo que sucede es que dicha opción de ejecución parcial exclusivamente por las cantidades vencidas (no por el resto del capital pendiente de vencimiento conforme al cuadro de amortización pactado) puede resultar enormemente oneroso para el deudor, pues en tales casos, y según prevé el mismo precepto, “*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*”. Lo que comporta las consecuencias negativas para el deudor ya indicadas más arriba, es decir, pérdida de la propiedad del bien y mantenimiento de la responsabilidad personal por la deuda en cuantía equivalente a la diferencia entre el valor alcanzado por el bien en la subasta y la suma de las cantidades adeudadas y las pendientes de pago.

128. Ahora bien, una cosa es que el contrato de préstamo hipotecario no quede anulado en su totalidad (ni el préstamo ni la hipoteca) como consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y otra distinta que, aún siendo susceptible de conservación en la parte restante sin dicha cláusula, no haya de reconocerse que queda afectada, al menos en parte, un elemento estructural esencial cuando se trate, como es habitual en la práctica del tráfico jurídico, de un contrato a largo plazo (con promedios de duración superiores a los 25 años), al privar al acreedor de la posibilidad de desvincularse del contrato en caso de grave y duradero incumplimiento de la obligación de devolución del capital y pago de los intereses por parte del deudor. Como antes se dijo, no parece suficiente para negar la desvirtuación de la esencia de la hipoteca admitir que el crédito hipotecario pueda ejecutarse a través de un procedimiento de ejecución ordinario, tras obtener en un procedimiento declarativo la declaración o reconocimiento del incumplimiento parcial pero suficientemente grave de la obligación del prestatario.

129. En este sentido, conforme a la jurisprudencia del TJUE contenida en la sentencia de 26 de marzo de 2019 (completada por la contenida en la sentencia de 15 de marzo de 2012¹²⁶ a que se remite), la pregunta no es si el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir (por no anularse totalmente) tras

¹²³ Cfr. art. 1261 del Código civil.

¹²⁴ La constatación “*empírica*” de que la nulidad por abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no provoca la nulidad total del préstamo hipotecario resulta de la observación de la práctica forense, en la que los acreedores que han visto anulada la cláusula de vencimiento anticipado de un crédito hipotecario y sobreseído el procedimiento de ejecución hipotecaria, en numerosas ocasiones han demandado y obtenido la resolución o el vencimiento anticipado del préstamo en un proceso declarativo, lo que presupone necesariamente que el contrato que sirve de título a dicha demanda existe, es eficaz y genera obligaciones exigibles.

¹²⁵ “*O un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses.*”

¹²⁶ Asunto C-453/10, Pereničová-Perenič.

la ablación de la cláusula de vencimiento anticipado, sino si dicha ablación comporta o no una modificación o alteración de “*la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato*”, de forma que esta finalidad y naturaleza jurídica ya no sean las mismas sin la cláusula de vencimiento anticipado. Recordemos, como señalamos “*supra*”, que conforme a la aludida sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, puede considerarse que no hay posibilidad material objetivamente apreciable de aplicación subsiguiente del contrato “*cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes*”. Lo que el Abogado general, a cuyas conclusiones se remite el Tribunal, ejemplifica del modo siguiente: “*Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que 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 la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas*”. No basta, por tanto, que quepa presumir que una de las partes contratantes (o las dos) no habrían prestado su consentimiento a la celebración del contrato sin la inclusión de las cláusulas suprimidas, sino que dicha presunción debe estar basada en el hecho objetivo de que “*la finalidad o naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas*”.

130. ¿Sucede así en los casos de supresión de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios?

Así parecería desprenderse, en caso de entenderse que resulta inviable el cauce del procedimiento de ejecución hipotecaria por la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado (al requerir acudir previamente al juicio declarativo *ex art.* 1124 Cc), por la extrapolación de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en los casos de supresión de los pactos de ejecución por la vía del procedimiento especial de ejecución hipotecaria o por la vía de la venta extrajudicial, cuando se plantea la cuestión de la posible inscripción parcial de la hipoteca, con exclusión de dichos pactos, cuando los mismos no cumplen con las exigencias de fijación de domicilio y tasación de la finca del artículo 688 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En concreto, la reciente Resolución de 22 de febrero de 2019 (con cita de las anteriores de 18 de febrero y 12 y 30 de septiembre de 2014), destaca el carácter “*esencial*” de dichos pactos, de forma que si bien admite la posibilidad de la inscripción parcial en tales casos “*ya que el acreedor puede acudir para la realización de la hipoteca al juicio ejecutivo ordinario que corresponde*”, exige para ello una solicitud expresa de las partes: “*para poder practicar la inscripción parcial de la hipoteca sin dichas cláusulas, se precisa solicitud expresa de las partes (artículos 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria) dado que se considera que las mismas constituyen un elemento delimitador del contenido esencial del derecho real de hipoteca, que viene constituido por la responsabilidad hipotecaria y por los procedimientos ejecutivos que le son propios*”.

131. Y ello no sólo desde el punto de vista del acreedor, pues, como señala la citada Resolución, “*debe recordarse que la utilización de tales procedimientos especiales, aunque su uso sea potestativo por parte del acreedor, no le es indiferente a la parte prestataria ya que, tratándose de su vivienda habitual, en los mismos goza, si el importe del remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante (artículos 579.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 129.2.h) de la Ley Hipotecaria), de unos derechos de quita y participación en las ganancias de la venta posterior de la finca (si se hubiera rematado o adjudicado al acreedor) que carece en el resto de los procedimientos y que le pudo llevar a consentir el pacto. Derechos de los que cuales carecería en el caso de inscripción parcial*”.

132. Así lo considera también el prof. Pantaleón¹²⁷, que atribuye a la sentencia de la Gran Sala de 26 de marzo de 2019 un efecto de “*mutación de la “excepción Kásler” por remisión a la Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012 (hablando por ello ahora no de “doctrina Kásler” sino de “doctrina Kásler-Abanca”)*”, destacando que de esta sentencia se desprende la idea de que “*la posición de una de*

¹²⁷ <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>.

las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato". Añade a ello su opinión de que *"la Gran Sala del TJUE ha llegado a convencerse de que, no solo no cabe descartar que los Jueces y Tribunales españoles vengan a concluir que el contrato no puede subsistir sin integración, sino que es incluso lo probable: de otro modo, la Gran Sala habría acogido sencillamente las Conclusiones del Abogado General. Yo también lo considero probable, pues me inclino decididamente a pensar que, en los contratos sintagmáticos (sic) de larga duración, es Derecho dispositivo fuerte (que requiere, para ser excluido, un pacto expreso) que cada parte tenga la facultad de no permanecer vinculada, cuando el incumplimiento de la otra haya hecho ya inexigible, conforme a la buena fe, el mantenimiento de la vinculación contractual"*.

Recuérdese que, como señalamos *"supra"*, el principio de seguridad jurídica de las actividades económicas, como criterio que también se ha de tomar en cuenta en la apreciación sobre la subsistencia de los contratos aquejados de la presencia de cláusulas abusivas desde un enfoque objetivo, fue reiterado por el TJUE en su Sentencia de 30 de mayo de 2013: *"Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia ha estimado que tanto el texto del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición"*¹²⁸.

133. En este contexto no resulta inoportuna la pregunta que formula el prof. Guilarte sobre si puede subsistir el contrato de préstamo hipotecario o si aún subsistiendo respeta el principio del equilibrio contractual *"un contrato sin posibilidad de percibir intereses moratorios, sin facultad de resolución ante los impagos parciales –sean los que sean– y ... sin posibilidad de utilizar el juicio sumario del art. 693.II LEC"*¹²⁹. El mismo autor contesta a la pregunta con una negativa: *"Creo que desde la perspectiva de la STJUE, que explícitamente se remite a la STJUE de 15 de marzo de 2012 y que se encierra en lo que el Prof. Pantaleón denomina doctrina Kásler-Abanca, el mutilado contrato no podría persistir"*.

134. En esta línea MARTÍN FABRA¹³⁰ cree que ha habido un cambio en la doctrina *"Kásler"* si bien de forma encubierta, afirmando que el Tribunal *"intenta aparentar artificiosamente que no está modificando su doctrina sobre la posibilidad de integración de cláusulas abusivas, pero evidentemente lo hace. Y creo que lo quiere aparentar para que esta sentencia no sirva como ejemplo de una modificación o derogación sobre su doctrina anterior sobre la no integración de una cláusula abusiva, porque en realidad la doctrina de la STJUE comentada ha sido emitida para resolver un caso muy particular del ordenamiento jurídico español. Considero, pues, que el TJUE está avalando la doctrina del TS, lo que, por cierto, ya ha hecho con anterioridad con la doctrina de la moderación de una cláusula de intereses de demora declarada abusiva (STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17)"*.

9. La exposición del deudor a consecuencias perjudiciales por deterioro de su posición procesal (en caso de resolución del préstamo hipotecario por la vía del artículo 1124 del Código civil)

A) Interpretación literal versus interpretación finalista de la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019

135. Si se hace una interpretación literal y lineal de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 nos encontraríamos con que, según lo expuesto aisladamente en su apartado 63, *"si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular"*

¹²⁸ Apartado 47. Asunto C-397/11, Erika Jörös. Vid. en el mismo sentido la sentencia de 15 de marzo de 2012, en el asunto C-453/10, Pereničová-Perenič.

¹²⁹ Ibidem nota 122.

¹³⁰ M. FABRA, en *"STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario"*, en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com>

*en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria. En efecto, ese 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 del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*¹³¹.

136. Ciertamente la “traducción” o equivalencia por “nulidad” que se ha hecho en nuestro Derecho de la expresión “no vincularán al consumidor” con referencia a las cláusulas abusivas no es totalmente correcta (si entendemos la nulidad, como nulidad de pleno derecho o absoluta, automática e insubsanable), en la medida en que la ineficacia de la estipulación abusiva no deriva sólo de su abusividad, sino también de la conformidad del consumidor con dicha ineficacia, a la que puede renunciar o de la que puede desistir, como ha afirmado en diversas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, y reitera de nuevo en la sentencia de 26 de marzo de 2019.

137. En este punto hay que distinguir una doble hipótesis según que la apreciación de la abusividad en sede de procedimientos de ejecución hipotecaria la realice el juzgado de oficio (*ex art. 552 LEC*, o en cualquier otro momento del procedimiento en que cuente con los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello *ex. sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto Banco Primus y sentencia del TC de 28 de febrero de 2019*), o bien dicha apreciación y pronunciamiento de abusividad se produzca como consecuencia de un incidente de oposición promovido por el deudor ejecutado (*ex. art. 695.4ª LEC*). En el primer caso, parece obligado abrir un trámite de audiencia a fin de recabar la conformidad del deudor al sobreseimiento del procedimiento de ejecución. En el segundo caso, dicho trámite es innecesario pues es el propio deudor ejecutado el que impugna la cláusula de vencimiento anticipado lo que presupone su voluntad activa en contra de la continuación del procedimiento, toda vez que conforme al artículo 695.3, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “*de estimarse la causa 4.ª [la relativa a la abusividad de la cláusula], se acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual fundamente la ejecución*”.

138. Ahora bien, si en lugar de hacer una interpretación meramente literalista de la reiterada sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019, se aborda su exégesis desde una perspectiva finalista, se comprenderá que la prohibición de integración del contrato mediante la aplicación de una norma legal que sustituya la cláusula anulada no requiere en rigor de un doble requisito de obligado cumplimiento simultáneo (imposibilidad jurídica de subsistencia del contrato, por un lado, y exposición del consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, por otro), sino sólo este segundo requisito. De forma que existiendo dicha exposición a consecuencias especialmente perjudiciales la “*precondición*” de la imposibilidad jurídica de subsistencia del contrato decae.

139. Dicho de otro modo: la finalidad tuitiva de la Directiva respecto del consumidor y la adopción de un estándar elevado de protección del mismo, constituye un principio rector de la interpretación de la propia Directiva, de forma que la evitación al consumidor de consecuencias perjudiciales es el valor y la finalidad *última* que ha de satisfacerse¹³². Y para el logro de tal finalidad la solución legal inducida por la Directiva deberá ser la del mantenimiento del contrato, si tal subsistencia es posible jurídicamente (lo que *dependerá* de la naturaleza de la cláusula anulada, en función de que se trate o

¹³¹ En este sentido, *vid.* también la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 71.

¹³² Junto con la estimulación de la competencia y la evitación de distorsiones en la misma en el ámbito del mercado interior de los Estados miembros, como se refleja igualmente en el preámbulo de la Directiva: “*Considerando que las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos celebrados entre, por una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios y, por otra, el comprador son muy dispares, lo cual da lugar a que los mercados nacionales de venta de bienes y prestación de servicios a los consumidores difieran entre sí y a que puedan producirse distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios, en especial cuando la comercialización se realiza en otros Estados miembros; ... Considerando que los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios, tanto dentro de su país como en todo el mercado interior; y que de este modo se verá estimulada la competencia, contribuyendo así a una mayor opción de los ciudadanos de la Comunidad como consumidores*”.

no de un elemento esencial del contrato^{133 134}), mantenimiento o conservación del contrato que podrá tener lugar con o sin integración del mismo por aplicación de una norma legal que sustituya la cláusula anulada, en función de cuál de estas opciones resulte menos perjudicial o más favorable al consumidor.

140. Desde esta perspectiva, resultaría absurdo que se optase por la nulidad total del contrato, en caso de que la mejor opción para el consumidor fuese la de mantener el contrato e integrarlo con aplicación de la norma legal (supletoria). En el caso concreto de un préstamo personal (no garantizado con hipoteca), la preferencia por la segunda opción es clara (conservación del contrato con integración mediante la aplicación de una norma legal que permita colmar la laguna contractual creada por la nulidad de la cláusula), pues, como destaca la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019, la *“anulación total del contrato tendría 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 penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca”*¹³⁵.

141. Pero obsérvese que el mismo razonamiento (en cuanto al objetivo de la evitación de consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor) cabe hacer en la hipótesis de que siendo posible conservar el contrato, por ser viable jurídicamente su subsistencia, resulte más favorable al consumidor dicha conservación con integración del contrato mediante la aplicación de una norma legal (supletoria¹³⁶) que la conservación sin la cláusula nula por abusividad y sin la integración mediante aplicación judicial de una norma legal (supletoria). Aún cuando ciertamente este razonamiento puede resultar chocante por *“contra intuitivo”*, pues en principio, con carácter general, la aplicación de una norma supletoria daría lugar a una suerte de moderación o reducción conservadora de la cláusula abusiva, en contra de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia contraria a dicha moderación judicial o reducción conservadora, como ya se ha indicado (como podría ser el caso de la sustitución de una cláusula de intereses de demora por una norma legal supletoria que los fije en defecto de pacto¹³⁷ – en un porcentaje siempre superior a los intereses remuneratorios –), pues si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad *“contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”*¹³⁸.

B) La pérdida de las ventajas procesales del deudor en caso de resolución del contrato de préstamo hipotecario en procedimiento declarativo y posterior ejecución de sentencia firme

142. Pero siendo lo antes expuesto cierto en términos generales, no lo es en términos absolutos. En el caso concreto de la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, como ha señalado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016

¹³³ Si en virtud de su anulación desaparece o se altera sustancialmente el objeto del contrato o su causa (cfr. art. 1261 Cc) el contrato no podría subsistir. Lo mismo cabe decir, por ejemplo, en el supuesto de una condición establecida con carácter esencial, en consideración a la cual se hubiere prestado el consentimiento.

¹³⁴ En el caso de la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, se optó por la subsistencia del contrato, permitiendo al juez nacional subsanar la nulidad de la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional, pues sin dicha cláusula (relativa al tipo de cambio de la divisa en un préstamo denominado en una divisa extranjera pero entregado en la moneda nacional y que ha de ser devuelto por el consumidor exclusivamente en la moneda nacional), el contrato no puede subsistir pues resulta imposible liquidar la deuda sin que pueda determinarse el citado tipo de cambio de la divisa; y en caso de que el contrato de préstamo se anule en su totalidad el consumidor se vería confrontado a devolver la totalidad de la deuda pendiente, sin capacidad económica para cumplir dicha obligación.

¹³⁵ Vid. también, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, apartados 83 y 84.

¹³⁶ Ya veremos que, en rigor, el artículo 693.2 LEC no es norma dispositiva, ni de aplicación automática supletoria.

¹³⁷ Cfr. art. 1108 del Código civil.

¹³⁸ Vid. sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C618/10.

(y también en el auto de 8 de febrero de 2017 de planteamiento de la cuestión prejudicial C-70/17), el consumidor se puede ver expuesto a consecuencias perjudiciales en caso de sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria, pues su consecuencia sería dejar expedito al acreedor el camino del juicio declarativo para pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, con restitución recíproca de las prestaciones, o el cumplimiento forzoso del contrato, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses, conforme al artículo 1124 del Código civil. De forma que la sentencia firme dictada en el procedimiento declarativo en que se ejercitase tal acción podría ser objeto de ejecución, en la que se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo su vivienda habitual.

143. Procedimiento de ejecución ordinario en el que el deudor pierde diversas ventajas procesales incorporadas a la legislación española desde la reforma introducida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, ventajas que están previstas exclusivamente para el consumidor en el marco del proceso especial de ejecución hipotecaria, y que el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017 resume en las siguientes (para el caso de hipoteca sobre vivienda habitual)¹³⁹: *“-El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha. - Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. -Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria. - El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación”*.

144. A la pérdida de estas ventajas procesales¹⁴⁰, hay que sumar los perjuicios que se derivaría de *“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”* (vid. auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017¹⁴¹).

145. Este planteamiento parte de la premisa, afirmada por el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, de que en el ordenamiento jurídico español se permite la posibilidad de que *“un acreedor pueda reclamar la totalidad de lo debido, cuando el deudor haya incumplido lo pactado sobre el pago aplazado, en cuyo caso el acreedor puede instar la resolución del contrato, con restitución recíproca de las prestaciones (art. 1124 del Código Civil, ya citado)”*. A su vez, añade el Alto tribunal, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre y cuando se haya pactado expresamente. Dice este último precepto: *“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 y en el asiento respectivo”*.

146. Pues bien, en este concreto extremo es donde se produce la discrepancia sobre la interpretación sobre nuestro ordenamiento jurídico por parte del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona, que niega la posibilidad de que en un contrato de préstamo pueda el acreedor ejercitar la facultad reso-

¹³⁹ Vid. arts. 693 . 3 , 579.22 y 682.23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁴⁰ A las que se refiere la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2017 con la expresiva alocución de *“deterioro de la posición procesal”* del deudor/consumidor.

¹⁴¹ Vid. en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 y 18 de febrero de 2016.

lutoria del artículo 1124 del Código civil¹⁴², pues este precepto se refiere a las obligaciones recíprocas, y el préstamo mutuo es un contrato unilateral y real, citando a tal efecto jurisprudencia del propio Tribunal Supremo.

C) La viabilidad jurídica del ejercicio de la acción resolutoria ex artículo 1124 del Código civil en el caso de los préstamos hipotecarios. Las objeciones del auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona

147. En concreto, el citado Juzgado en su auto de 30 de marzo de 2017 objeta la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, contenida en las sentencias reiteradamente citadas, según la cual un órgano jurisdiccional que conoce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria y que aprecie que este procedimiento se basa en una cláusula abusiva que, en particular, permite el vencimiento anticipado del contrato de préstamo en caso de impago de una mensualidad, debe continuar dicho procedimiento en lugar de acordar el sobreseimiento de la ejecución en virtud del artículo 695, apartados 1 y 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, remplazando para ello tal cláusula por la regla establecida en el artículo 693, apartado 2, de la misma ley, en versión posterior a la firma del contrato de préstamo hipotecario mencionado (introducida por la Ley 1/2013), la cual permite el vencimiento anticipado del préstamo en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales, por considerar el Tribunal Supremo que ello supone una alternativa preferible para el consumidor a la de la resolución del contrato de préstamo hipotecario conforme al artículo 1124 del Código civil, y la posterior ejecución de la sentencia firme que declare tal resolución, alternativa que sería la acogida por el banco acreedor en caso de sobreseimiento del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, conforme a lo ya señalado “*supra*”.

a) Ventajas del sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria: el aplazamiento temporal del lanzamiento

148. El Juzgado de Barcelona objeta dicha jurisprudencia cuestionando tanto la concurrencia del doble requisito exigido por el Tribunal de Justicia examinado anteriormente (la imposibilidad de subsistencia del contrato – determinando su anulación total -, y la generación de efectos perjudiciales para el consumidor derivados de tal anulación), como de la viabilidad de la aplicación en estos casos del mecanismo de integración por aplicación de una norma legal supletoria.

149. En cuanto al requisito de la anulación del contrato en su totalidad, ya nos hemos referido anteriormente a este extremo. Que no existe un supuesto de nulidad total del contrato resulta igualmente del hecho de que el propio Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 de planteamiento de la cuestión prejudicial no se refiere en ningún momento al ejercicio de una acción de nulidad del contrato, sino de resolución del mismo por causa de incumplimiento (con apoyo en el art. 1124 Cc y no en los arts. 1300 a 1303 Cc). Lo que sucede en el presente caso de un préstamo mutuo es que las consecuencias para el consumidor tanto de la nulidad total como de la resolución vienen a ser, en lo esencial, similares en cuanto al efecto sustancial de imponerle la obligación, inmediatamente exigible, del pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón le penalizaría a éste más que al prestamista (según el razonamiento del TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019¹⁴³). En efecto, según el párrafo segundo del artículo 1124 del Código civil “*El perjudicado [en este caso el acreedor] podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de interés en ambos casos*”.

¹⁴² “*La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.*”

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”.

¹⁴³ Razonamiento que, a su vez, toma de la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, apartados 83 y 84).

150. No obstante ello, el Juzgado de Barcelona cuestiona que el procedimiento de ejecución hipotecaria sea más ventajoso que la resolución judicial por dos órdenes de motivos. El primero es de carácter práctico: entiende que exigiendo una previa sentencia declarativa de la resolución y una ejecución ordinaria posterior de esta última *“el consumidor podría, en la práctica, ganar tiempo y evitar momentáneamente que le lancen de su vivienda”*. Ciertamente es ésta una razón de orden práctico de peso que debe ser tomada en consideración. Ahora bien, dicho argumento ha de ponderarse con el conjunto de consecuencias que se derivarán de optar por la citada vía del sobreseimiento, y que cita el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017, expuestas *“supra”* (notable incremento de los intereses de demora, incremento de las costas procesales, etc).

151. A ello ha de añadirse que el auto del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona no tiene en cuenta que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, estableció la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios por ejecución hipotecaria de las familias en situación de riesgo de exclusión. Este plazo de suspensión de dos años fue ampliado a cuatro, en virtud de una modificación introducida en la redacción originaria del artículo 1.1 de la Ley 1/2013 por el artículo 3 de la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, y nuevamente ampliado por el Real Decreto-ley 5/2017, de 17 de marzo, que da nueva redacción al artículo 1 de la citada Ley 1/2013, conforme a cuya redacción vigente *“Hasta transcurridos siete años desde la entrada en vigor de esta Ley, no procederá el lanzamiento cuando en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria se hubiera adjudicado al acreedor, o a persona que actúe por su cuenta, la vivienda habitual de personas que se encuentren en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas previstas en este artículo”*.

152. Durante ese plazo (siete años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013), el ejecutado situado en el umbral de exclusión¹⁴⁴, conforme al párrafo segundo del mismo precepto, *“podrá solicitar y obtener del acreedor ejecutante de la vivienda adherido al Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, o persona que actúe por su cuenta, el alquiler de la misma en las condiciones establecidas en el apartado 5 del anexo de dicho Código”*.¹⁴⁵

153. Por tanto, este primer argumento de orden práctico alegado en el auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona decae, pues obvia que conforme al régimen legal reseñado, durante el plazo de siete años desde la entrada en vigor de la Ley 1/2013 están suspendidos los lanzamientos o desalojos de vivienda por causa de ejecución hipotecaria en el caso de los deudores en situación de vulnerabilidad, en los términos señalados¹⁴⁶.

b) La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la aplicación del artículo 1124 del Código civil en los contratos de préstamos

154. El segundo argumento empleado por el auto del Juzgado de Primera Instancia nº1 de Barcelona en contra de los razonamientos del Tribunal Supremo sobre la conveniencia para el consumidor de no sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, es que *“un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la redacción del artículo 1124 del Código Civil pone de manifiesto, ..., que, en*

¹⁴⁴ Vid. art. 1.2 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

¹⁴⁵ Téngase en cuenta que la disposición final décima de la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, modifica el citado Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, con el fin de convertir el código de buenas prácticas en un mecanismo permanente y obligatorio para todas las entidades adheridas que permita a todos los deudores más vulnerables en situación de impago acceder a las opciones de alivio de la deuda contenidas en el mismo.

¹⁴⁶ Y para el caso de que se trate de deudores que no puedan acogerse al citado régimen legal, pudiendo disponer de otras alternativas residenciales, el aplazamiento del lanzamiento por la vía de la previa obtención de una sentencia declarativa de la resolución del contrato podría resultar muy costosa en los términos señalados por el Tribunal Supremo (elevado coste en términos de notable incremento de los intereses de demora y de costas procesales).

el caso de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de una vivienda, es relativamente probable que la acción declarativa basada en el artículo 1124 del Código Civil sea desestimada porque este artículo no es aplicable a los contratos de préstamo. Incluso en caso de que se admitiera la aplicación del artículo 1124 del Código Civil a los contratos de préstamo, ... no cabe descartar que no prospere la acción de resolución cuando el órgano jurisdiccional considere justificado conceder un plazo al deudor; tal como permite expresamente este artículo”.

155. Esta tesis (inaplicación del artículo 1124 del Código civil a los contratos de préstamos), sin embargo, no puede sostenerse actualmente pues las dudas que pudieran existir con arreglo a los precedentes de sentencias anteriores, han sido despejadas recientemente por el propio Tribunal Supremo en su reciente sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil 432/2018, de 11 de julio, en que se zanján tales dudas, fijando la siguiente doctrina legal favorable a la aplicación del citado precepto a los préstamos mutuos en que se haya pactado el pago de intereses a cargo del prestatario. Así aclara el Alto Tribunal que el *“El artículo 1124 del Código civil refiere la facultad resolutoria como remedio frente al incumplimiento de una de las partes cuando medien entre ellas vínculos recíprocos. Cuando no es así y del contrato solo nace obligación para una de las partes, no hay posibilidad de resolver conforme al art. 1124 CC y el ordenamiento establece las condiciones en que se puede poner fin a la relación. Basta recordar los arts. 1733 y 1736 CC para el mandato, los arts. 1775 y 1776 CC para el depósito o los arts. 1749 y 1750 CC para el comodato. ... En estos contratos que se acaban de mencionar, salvo en el comodato, que es esencialmente gratuito, puede fijarse retribución y, entonces, nos encontramos ante dos obligaciones recíprocas, para las que podrá valorarse si el incumplimiento de una de las partes es esencial de modo que ya no resulte exigible a la otra seguir vinculada./Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el art. 1124 CC. En todo caso, si se produce alguna de las circunstancias previstas en el art. 1129 CC, el prestatario (mutuario) pierde el derecho a utilizar el plazo, de modo que el crédito será ya exigible”.*

156. Pero a continuación añade el Tribunal que *“La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). ... En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el art. 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente.*

.... De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses, y quien entregó el dinero y cumplió su obligación puede resolver el contrato conforme al art. 1124 CC si la otra parte no cumple su obligación de pagar intereses.

Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario”.

Sentado lo anterior, decae el argumento del auto de 30 de marzo de 2017 del Juzgado de Barcelona de no ser aplicable el artículo 1124 del Código civil al préstamo en que se haya fijado la obligación del pago de intereses remuneratorios a cargo del prestatario, como sucede en el caso de los préstamos objeto de los litigios principales que dieron lugar a las cuestiones prejudiciales resueltas por la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2017.

Subsidiariamente afirma el citado auto del Juzgado de Barcelona que, incluso si se admite la aplicación del artículo 1124 del Código civil a los contratos de préstamo, no puede descartarse que *“no prospere la acción resolutoria cuando el órgano jurisdiccional considere justificado conceder un plazo*

al deudor, tal y como permite expresamente este artículo”.

Ciertamente el citado precepto señala en su párrafo tercero que “*El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo*”. Ahora bien, esta posibilidad no excluye el hecho de que la regla general prevista en la norma es la de la resolución, y que la vía de excepción indicada exige alegar y probar que concurren las citadas “*causas justificadas*” que autorizan señalar un plazo adicional para el cumplimiento. En todo caso, admitiendo como plausible la interpretación conforme a la cual la resolución requiere que el incumplimiento sea grave en cuanto a la cuantía y duración del incumplimiento (gravedad que en caso de no concurrir podría justificar el señalamiento de un plazo adicional para el cumplimiento), en la actualidad parece difícil objetar que el artículo 24 de la reciente Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y la nueva redacción dada al artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por aquella, no puedan constituir cánones interpretativos válidos a los efectos de orientar la aplicación del artículo 1124 del Código civil en cuanto al número de cuotas o mensualidades impagadas (o porcentajes del capital impagado¹⁴⁷), de forma que una vez acumulados dichos impagos la posibilidad de conceder nuevo plazo al deudor se reduce sensiblemente.

D) La integración del contrato de préstamo por medio de la aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

157. Como se ha dicho, el auto de remisión de la cuestión prejudicial C-179/17 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Barcelona cuestiona también la posibilidad de aplicar el mecanismo subsanatorio de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por medio de la aplicación supletoria del artículo 693.2 de la Ley procesal civil, cuestionamiento que basa en el siguiente razonamiento: “*suponiendo que pueda recurrirse en abstracto a la aplicación supletoria del artículo 693, apartado 2, de la LEC, en su versión vigente con posterioridad a la firma del contrato de préstamo hipotecario, la existencia de un convenio entre las partes es un requisito fundamental impuesto por esta disposición para su aplicación. Estima que, en el asunto del que conoce, ciertamente existía tal convenio al tiempo de la firma del contrato de préstamo hipotecario, pero precisamente dicho convenio ha sido declarado abusivo y nulo*”.

158. No le falta parte de razón al citado órgano judicial remitente en cuanto a este planteamiento, aun cuando pueda parecer paradójico el argumento. Si conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en las condiciones que ya hemos analizado, cabe “*subsanan la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional*” (cfr. sentencia TJUE de 30 de abril de 2014, as. Kásler¹⁴⁸), puede parecer contradictorio afirmar, como hace el auto del Juzgado de Barcelona, que no quepa la aplicación de la norma supletoria por la nulidad del convenio, pues es precisamente la nulidad por abusividad de la estipulación (en este caso la de vencimiento anticipado) la que permite acudir a la norma supletoria. Lo que sucede es que no hay en rigor contradicción pues, como ya se ha señalado más arriba, el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es una norma dispositiva, y por tanto de aplicación supletoria, sino autorizatoria (inspiradora del pacto, en la terminología del TJUE¹⁴⁹).

159. Este tema fue certeramente advertido por el Abogado General M. Szpunar en sus conclusiones del 13 de septiembre de 2018 al señalar que “*En lo que atañe a la aplicación del artículo 693, apartado 2, de la LEC, del auto de remisión del Tribunal Supremo no se desprende que esa disposición*

¹⁴⁷ Estos porcentajes y cuotas son los siguientes: “*i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.*

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses”.

¹⁴⁸ Apartado 85.

¹⁴⁹ Cfr. Sentencia de 26 de marzo de 2019 (asuntos Abanca y Bankia) que se refiere reiteradamente al pacto de vencimiento anticipado como un pacto “inspirado” en el art. 693.2 LEC.

*revista carácter supletorio. En efecto, la simple lectura de dicha disposición permite constatar que para su aplicación se requiere un pacto expreso entre las partes y, en consecuencia, la citada disposición no puede aplicarse sin dicho pacto. En cambio, el Tribunal Supremo alude a la posibilidad de aplicar esa disposición «supletoriamente» sin pronunciarse sobre su carácter supletorio»¹⁵⁰. Como señalamos más arriba, a diferencia de las normas imperativas que no admiten el “*pactum contra legem*”, y se aplican en todo caso; en el caso de las dispositivas sí se admiten dichos pactos (en tanto no atenten contra otras normas imperativas, la moral ni el orden público), y sólo en caso de que no exista pacto se aplican supletoriamente.*

160. En el caso de las normas autorizatorias tampoco se admite el “*pactum contra legem*”, pero sí el “*pactum secundum legem*”, pues es la ley la que define directamente tanto la tipología del supuesto de hecho como la consecuencia jurídica, delegando en la autonomía de la voluntad de las partes la decisión sobre si se aplica o no a un contrato o negocio jurídico concreto dicho pacto (con sujeción a la definición del supuesto de hecho y a la consecuencia jurídica determinada por la norma). Pero sin el pacto no se aplica subsidiariamente la norma autorizatoria, que no es de aplicación supletoria por no ser en rigor dispositiva.

161. La paradoja real surge, al trasladar el mecanismo de la subsanación de una cláusula previamente declarada abusiva por medio de la aplicación supletoria de una norma autorizatoria, al observar que la aplicación de la norma podría dar como resultado exactamente el mismo que el resultante de la aplicación de la cláusula supuestamente abusiva, pues el contenido material de la norma autorizatoria, si el pacto se atuvo a su contenido (como ocurre en el caso de los litigios principales), es el mismo. Lo que sucede en los casos a que se refieren estos litigios principales es que el contenido material de la citada norma autorizatoria (art. 693.2 LEC) ha cambiado por obra del legislador (*ex* Ley 1/2013, de 14 de mayo, mejorando parcialmente la posición del deudor al exigir como elemento del pacto tipificado que se autoriza que se hayan impagado al menos tres cuotas mensuales), que precipitadamente modificó la redacción de aquel precepto como si la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013 no se refiriese a una cláusula contractual sino a un precepto legal, lo que no era el caso. A diferencia de otros contenidos de la citada sentencia (por ejemplo el relativo a las referencias que en materia de medidas cautelares hace al art. 131 LH), en lo tocante al tema del vencimiento anticipado lo cuestionado no era la citada norma de la ley procesal sino la cláusula contractual. Y por este hecho particular (reforma legal sobrevenida que mejora parcialmente la posición del deudor), en el presente caso la sustitución de la cláusula por la norma autorizatoria, aplicada supletoriamente de forma contradictoria con su propia naturaleza (no dispositiva), no es el mismo.

162. En todo caso, a pesar de las indudables dificultades dogmáticas señaladas, el Tribunal de Justicia de la UE en su comentada sentencia de 26 de marzo de 2019 avala la posibilidad de extender el mecanismo de subsanación de las cláusulas nulas por abusivas mediante la aplicación de normas legales (aprobadas con posterioridad a la fecha de celebración del contrato), si bien evitando referirse a ellas como normas dispositivas o supletorias. Se trata de una interpretación teleológica que atiende al objetivo final que no es otro que la evitación al consumidor de efectos perjudiciales por la aplicación de una medida que tiene precisamente una finalidad tuitiva y de protección del consumidor.

10. ¿Cuál es la solución final?

163. A la vista de todo ello, cabe plantearse cual haya de ser la solución final aplicable en supuestos como los analizados en los litigios principales a que se refieren las cuestiones prejudiciales C-70/17 y C-179/17 teniendo en cuenta que: 1º no cabe afirmar que la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado examinadas provoque necesariamente la nulidad total de los préstamos hipotecarios (si bien esto no excluye necesariamente que no pueda entenderse que “*la finalidad y la naturaleza*

¹⁵⁰ Apartado 121.

jurídica del contrato” queda alterada por la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario a largo plazo)¹⁵¹; 2º el mantenimiento del contrato sin la cláusula de vencimiento anticipado y sin integración del contrato por medio de la aplicación del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puede generar al consumidor mayores perjuicios que la conservación del contrato integrado por la citada disposición (lo que puede depender de las particulares circunstancias de cada caso concreto^{152 153}).

164. La respuesta literal del Tribunal de Justicia en la parte dispositiva de su sentencia de 26 de marzo de 2019 es que los artículos 6 y 7 de la Directiva “*no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales*”. Ahora bien, como la única hipótesis que contempla (que el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir en caso de supresión de la cláusula abusiva) no parece plausible en el presente caso con arreglo al Derecho español (a reserva de lo que luego se dirá), habría que acudir, más allá de la parte dispositiva de la sentencia, a sus fundamentos jurídicos, en concreto a su apartado 63, en el que para la hipótesis de que los órganos jurisdiccionales remitentes lleguen a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas, “*deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria*”¹⁵⁴.

165. Por tanto, de una lectura literal de la sentencia del Tribunal de Justicia resultaría, al menos en una primera apariencia, que la misma nuevamente aboca a una modificación en la regulación de la tramitación de los procedimientos de ejecución hipotecaria en España, de forma que una vez constatada por el órgano judicial ante el que se siga el procedimiento de ejecución el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado, tratándose de un supuesto excluido del ámbito de aplicación material y temporal de la nueva Ley 5/2019, de 19 de marzo, reguladora de los contratos de créditos inmobiliarios (vid. art. 2 y disposición transitoria primera, apartado 4), dicho órgano judicial antes de decidir sobre el sobreseimiento o continuidad del procedimiento de ejecución habría de abrir un trámite de audiencia para recabar el criterio del deudor ejecutado sobre tal extremo. Incumbirá al deudor y al letrado que tenga asumida su defensa y asesoramiento ponderar el conjunto de las circunstancias del caso para valorar cual de las alternativas posibles (continuidad del procedimiento de ejecución por la vía del procedimiento hipotecario especial, o sobreseimiento con las consecuencias ya examinadas) resulta más favorable o menos perjudicial para el consumidor.

166. Así parece apuntarlo también el prof. GUILARTE ZAPATERO¹⁵⁵, al plantear la necesidad de completar el régimen transitorio de la Ley 5/2019, de 19 de marzo, sobre contratos de crédito inmobiliario, contemplando la situación de las ejecuciones en curso y suspendidas a la fecha de su entrada en

¹⁵¹ En el sentido expresado por el TJUE en la sentencia de 15 de marzo de 2012 (C-453/10).

¹⁵² Un ejercicio analítico de distintos casos particulares, con ejemplos concretos, realiza el Abogado general M. Szpunar, en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018, si bien éste análisis es parcial pues sólo examina una de las varias características del procedimiento especial de ejecución hipotecaria identificadas en el auto del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2017.

¹⁵³ Si bien la posibilidad de que sobreseído el procedimiento de ejecución hipotecaria por la cantidad liquidada resultante de la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipada, seguida de una nueva demanda ejecutiva por la misma vía y limitada a las cuotas impagadas correspondiente a los plazos efectivamente vencidos puede resultar con carácter general, como ya se ha señalado, perjudicial para los consumidores en la mayoría de los casos.

¹⁵⁴ “*Ese 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 del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, apartado 71)*”.

¹⁵⁵ Vid. comentario en la entrada <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>.

vigor, “a cuyos efectos pudiera ser oportuno dar un trámite alegatorio a las partes a la vista de lo cual el Tribunal pueda decidir el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria por no adecuarse a la nueva regulación del vencimiento anticipado, caso de que así fuera. Y ello, sin perjuicio de su ulterior planteamiento conforme a las nuevas pautas legales...”.

Sin embargo, como hemos visto por extenso más arriba, no es ésta la única lectura posible de la sentencia. De forma que bien podría ocurrir que nuestro Tribunal Supremo¹⁵⁶ entendiera que la sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 sienta la doctrina de que el contrato de préstamo hipotecario, aún pudiendo subsistir conforme a nuestro Derecho interno, sin embargo, con arreglo a las pautas de la reformulada doctrina “Kásler-Abanca”¹⁵⁷, queda alterado en cuanto a su “finalidad y naturaleza jurídica”, de forma y en grado tal que, conforme a un enfoque objetivo, pueda suponerse que las partes, con arreglo a su voluntad común, real o hipotética, no habrían firmado el contrato sin la cláusula de vencimiento anticipado; o bien que dada la supresión de dicha cláusula el contenido residual del contrato, ajeno al vicio de abusividad, no refleje un equilibrio real de la posición contractual de las partes, generando un desequilibrio en términos tales que hagan excesivamente oneroso el contrato para el predisponente (y/o para el consumidor por el deterioro de su posición procesal), tema éste sobre el que pende ante el Tribunal de Justicia la contestación a otra cuestión prejudicial, en concreto la planteada por un Juzgado del 1ª Instancia de Fuenlabrada, mediante de auto de 8 de febrero de 2016¹⁵⁸, a cuya resolución, por tanto, acaso sea prudente esperar¹⁵⁹ antes de dar una respuesta definitiva al interrogante enunciado en el presente epígrafe.

11. Reflexión final

167. Ante este complejo panorama parece aconsejable pararse a reflexionar sobre el tema de fondo (la situación del mercado del crédito hipotecario residencial y el derecho de acceso a una vivienda) desde una perspectiva más general. No debe olvidarse que desde que se aprobó la Ley del Mercado Hipotecario en 1981, la cual fue uno de los muchos frutos de los famosos Pactos de la Moncloa de 1977 al inicio de la transición política española, el enorme desarrollo del mercado hipotecario en España ha facilitado el acceso a la vivienda en propiedad a casi un 80% de las familias españolas, lo que es sin duda un efecto enormemente positivo. Y que como dice la propia Comisión europea en el Libro Blanco de integración de los mercados hipotecarios en Europa de 2007, los Estados miembros deben vigilar que sus procedimientos de ejecución sean ágiles y eficaces para garantizar el recobro de la deuda, pues lo contrario encarece la refinanciación de las entidades de crédito, encarecimiento que se repercute en la factura hipotecaria que pagan los deudores.

168. Hay que recordar que en España entre 2010 y 2018 el total del saldo vivo del crédito hipotecario se ha reducido en torno a un 20% descendiendo de unos 600.000 millones de euros a menos de 500.000 actuales¹⁶⁰ (y ello a pesar de los incrementos interanuales que desde hace ya varios años se viene

¹⁵⁶ La falta de un recurso de casación expreso ante el Tribunal Supremo, derivado de una ejecución hipotecaria, ha producido una “atomización” de criterios entre distintos Juzgados y Audiencias, lo que ha incrementado el grado de inseguridad jurídica y falta de criterios uniformes en tal materia. Por ello algunas voces reclaman una reforma de la LEC con objeto de facilitar una homogeneización de la interpretación de las ejecuciones hipotecarias en España, lo que evitaría la actual situación de “fragmentación de interpretaciones” (vid. Dionisio Moreno Trigo – Verónica del Carpio Fiestas en “La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado en préstamos con garantía hipotecaria y el archivo de la ejecución hipotecaria”; <https://veronicadelcarpio.com/2019/03/31/stjue-26-3-2019/>).

¹⁵⁷ En la denominación del prof. Pantaleón.

¹⁵⁸ En concreto la petición de decisión prejudicial se formula en el citado auto de 8 de febrero de 2016 en los siguientes términos: “1) ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera irrazonablemente oneroso para el profesional?. 2) Para el caso de imposibilidad de subsistencia de un contrato irrazonablemente oneroso para el profesional, ¿estaría facultado el juez nacional para salvar el contrato, en protección del consumidor, bien aplicando una disposición de Derecho supletorio o bien habría de integrar el contrato con una regla mínimamente tolerable para el profesional?”.

¹⁵⁹ Igualmente quedan pendientes de resolver las cuestiones prejudiciales C-167/16 -Jdo. 1ª Inst. n.º 2 de Santander- y C-486/16 - Jdo. 1ª Instancia 6 de Alicante.

¹⁶⁰ Según datos de la Asociación Hipotecaria Española al cierre del ejercicio 2018 esta cifra había descendido a 478.946 millones de euros.

experimentado en la nueva contratación, que no obstante no compensa los saldos amortizados). En el mismo periodo ha aumentado notablemente el diferencial que se añade a los índices de referencia en los tipos que se contratan a interés variable, estando en la actualidad de promedio próximo al 2%, lo que supone un incremento superior al 200% desde los años previos a la crisis (por mucho que en la actualidad no haya una percepción social de carestía de las hipotecas, que se debe al hecho extraordinario de que el Euribor, principal índice de referencia, está en tasas negativas (-0,11%¹⁶¹) por la política monetaria expansiva del Banco Central Europeo.

169. La regulación hipotecaria debe garantizar al tiempo la defensa de los consumidores frente a las cláusulas abusivas y el derecho del acreedor al cobro de lo debido. En definitiva se debe lograr un sistema equilibrado en el que no exista indefensión por parte del consumidor, ni tampoco una regulación que garantice el derecho de defensa de éste a costa de hacer insegura la garantía hipotecaria. Como afirma el Abogado general Nils Wahl en sus recientes conclusiones de 21 de marzo de 2018 (asunto *Bankia vs Marí Merino y otros*) *“toda la legislación de la Unión se caracteriza por la tensión existente entre los estímulos proporcionados a los consumidores, por un lado, y a los empresarios, por otro ... Mientras que un elevado nivel de protección alienta a los consumidores, demasiada “burocracia” más bien disuade a las empresas”*.

170. Y en la búsqueda de este difícil equilibrio es esencial que la jurisprudencia comunitaria y nacional pondere las consecuencias de sus decisiones y analice en profundidad la armonía del conjunto de intereses en juego. Evidentemente no es lo mismo anular una cláusula de sumisión a fuero en un contrato de compraventa a plazos de una enciclopedia (asunto del Grupo editorial Salvat, primera cuestión prejudicial española sobre la Directiva de 1993), que estimar nulas todas las cláusulas de vencimiento anticipado incorporadas en los contratos de préstamos hipotecarios (aún ajustadas a los términos de la ley vigente en el momento en que se contrataron). Si el objetivo final es la defensa y protección de los derechos e intereses de los consumidores, y la mayor uniformidad jurídica en el mercado interior como requisito para una más eficaz competencia entre los oferentes y empresarios (así resulta del preámbulo de la Directiva 93/13) es preciso no perder de vista la correlación que describe el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 entre la eficacia de la garantía hipotecaria y el menor precio que para el consumidor tiene la financiación hipotecaria (préstamos garantizados con hipoteca) respecto a los préstamos personales, hasta el punto de que, según los datos estadísticos del Banco de España citados en dicho auto, el tipo de interés medio aplicado a las operaciones de crédito al consumo en diciembre de 2015 fue del 9,1%, frente al 1,7% de las operaciones hipotecarias. Es decir, la garantía hipotecaria reduce hasta cinco veces el coste de la financiación del consumidor. Y ello simultáneamente a la ampliación de los plazos de amortización que se prolongan en los préstamos hipotecarios en relación con los personales en una proporción similar. Preservar estas ventajas para el consumidor, y al mismo tiempo preservar también un régimen de protección eficaz frente a las cláusulas abusivas es el reto. Si se consigue lo segundo sacrificando el primer objetivo probablemente el resultado final sería contraproducente.

171. Todo esto es extraordinariamente importante. Se dice, con razón, que una sociedad avanzada debe generar recursos con criterios de eficiencia y repartirlos con criterios de justicia. Pues bien, esto es precisamente lo que hace el crédito hipotecario que constituye un importante instrumento jurídico-financiero para distribuir intrageneracionalmente los recursos al permitir al deudor disponer anticipadamente de sus rentas futuras, a cargo de anticipos de rentas excedentes procedentes de depositantes o inversores en títulos hipotecarios, a cambio de la correspondiente remuneración en forma de intereses. Conseguir que esto siga siendo así, con un mercado fuerte y transparente, y con un régimen de protección al consumidor y de competencia entre los operadores del mercado igualmente fuerte es el objetivo que no debe nunca perderse de vista evitando posiciones e interpretaciones que puedan terminar teniendo resultados contrarios a los pretendidos.

¹⁶¹ Dato de abril de 2019.