

STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019 SOBRE VENCIMIENTO ANTICIPADO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO

José María Martín Faba*
*Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla–La Mancha
Profesor Ayudante UAM*

Fecha de publicación: 5 de abril de 2019

¡Y llegó de Luxemburgo la esperada sentencia sobre la cláusula de vencimiento anticipado y el procedimiento de ejecución hipotecaria español! ¿Pero qué debía decidir a estas alturas la sentencia, cuál es su ámbito de aplicación? Nótese que los más de dos años desde que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial, así como la publicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI, en adelante), han hecho que se mitiguen y distorsionen los efectos de la ansiada resolución. En términos prácticos, la sentencia influirá sustancialmente en las ejecuciones hipotecarias que fueron suspendidas por los Juzgados de Primera Instancia y por las Audiencias Provinciales a causa de que el Tribunal Supremo planteara la cuestión prejudicial que se resuelve ahora por el Tribunal de Justicia en torno a la cláusula de vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios. En rigor, la doctrina de la sentencia también deberá afectar a los casos en los que los prestamistas no hayan declarado el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario a pesar de que el prestatario haya incumplido reiterados plazos, normalmente por temor a que la ejecución hipotecaria fuera suspendida o sobreseída por el posible carácter abusivo de la cláusula, pero que decidan declarar el vencimiento anticipado e interponer una demanda de ejecución hipotecaria antes del 16 de junio de 2019, fecha en la que entrará en vigor la LCCI. Volveremos sobre esta cuestión en las “reflexiones” sobre la sentencia.

Pues bien, la sentencia no ha resuelto de forma directa el devenir de los miles de procedimientos de ejecución hipotecaria contra consumidores suspendidos por la cláusula de vencimiento anticipado, y por tanto, si estos tienen que reactivarse o, en cambio, verse sobreseídos para siempre, con la consecuencia de que los acreedores hipotecarios se verían obligados a acudir al procedimiento declarativo a obtener una sentencia de condena a la devolución de la parte del préstamo adeudada que luego

* <https://orcid.org/0000-0002-4826-8140>



podrían ejecutar, o que, en última instancia, tuvieran que aceptar una dación en pago, debido a los obstáculos y conflictos que entraña la vía procesal residual. La sentencia deja esta decisión en manos de los jueces que conocen de las ejecuciones hipotecarias.

Más de aquella se deduce, a mi juicio, que la intención y el propósito del Tribunal de Justicia es apoyar la postura del Tribunal Supremo y fomentar que el juez de la ejecución hipotecaria española pueda, cuando se hayan producido impagos reiterados del prestatario, integrar la cláusula de vencimiento anticipado abusiva con una disposición de derecho nacional (art. 693. 2 LEC, versión Ley 1/2013), de manera que la ejecución hipotecaria suspendida continúe, por ser más beneficiosa para los intereses del consumidor. De hecho, para servir a esta finalidad, el Tribunal de Justicia se ve obligado a modificar subrepticamente o de forma disimulada su doctrina emanada hasta la fecha relativa a la posibilidad de integrar una cláusula declarada abusiva. Y yo creo que lo hace de forma reservada para evitar dar la impresión de que está modificando o derogando su doctrina sobre la “no-integración no-moderación”. Es decir, entiendo que el Tribunal de Justicia no pretende que esta sentencia pueda ser interpretada como una modificación de los pilares de su doctrina relativa a la posibilidad de “reemplazar” una cláusula declarada abusiva. Por que de haber sido así, creo que la cuestión hubiera sido tan revolucionaria y novedosa que el Tribunal de Justicia lo tendría que haber declarado expresamente y sin vacilación.

El Tribunal de Justicia lo ha permitido siempre que la abusividad de la cláusula originaba la nulidad del contrato y la restitución natural de las prestaciones, provocando un perjuicio al consumidor, pues la cuantía que tiene que devolver *puede exceder de su capacidad económica, y por esa razón puede penalizar a éste más que al prestamista (Kásler)*. Con todo, en este caso el Tribunal de Justicia da a entender que permite la integración cuando la nulidad de la cláusula provoca una alteración en la vía procesal en perjuicio del consumidor. A mi juicio, con carácter general, las vías procesales resultantes cuando la cláusula de vencimiento anticipado es declarada abusiva no perjudican al consumidor. Sin embargo, el Tribunal Supremo propone y expone al Tribunal de Justicia que, en términos generales, es más favorable para el prestatario que impaga “definitivamente” su préstamo hipotecario que le ejecuten por la vía especialmente destinada a tal propósito y no por los cauces residuales que provoca la declaración de abusividad de la cláusula. Entiendo que el Tribunal Supremo sabe que aquello no es así en cualquier caso, pero es su manera de acabar con una situación que no le parece adecuada. Pero es probable que el Tribunal de Justicia no lo sepa, y por tanto crea honradamente que la ejecución hipotecaria es más favorable a los intereses del consumidor. Y por ahí ha pretendido “salvar los muebles”, ampliado, si bien no en los términos más claros y precisos, la posibilidad de integrar una

cláusula declarada abusiva cuando la nulidad provoque una modificación de la alternativa procesal aplicable en perjuicio de los intereses del consumidor.

Pasemos, pues, a analizar la STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

1. Introducción

En esta sentencia se resuelven acumuladamente las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo (TS, en adelante), asunto C-70/17, mediante auto de 8 de febrero de 2017, y por el JPI n.º 1 de Barcelona, asunto C-179/17, mediante auto de 30 de marzo de 2017. Ambas cuestiones versan sobre la cláusula de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios. La petición de decisión prejudicial correspondiente al asunto C-70/17 tiene como escenario un proceso declarativo, en el que el consumidor es demandante, mientras que la petición de decisión prejudicial correspondiente al asunto C-179/17 se ha presentado en el contexto de un procedimiento de ejecución hipotecaria, donde el consumidor es demandado.

Con todo, solo nos vamos a referir al asunto C-70/17, pues, aunque finalmente el Tribunal de Justicia (TJUE, en adelante) procede a analizar las cuestiones prejudiciales planteadas en ambos asuntos conjuntamente, en realidad solo da una respuesta expresa a las preguntas planteadas por el TS.

2. Hechos del asunto C-70/17

Se trata de un préstamo hipotecario suscrito el 30 de mayo de 2008, por un importe de 100 000 euros y con un plazo de devolución de treinta años. La cláusula 6 bis de ese contrato tiene la siguiente redacción: “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]*”.

El prestatario presentó una demanda ante el juzgado competente en primera instancia, en la que solicitaba que se anulasen varias cláusulas de dicho contrato de préstamo hipotecario, entre ellas la cláusula 6 bis, por considerarlas abusivas. El juzgado estimó la demanda y declaró la nulidad, entre otras, de la cláusula 6 bis de ese contrato de

préstamo hipotecario. Abanca recurrió en apelación la sentencia ante la AP de Pontevedra, la cual desestimó el recurso, confirmando, de este modo, la sentencia dictada en primera instancia. Posteriormente, Abanca recurrió en casación ante el TS la sentencia dictada por la AP.

El tribunal remitente (TS) considera, en primer lugar, que la cláusula 6 bis es abusiva en la medida en que permite el vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario en caso de impago por el deudor de una única cuota del préstamo. Asimismo, expresa sus dudas acerca de la posibilidad, habida cuenta de lo dispuesto en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, de declarar una cláusula contractual parcialmente abusiva, permitiendo la subsistencia de la parte de esa cláusula que no se considera abusiva. A este respecto, estima fundamentalmente que la eliminación del elemento abusivo de una cláusula contractual y el mantenimiento del resto de su contenido que no tenga carácter abusivo no constituyen una integración o una sustitución del contenido contractual. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente plantea la duda de si es conforme con lo dispuesto en la Directiva 93/13 la aplicación de una disposición supletoria de Derecho nacional para permitir la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado tras ejercitarse una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo, cuyo carácter abusivo ha sido declarado por un órgano jurisdiccional nacional, en la medida en que este procedimiento se considera más favorable para los consumidores que el procedimiento de ejecución ordinaria.

En estas circunstancias, el TS decidió suspender el procedimiento y plantear al TJUE las cuestiones prejudiciales siguientes:

“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 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?”

3. Fundamentación

Como dijimos, el TJUE procede a analizar las cuestiones prejudiciales planteadas en ambos asuntos conjuntamente debido a su evidente conexión. Así, según el TJUE, mediante sus cuestiones prejudiciales, 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, (i) por una parte, cuando una cláusula de vencimiento 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, (ii) 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 (art. 693.2 LEC, Ley 1/2013), en la medida en que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores.

3.1 Sobre la conservación parcial de la cláusula

Según el TJUE 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 tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría el efecto disuasorio previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. A su juicio, la mencionada 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.

En virtud de lo expuesto, el TJUE declara que *“Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un*

contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia”.

3.2. Sobre la continuación de la ejecución hipotecaria por la aplicación supletoria del art. 693.2 LEC

Expone el TJUE que de su jurisprudencia¹ no se desprende que, en una situación en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se oponga 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. En este caso el TJUE ha considerado que tal sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional queda plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13. En efecto, se ajusta al objetivo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

Continúa manifestando el TJUE que, si en una situación como la descrita, 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. Así, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación 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. Por análogos motivos considera que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un

¹ SSTJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, asunto C-618/10 (EU:C:2012:349), apartados 69 y 73; y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, 79, 80, 81 83 y 84.



consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad de ese contrato, sustituya esa cláusula con la nueva redacción de esta disposición legal de referencia introducida con posterioridad a la celebración del contrato, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Así, afirma el TJUE que las cláusulas controvertidas en los litigios principales, inspiradas en la redacción del artículo 693.2 LEC, en su versión vigente en el momento de la celebración de esos contratos, permiten fundamentalmente a los bancos en cuestión declarar el vencimiento del préstamo y exigir el pago del importe aún no satisfecho cuando deje de abonarse una cuota mensual. **Según declara, incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo², si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir.**

En tal supuesto, asevera el TJUE, corresponderá 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. A este respecto, expone que de los autos de remisión resulta que **tal anulación podría incidir, en particular, en los cauces procesales de Derecho nacional con arreglo a los cuales los bancos pueden reclamar judicialmente el pago de la totalidad del importe del préstamo pendiente de devolución por los consumidores.** Así, afirma que 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 (sic), 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 693.2 LEC, que permite declarar el vencimiento anticipado de tales contratos en caso de impago por parte del deudor de, al menos, tres mensualidades. Expone, además, que según se ha señalado por el TS, 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

² En el sentido de la **STJUE de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144, apartado 32).**

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.

Y sigue diciendo, **que tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, podría justificar, 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. 2 LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales.** No obstante, concluye que, 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.** 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 posible³.

En virtud de todo lo expuesto, el TJUE declara que: *“Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que **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*

³ En este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 71).

perjudiciales”.

4. Reflexiones

1ª. Por su indudable repercusión, en primer lugar, me voy a referir a la posibilidad de integrar la cláusula de vencimiento anticipado abusiva con una disposición nacional (art. 693.2 LEC, Ley 1/2013) y, por consiguiente, a la posibilidad de continuar la ejecución hipotecaria. Pues bien, vamos a empezar por el final. Según la STJUE de 26 de marzo de 2019 esta apreciación queda en manos de los jueces de las ejecuciones hipotecarias (*“dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan en exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias al efecto”*). Hasta la fecha, el TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*) había sostenido que para que una cláusula declarada abusiva pudiera ser integrada con una disposición de derecho nacional, debían cumplirse las siguientes condiciones. Primera, la declaración de abusividad de la cláusula debe comportar la nulidad del contrato. Segundo, la nulidad del contrato debe exponer al consumidor a consecuencias perjudiciales o que penalicen su situación, como puede ser que este tenga que devolver de forma inmediata la parte del préstamo no satisfecha. Tercero, si se cumplen los dos requisitos anteriores, la laguna podrá ser colmada por una disposición de derecho supletorio nacional. Con todo, la STJUE 26 de marzo de 2019 incluye ciertas variaciones en relación a su doctrina anterior.

1ª.1. Empezaremos por la última, pues es la que tiene menos enjundia. Según la doctrina del TJUE emanada hasta ahora (*Kásler*), la norma que integre o sustituya una cláusula declarada abusiva tiene que tener carácter supletorio en el Derecho nacional. Es evidente que el artículo 693.2 LEC no es una norma que se aplique en defecto de pacto entre las partes. Con todo, en la sentencia objeto de análisis el TJUE no requiere que la norma integradora sea de derecho supletorio, pues establece que *“los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE (...) deben interpretarse en el sentido de que 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** (...)”*. En efecto, en este caso el TJUE no requiere para integrar la cláusula de vencimiento anticipado abusiva que la norma por la que esta se sustituye sea de carácter supletorio, sino la aplicable *“en caso de convenio entre las partes”*. Y ello teniendo en cuenta que el JPI de Barcelona, en su auto de remisión, deja bien claro al TJUE que el artículo 693.2 LEC no es de



carácter supletorio, sino aplicable en caso de pacto entre las partes. Obsérvese como en este punto el TJUE modifica en cierta medida su doctrina anterior. Mas no es una modificación sustancial, pues lo importante no es que la norma que integra el contrato sea de carácter supletorio, sino que sirva para *que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula*, de forma que la declaración de abusividad no penalice al consumidor. Por tanto, no puede sostenerse que los jueces no podrán sustituir la cláusula de vencimiento anticipado abusiva con el artículo 693.2 LEC porque esta norma no es derecho supletorio.

- 1ª.2. A continuación, nos referiremos al primer requisito, esto es, que la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado comporte la nulidad del contrato de préstamo hipotecario. En mi opinión, en la argumentación del TJUE sobre este requisito es donde realmente se ve su intención de favorecer la postura del TS. Obsérvese que de prácticamente todo el relato de la sentencia se desprende que, con carácter primordial, el juez nacional debe comprobar si la abusividad de la cláusula de vencimiento provoca que el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir, es decir, que este tenga que ser anulado. En este sentido, para que pudiera integrarse una cláusula declarada abusiva con una disposición de derecho nacional, el TJUE venía requiriendo que la abusividad de la cláusula provocara que el contrato en la que se incluía tuviera que anularse al no poder subsistir sin esta. Puede decirse que eran cláusulas que se referían a un elemento esencial del contrato, cuya ineficacia provoca asimismo la del contrato principal. Así, el TJUE ha permitido la integración cuando la cláusula establecía el tipo de cambio aplicable a los pagos para la devolución de un préstamo denominado en una divisa extranjera, cuyo carácter abusivo provocaba la nulidad de todo el contrato y que las partes tuvieran que restituirse las prestaciones (Káser).

Con todo, es notorio que conforme al Derecho español nunca podría sostenerse que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado produce la nulidad del contrato de préstamo hipotecario. Tampoco la nulidad del préstamo, ni la de la hipoteca, entendidos ambos como contratos independientes. En primer lugar, que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no provoca la nulidad del préstamo se hace patente en la práctica, cuando observamos que los bancos que han visto como se declaraba abusiva la cláusula de vencimiento anticipado en una ejecución hipotecaria han solicitado la resolución o el vencimiento anticipado del préstamo en un proceso declarativo, por lo que es claro que el contrato existe y sigue vivo después de declarada abusiva la cláusula. En segundo lugar, la abusividad del vencimiento anticipado no provoca la nulidad de la hipoteca, pues aunque las cláusulas hayan sido declaradas abusivas las hipotecas siguen inscritas



en los Registros. Es lógico que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no tenga como consecuencia la ineficacia del préstamo o de la hipoteca, pues no es un elemento esencial de ninguno de los dos contratos, o de ambos entendidos como un contrato unitario. La abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado desencadena, empero, la imposibilidad de promover la enajenación forzosa del bien hipotecado a través de un procedimiento especial de ejecución, pero no desaparecen las otras vías procesales que tiene a su disposición el acreedor hipotecario. Lo que sucede es que la garantía hipotecaria puede verse afectada de manera sustancial en la medida en que el acreedor pierde el beneficio del procedimiento de ejecución hipotecaria para realizar la garantía. También es cierto que la relación jurídica se vuelve más onerosa para la entidad bancaria, porque le obliga a acudir a un procedimiento declarativo con la finalidad de resolver el contrato y luego a un procedimiento ejecutivo ordinario para satisfacer la deuda. Pero como indica el propio TS en su auto de remisión, en el ordenamiento jurídico español, el derecho de hipoteca no atribuye a su titular únicamente la facultad de promover la enajenación forzosa del bien hipotecado a través de un procedimiento especial de ejecución, sino que le atribuye también un derecho de preferencia sobre el mismo bien (artículos 1923 y 1927 CC) y un derecho de ejecución separada en caso de concurso (insolvencia judicialmente declarada) del deudor. De las consideraciones precedentes se deduce que, pese a la consiguiente restricción para la ejecución de la garantía, el TS no cuestiona la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario después de la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado. Por consiguiente, obsérvese que si se afirma que los jueces tienen que comprobar si la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado provoca la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, estos nunca podrían integrar la cláusula por una disposición de derecho nacional. Así, los jueces estarían encadenados a una declaración de subsistencia del contrato, porque es imposible fundamentar conforme al Derecho civil español que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado cause la nulidad del préstamo hipotecario. Por tanto, nunca se cumpliría con el primer presupuesto que había establecido hasta el momento la jurisprudencia del TJUE para permitir que una cláusula abusiva pueda ser sustituida o integrada por una disposición nacional, y por ende para continuar con la ejecución hipotecaria. De una lectura superficial de la sentencia parece desprenderse que si no se cumple este requisito el juez nacional no podría sustituir la cláusula de vencimiento anticipado por el artículo 693.2 LEC y continuar la ejecución hipotecaria. En efecto, nótese que el “fallo” de la STJUE analizada establece que el juez nacional puede sustituir la cláusula declarada abusiva por la disposición de derecho nacional *“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”.

Con todo, el TJUE también sabe que no es posible argumentar que la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado comporta la nulidad del préstamo hipotecario. Aunque el TJUE supiera poco de Derecho español conocería que no se da esa ineficacia total del préstamo hipotecario. Y más teniendo en consideración el bagaje que tiene el TJUE en materia de cláusula de vencimiento anticipado. De hecho, el propio TS se lo explica en el auto de remisión. Entonces ¿por qué el TJUE, que sabe que no es posible que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado origine la nulidad del préstamo hipotecario, no ha afirmado lo mismo que el Abogado General en las Conclusiones de 13 de septiembre de 2018?, es decir, *“que la excepción a la norma general establecida en la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, según la cual el Tribunal de Justicia permite integrar el contrato sustituyendo la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, para que el contrato no pueda subsistir, no se aplica en el caso de autos, ya que las cláusulas controvertidas no entrañan la nulidad de los contratos de préstamo en su conjunto. En efecto, [...] si en los presentes asuntos los contratos de préstamo pueden subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado y, en consecuencia, el juez nacional no está obligado a declarar la nulidad del contrato en su conjunto, no es necesario aplicar una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio para evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales”.*

Adviértase que en el apartado 60 de la sentencia, el TJUE pone de relieve que *“incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, STJUE de 15 de marzo de 2012, Perenicová y Pernici, asunto C-453/10, apartado 32) si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir”*. Pues bien, en el apartado 32 de la citada STJUE de 15 de marzo de 2012, el TJUE declaró: *“Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, conviene señalar que 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. Por consiguiente, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13*



*no puede interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto sólo pueda basarse en el carácter eventualmente favorable, para el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto”. En particular, en el apartado 68 de las Conclusiones de 29 de noviembre de 2011, el Abogado General manifiesta lo siguiente: “**la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos otros factores como la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría 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. 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**”.*

Debe destacarse que no hay ningún ejemplo en la jurisprudencia anterior del TJUE sobre cláusula de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios que se refiera a la doctrina de esta sentencia. A mi juicio, de esta cita podrían deducirse dos consecuencias. La primera, que el TJUE da un argumento al juez nacional para que razone y declare que el contrato no puede subsistir, a efecto de que pueda integrar una cláusula abusiva, no cuando es nulo, sino cuando conforme a una voluntad hipotética, las partes (ambas) no habrían celebrado el contrato de préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado. Esto es la “no subsistencia” del contrato en los términos de la STJUE de 15 de marzo de 2012. Y el juez español puede argumentar que el préstamo hipotecario no puede subsistir, en el sentido de la STJUE de 15 de marzo de 2012, sin la cláusula de vencimiento anticipado. Así, el prestamista no formalizaría un préstamo hipotecario sino pudiera forzar, en su caso, la venta en pública subasta del inmueble hipotecado por un proceso sumario. Y lo más importante, el juez de la ejecución también podría razonar y considerar que el prestatario consumidor no hubiera celebrado el contrato sin cláusula de vencimiento anticipado, porque según la doctrina del TS, la exclusión del procedimiento especial de ejecución hipotecaria no es beneficiosa para aquel, lo que da a pie a sostener que el prestatario no hubiera celebrado el contrato si en caso de impago no hubiera



podido acogerse a los hipotéticos beneficios que le acarrea la ejecución hipotecaria. Con todo, si se entiende introducido por la STJUE comentada un nuevo argumento sobre la posibilidad de integración como consecuencia de una “interpretación integradora de la voluntad de las partes conforme a la buena fe”, la cuestión sería tan revolucionaria y disruptiva que habría sido preciso decirlo claro, porque comportaría la derogación de la doctrina de la “no-moderación y no-integración”.

Por ello, entiendo que esta referencia que hace el TJUE relativa a que *“incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir”*, quiere significar más bien que comprueben si 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, podría justificar, 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. 2 LEC”*. Es decir, el TJUE está diciendo a los jueces de la ejecución que examinen si al alterarse sustancialmente las vías procesales para reclamar el crédito el consumidor queda expuesto a consecuencias perjudiciales. Y es en este punto donde entra en juego la postura del TS, que considera que la alteración de las vías procesales en detrimento del procedimiento de ejecución hipotecaria penaliza al consumidor. Nótese, además, que la idea de que pueda integrarse una cláusula de vencimiento anticipado abusiva cuando la nulidad provoca una alteración de la vía procesal aplicable para reclamar el crédito en perjuicio del consumidor, no es tan revolucionaria y disruptiva como la posibilidad de integración como consecuencia de una “interpretación integradora de la voluntad hipotética de de las partes conforme a la buena fe”. En efecto, puede resultar sumamente difícil determinar cuál sea esta voluntad hipotética de las partes.

- 1^a.3 Como es sabido, el TS afirma que la privación del procedimiento de ejecución hipotecaria provoca una penalización para el consumidor por no poder beneficiarse este de las especialidades que prevé el citado procedimiento, en particular, que el deudor no pueda liberar el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida, la imposibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda y por la ausencia de la garantía de que el bien hipotecado no será vendido por un precio inferior al 75 % de su valor de tasación. Pero hay que decir que la argumentación del TS no es, según entiendo,



correcta en términos generales. En primer lugar, el deudor ya no va a liberar el bien, porque normalmente es alguien con escasos ingresos, además de que las cuotas vencidas y exigibles serán ingentes, pues nótese que según el artículo 693.3 LEC el deudor “*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*”. En efecto, desde que el acreedor hipotecario interpuso la demanda de ejecución hipotecaria hasta el día de hoy, o al menos hasta que los procedimientos fueron suspendidos, ha pasado un largo periodo de tiempo, por lo que las cuotas vencidas y exigibles serán muy numerosas. Solo los ejecutados con un cierto nivel de ingresos podrían pagar estas cuotas vencidas y exigibles. Son los únicos consumidores que podrían verse beneficiados por la continuación del proceso de ejecución. Pero los consumidores que están en la actualidad en estado de impago suelen tener escasos recursos. Por consiguiente, entendemos que la posibilidad de enervación no beneficia a los consumidores en general, por lo que por este motivo no puede considerarse que la ejecución hipotecaria es más favorable para ellos. Por lo demás, somos partidarios que la regla de la enervación del artículo 693.3 LEC pueda hacerse efectiva en otros procedimientos, por lo que diremos posteriormente. Por otro lado, la posibilidad de reducción parcial de la deuda del artículo 579.2 LEC no se da en la práctica, porque los ejecutados no pueden satisfacer los porcentajes de deuda necesarios que establece el precepto. No hay ni un caso en la jurisprudencia española, o al menos no lo conocemos, en el que el deudor hipotecario se haya beneficiado del contenido del artículo 579.2 LEC. Asimismo, no hay inconveniente en que la regla del artículo 682.2.1 LEC, que establece que en la ejecución hipotecaria el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado para que sirva de tipo en la subasta no podrá ser inferior en ningún caso al 75 por cien del valor de tasación, se extrapole al procedimiento de ejecución dineraria. Tampoco vemos el problema en que se aplique la limitación de costas del 5% de la cantidad que se reclama en la demanda ejecutiva, pues el artículo 575 1. Bis LEC esta regulado en sede de ejecución dineraria y no se refiere al procedimiento de ejecución hipotecaria, sino *al supuesto de ejecución de vivienda habitual*. Incluso, aunque puede ser mas controvertido, no vemos inconveniente en que se extrapole la limitación de costas al proceso declarativo. En efecto, nótese que todas las disposiciones anteriores, que se dictaron bajo la denominación de “protección de los deudores hipotecarios”, deben aplicarse en otros procedimientos, pues la finalidad de las citadas normas es proteger a los deudores hipotecarios, que lo siguen siendo, independientemente de que las coyunturas hayan obligado a los acreedores a reclamar la deuda en



procedimientos distintos al hipotecario. Se ha dicho, por otra parte, que la no continuación de la ejecución ordinaria y que el acreedor tenga que acudir al declarativo y a la ejecución posterior puede causar un perjuicio al consumidor consistente en una acumulación de condenas al pago de las costas procesales en la fase declarativa y en la ejecutiva, y por un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento. Con todo, ni lo uno ni lo otro tienen porqué darse. En relación a las costas, es muy probable que existan dudas de derecho en estos procedimientos que faculden a los jueces para no imponer las costas (394. 1 LEC). Además, como he dicho, veo justificado aplicar la limitación del 5% a cualquier procedimiento contra el deudor hipotecario como consecuencia del impago del préstamo. O imagínese que el consumidor reconviene la abusividad de alguna otra cláusula contractual que es estimada en el proceso delcarativo, en este caso tampoco habrá condena en costas para aquel. Tampoco entendemos porqué el deudor tiene que sufrir un perjuicio por el transcurso del tiempo y la posibilidad de generarse intereses de demora. Nótese como este perjuicio desaparece o se minora porque en muchas ocasiones los intereses de demora son abusivos y no se devengan, y además porque aunque la deuda crezca con el paso del tiempo, el acreedor no podrá embargar al prestatario si entran en juego los límites de inembargabilidad de salarios. De hecho, aunque quede deuda insatisfecha después de la adjudicación de los inmuebles no creo que los acreedores tengan incentivos para reclamarla. Con todo, tampoco veo que la continuación de la ejecución hipotecaria cause un especial perjuicio al consumidor en términos generales. En efecto, si el consumidor está dentro del umbral de pobreza, no podrá ser de todas maneras lanzado. Solo los prestatarios que no estén en estos casos podrán verse perjudicados por la continuación de la ejecución, pues acabarán siendo expulsados de la vivienda. Con todo, las condiciones para que un prestatario quede protegido por la ley “anti-desahucios” son estrictas, por lo que es probable que muchos consumidores puedan sean expulsados de las viviendas si la ejecución hipotecaria se reactiva. En definitiva, y como dice el Abogado General, la afirmación de que la continuación de la ejecución hipotecaria favorece los intereses del consumidor *está, cuando menos, sujeta a salvedades y depende de las circunstancias concretas de cada caso.*

- 1ª.4. El Tribunal Supremo propone y expone al TJUE que, en términos generales, es más favorable para el prestatario que impaga definitivamente su préstamo hipotecario que le ejecuten por la vía especialmente destinada a tal propósito y no por los cauces “residuales” que provoca la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. Por ello, es probable que el TJUE crea de manera honesta que la ejecución hipotecaria es más favorable a los intereses



del consumidor. Es por este motivo por el que supongo que el TJUE ha ampliado, si bien subrepticamente, la posibilidad de integrar una cláusula declarada abusiva no solo a los casos en los que la nulidad de la cláusula provoque la nulidad del contrato en perjuicio del consumidor, sino cuando provoca una modificación de la alternativa procesal aplicable en perjuicio de los intereses del consumidor. Hay que tener en cuenta que el TS, probablemente para evitar un colapso del procedimiento de ejecución hipotecaria, ha considerado que este procedimiento es más favorable para el consumidor que otras vías procesales. Entiendo, por tanto, que los jueces tienen la obligación de seguirle (art 1.6 CC). Y si no quieren, porque consideran que en el caso concreto la ejecución hipotecaria no es favorable al consumidor ejecutado, podrán sublevarse como en otras ocasiones o podrán plantear otra cuestión prejudicial exponiendo que no consideran adecuada la doctrina del Alto Tribunal. Que por lo demás, parece que sería inadmisibile, pues el TJUE pretende que esta circunstancia (si la ejecución es favorable o no a los intereses del consumidor) sea enjuiciada por los jueces nacionales y conforme al Derecho español: *“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”*. En conclusión, creo que el TJUE 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). Lo anterior tienen un sustento lógico, porque en caso contrario el TJUE simplemente se habría adherido a las conclusiones del Abogado General. Tal realidad se evidencia, además, en que la STJUE emite proposiciones negativas para resolver las cuestiones prejudiciales (*deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el juez nacional*). Con todo ello, creo que finalmente no ocurrirá lo que pretende el Tribunal Supremo y el TJUE, inducido por aquel. Nótese que los autos que admiten o deniegan el despacho de ejecución hipotecaria, y en definitiva las resoluciones que emanan de los Juzgados y Audiencias que enjuician los procesos de ejecución especial, no son recurribles en casación, sino solo en apelación, por lo que la última decisión la tendrán las

Audiencias Provinciales, que deberán decir si la ejecución hipotecaria es más favorable para el consumidor que un proceso declarativo y un ejecutivo ordinario posterior.

Por último, no voy a entrar de lleno en cuestiones de justicia material, ni a argumentar si la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado tenía que tener como consecuencia, para que así se cumpliera con el principio de efectividad, que el acreedor no pudiera utilizar el procedimiento de ejecución hipotecaria. Únicamente recuérdese que no poder acudir al cauce preciso para ejecutar la hipoteca provoca enormes problemas y cuestiones controvertidas: ¿puede resolverse o vencerse anticipadamente el préstamo hipotecario en el declarativo⁴? ¿pueden trasladarse las especialidades de la ejecución hipotecaria a la dineraria? Y por tanto, ¿es necesario anotar el embargo? ¿es aplicable la norma que regula el orden de embargos? ¿hay que volver a tasar el inmueble? y otros muchos dilemas que se suscitan⁵. Creo que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no pretenden, en aras de la protección del consumidor, que se produzcan tales disfunciones en los procedimientos a causa de la declaración de abusividad de una cláusula. Quizás, las entidades debían haber sido sancionadas por otras vías por el tema de las cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

2ª. En segundo lugar hay que tratar sobre los efectos que pueden producir la aplicación conjunta de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la LCCI. Desde luego esta no afecta, según la DT1º.4, “a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento

⁴ Parece que la posibilidad de resolución por incumplimiento de un préstamo en un proceso declarativo ha quedado resuelta, de forma afirmativa, por la STS núm. 432/2018 de 11 de julio, analizada en MARTÍN FABA, J.M.^a “Notas sobre la procedencia de la acción de resolución de préstamo o crédito hipotecario por el incumplimiento de los plazos pactados”, *Centro de Estudios de Consumo*, septiembre de 2018.

⁵ MARTÍN FABA, J. M.^a, “Cuestiones jurídicas interesantes que suscita la huida de la ejecución hipotecaria española”, *Centro de Estudios de Consumo*, 13 de marzo de 2018; ADÁN DOMENECH, F., “Defensa del consumidor en los procesos declarativos en los que se ejercita el vencimiento anticipado”, *La Ley*, nº 9152, 6 de marzo 2018 y “Salvando las cláusulas de vencimiento anticipado: la incoación del juicio declarativo ante la suspensión de las ejecuciones hipotecarias”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 152/2018, (BIB 2018\13067); BELHADJ BEN GOMEZ, C., “Vencimiento anticipado. Ejecución hipotecaria en el suplico de la demanda de juicio ordinario”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2018 (BIB 2018\8536); y SOLER PASCUAL, L. A.; BERJANO ARENADO, F.; MORENO GARCÍA, J. A.; LARROSA AMANTE, M. A.; VILATA MENADAS, S.; GORDILLO ALVÁREZ VALDÉS, J. L.; SALINAS VERDEGUER, E.; MAGRO SERVET, V.; “En caso de acudir el banco prestamista a una acción resolutoria del contrato de préstamo hipotecario por incumplimiento del prestatario y obtener una sentencia condenatoria, ¿qué régimen legal de ejecución se aplicará?”, *Revista de Derecho Inmobiliario*, núm. 71, febrero de 2019; SSJPI nº 6 de Tarragona de 14 de diciembre de 2017 (JUR 2018 23823) y de 16 diciembre 2017 (JUR 2018\23833).

de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no”. Es decir, la LCCI no afecta a la mayoría de los procesos en los que influye la STJUE.

Ahora bien, existen bastantes casos en que los acreedores hipotecarios, a pesar de los impagos reiterados del prestatario, no declararon el vencimiento anticipado ni interpusieron demanda de ejecución hipotecaria a sabiendas de que la cláusula de vencimiento anticipado de la escritura era abusiva. Si antes del 16 de junio de 2019, fecha en la que entra en vigor la LCCI, declaran el vencimiento anticipado e interponen demanda de ejecución hipotecaria habría argumentos para sostener que la cláusula de vencimiento anticipado puede integrarse con el artículo 693.2 LEC (Ley 1/2013) y admitir la demanda ejecución hipotecaria. Con todo, si el vencimiento anticipado de estos préstamos se produjera con posterioridad a la fecha aludida, debería aplicarse la DT 1ª. 4 LCCI, que establece 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”. Mas creo que lo más probable en estos casos es que los bancos declaren el vencimiento anticipado después del 16 de junio de 2019, y lo hagan conforme al artículo 24 LCCI, por lo que además de aguardar los incumplimientos que prevé el precepto –que ya se habrán producido– deberán requerir de pago al prestatario las cuotas vencidas y exigibles, dándole un mes para el pago, y advirtiéndole de que si no es atendido le reclamará el total adeudado.

Nótese, por otra parte, que la concatenación entre la STJUE y la LCCI provoca la siguiente inconsistencia. Si a día de hoy un acreedor hipotecario dispone en la escritura una cláusula de vencimiento anticipado por *cualquier* impago, no habrá consecuencias perjudiciales para él, pues se aplicará el artículo 24 LCCI, y el acreedor podrá vencer anticipadamente el aplazamiento si el prestatario incumple doce o quince plazos (DT1ª.4 LCCI).

3ª. Por último nos vamos a referir a la posibilidad de aplicar a la cláusula de vencimiento anticipado del asunto C-70/17 la regla del *blue pencil*. El TJUE despacha su no aplicación en un par de párrafos. Hay que apuntar, que en un trabajo pasado, ya advertía CARRASCO⁶ que era peligroso, teniendo en cuenta lo sumario que es el entendimiento del TJUE sobre esta materia, que esta primera pregunta del TS estuviera defectuosamente formulada. Según el autor, los términos en los que plantea la cuestión el TS no son del todo correctos.

⁶ CARRASCO PERARA A, “Ruido y demagogia en el falso problema de las cláusulas de vencimiento anticipado hipotecario”, Publicaciones GA-P, marzo de 2017.



El TS, en su auto de remisión, citó la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán) relativa a la regla del fraccionamiento de la cláusula, en particular la sentencia de 10 de octubre de 2013⁷. Según el TS, el fraccionamiento de la cláusula no es automáticamente contrario al Derecho de la Unión. En efecto, no se trata de una revisión de la cláusula, sino de una ineficacia parcial, útil en caso de nulidad de la cláusula por ser abusiva, de modo que, tras la eliminación de la parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula. Así, si de la apreciación de la parte restante de la cláusula resulta que es gramaticalmente inteligible, tiene sentido jurídico y esa supresión no supone introducir una norma nueva o distinta de la inicialmente recogida en la cláusula, debe considerarse que esa parte restante es válida y produce efectos.

Creemos que el TJUE ha debido basarse en la respuesta que dio el Abogado a la pregunta del TS, pues es en este punto mucho más profundo. Expone lo siguiente. Desde la década de 1980, el *Bundesgerichtshof* ha desarrollado una jurisprudencia matizada en lo que respecta a la interpretación de las cláusulas parcialmente abusivas. La base legal de esta interpretación es el artículo 306 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán). En 1981, el *Bundesgerichtshof* admitió, por vez primera⁸, la posibilidad de “descomponer/fraccionar” una cláusula en varias partes (una o varias de las cuales presentan carácter abusivo) a fin de “salvar” el resto de la cláusula. La idea consiste siempre en que: i) la parte “infectada” pueda eliminarse sin otra modificación, ii) la frase subsistente tenga sentido incluso sin los elementos eliminados, y iii) se preserve la finalidad inicial de la frase subsistente, sin cambio de sentido⁹. Si estos requisitos no concurren, en concreto si no es suficiente a estos efectos un simple “trazo de rotulador”, no estaríamos ante un “fraccionamiento” sino ante una “reducción/modificación conservadora de la validez” (*geltungserhaltende Reduktion*). Una reducción o modificación conservadora de la validez de este tipo es, por tanto, considerada inadmisibles por el *Bundesgerichtshof*, al menos en las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

Según el Abogado, del tenor de la cláusula que aborda la sentencia de 10 de octubre de 2013 del *Bundesgerichtshof* que cita el TS, se deduce claramente que es divisible en tres

⁷ BGH III ZR 325/12-NJW 2014, 141.

⁸ Sentencia de 7 de octubre de 1981 (VIII ZR 214/80, NJW 1982, 178 [181]).

⁹ El abogado cita a Uffmann, K., *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Tübingen, 2010, p. 157; Basedow, J., en Krüger, W., *Münchener Kommentar zum BGB*, 7.ª edición, München, 2016, § 306, n.º 18; Schlosser, P., *Staudinger Kommentar zum BGB*, abril de 2013, § 306, n.º 20. En cuanto a la jurisprudencia, se refiere a las sentencias del BGH de 10 de octubre de 2013 (III ZR 325/12, n.º 14); de 16 de febrero de 2016 (XI ZR 454/14, n.º 21), y de 18 de enero de 2017 (VIII ZR 263/15, n.º 38).

partes distintas¹⁰. En consecuencia, el *Bundesgerichtshof* simplemente suprimió la parte que consideró que cumplía los criterios de la cláusula abusiva o “infectada”, sin modificar el texto por lo demás y sin aplicar ninguna disposición supletoria de Derecho nacional para conservar la cláusula tras la adaptación. Según la jurisprudencia del referido tribunal, la frase, además, no debe cambiar de sentido. Sin embargo, a Juicio del Abogado, el ejercicio que propone el Tribunal Supremo no consiste en un fraccionamiento de la cláusula o *blue pencil test*, sino en una modificación conservadora de la validez de la misma. Así, entiende que la propuesta del TS consiste en mantener la cláusula controvertida suprimiendo solo la parte que la hace abusiva, es decir, la falta de pago de *cualquiera* de los vencimientos.

Afirma, pues, el Abogado que la cláusula controvertida en el asunto C-70/17 no es divisible. Expone que en la cláusula contractual examinada en la sentencia del *Bundesgerichtshof*, citada por el TS en su auto de remisión, se prevén tres tipos de derechos: una autorización para la comunicación de datos de carácter personal y dos consentimientos de cesión, el primero a una empresa de cobro de deudas y el segundo a una entidad bancaria. La supresión de la parte de la cláusula relativa a la cesión de un crédito a una entidad bancaria no afecta, en principio, a las demás partes de la cláusula, en la medida en que las tres partes son independientes. En cambio, manifiesta que la situación es diferente en lo que respecta a la cláusula litigiosa que dio lugar al asunto C-70/17. En efecto, la parte “infectada” es únicamente la letra a), a saber, el derecho del banco a declarar el vencimiento del préstamo en caso de “falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización [...]”.

En consecuencia, según su criterio, conforme al *blue pencil test*, la cláusula controvertida solo cumpliría el primer requisito para ser divisible (esto es, que la parte “infectada” pueda ser tachada sin más modificaciones) en dos supuestos únicamente. El primero es aquel en que la cláusula controvertida contemplara varias causas de vencimiento anticipado, teniendo por ejemplo la siguiente redacción: “(..) en los casos

¹⁰ “Consentimiento de cesión

i) Autorizo al odontólogo indicado en el anverso a comunicar a la sociedad ZA Zahnärztliche Abrechnungsgesellschaft (en lo sucesivo, “ZAAG”) todos los documentos necesarios para la elaboración de la factura y la recuperación del crédito —en caso necesario, por vía judicial—, en particular mi nombre, dirección, fecha de nacimiento, el código correspondiente a las prestaciones, la cantidad facturada, las indicaciones relativas a la asistencia médica, las facturas de análisis, los formularios, etc.

ii) Para ello, exonero expresamente al odontólogo del secreto médico y acepto expresamente que el odontólogo ceda el crédito resultante de la asistencia a ZAAG [que podrá, en su caso, cederlo a D.-Bank e.G. con fines de refinanciación].

iii) He sido informado de que, tras la cesión del crédito resultante de la asistencia, ZAAG pasará a ser mi acreedor, de modo que, en caso de litigio, todas las excepciones frente al crédito deberán formularse en su contra, incluidas las basadas en la asistencia y los antecedentes médicos, y de que el odontólogo podrá ser oído en condición de testigo. [...]”



siguientes: a) Falta de pago de uno, de varios o de todos los vencimientos (...). La expresión “de uno” sería entonces el único elemento que debería tacharse, sin que resultaran afectados los demás elementos de la letra a). En ese caso, la misma cláusula, en el sentido formal del término, prevería varias situaciones identificables y dissociables. Pues bien, en opinión del Abogado General, no ocurre así en la cláusula controvertida que dio origen al asunto C-70/17¹¹. En el segundo supuesto, la parte “infectada” sería la totalidad de la letra a). La letra a) podría entonces ser tachada sin que resulten afectadas las letras b), c) o d) de la cláusula¹².

En segundo lugar, expone que aun si se admitiera que la parte “infectada” de la cláusula controvertida pueda ser eliminada sin otra modificación¹³ (lo cual no acepta en virtud de la información de la que dispone) la escisión de la parte “infectada” debería permitir una lectura correcta de la cláusula. El resultado sería el siguiente: “falta de pago de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización”. Según el Abogado la cláusula resultante no es comprensible pues no es posible deducir con claridad de la lectura de la misma cuántas cuotas mensuales deben dejar de pagarse para que el acreedor pueda invocar el vencimiento anticipado del contrato de préstamo. Además, entiende que aun considerando que la cláusula controvertida, tras la escisión, sea gramaticalmente clara e inteligible, lo cual a su juicio es cuestionable desde el punto de vista de la seguridad jurídica, después de tachar la parte abusiva, la finalidad inicial de esa cláusula quedaría en entredicho, puesto que esta, al mencionar con carácter general la “*falta de pago de los vencimientos*”, presentaría inevitablemente un sentido jurídico nuevo. Pues bien, a juicio del Abogado ese resultado no está admitido por el *blue pencil test*, según ha sido interpretado por la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, que el TS ha invocado. Por tanto, dado que los requisitos establecidos en esa regla no concurren, concluye que “*lo que propone el Tribunal Supremo no es un «fraccionamiento» de la cláusula controvertida, sino una «reducción/modificación conservadora de la validez» de la misma que implica su reformulación. Para preservar la finalidad de dicha cláusula, habría que introducir una norma nueva o distinta de la original, lo cual no está permitido en el blue pencil test, tal como admite el propio Tribunal Supremo en el auto de remisión. Dado que la cláusula no puede aplicarse sin recurrir a una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC,*

¹¹ En cambio, es el caso de la cláusula controvertida en el asunto C-179/17, que dispone: “no obstante el plazo estipulado de duración del presente contrato, la [entidad] 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]”. Esta cláusula cumple, a juicio del Abogado, el primer requisito del *blue pencil test*, ya que cada tipo de impago (uno, varios o todos) puede ser considerado separadamente.

¹² Sería así: “[...] a) [Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización] [...]; b) [...]; c) [...]”.

¹³ Como sucede, a juicio del Abogado, con la cláusula controvertida en el asunto C-179/17.



parece evidente que la modificación propuesta por el órgano jurisdiccional remitente no puede limitarse a «un simple trazo de rotulador» como exige el blue pencil test. En consecuencia, a mi juicio, la finalidad de la cláusula no se preserva sin una referencia precisa al número de cuotas mensuales no satisfechas que permiten su aplicación».

Pero en este punto no estoy de acuerdo con las conclusiones a las que llega el Abogado General. Creo que la cuestión no es que haya que eliminar o desechar el término “cualquiera”, sino la parte del mismo, pues este se refiere al impago de “una, tres, cuatro, cinco, ocho, doce, quince, veinte (...)”, que permite vencer por un impago nimio. De esta forma, como “cualquiera” significa “uno, dos, quince, etc”, si se elimina la parte abusiva, la cláusula no quedaría en entredicho ni perdería su sentido, pues seguiría diciendo o significando que permite vencer por “doce, quince, veinte impagos”, por cualquier número de impagos que no sea desproporcionado para el consumidor. Y no se trataría aquí de comprobar si hubo un comportamiento comercial razonable en un marco contractual abusivo, examen que esta vedado, pues interpretada de esta manera la cláusula de vencimiento anticipado “problemática” no sería considerada abusiva, no estaríamos ante un marco contractual abusivo. A mi juicio, esta hubiera sido la forma mas lógica de salvar a la cláusula de vencimiento anticipado de su carácter abusivo y así también evitar los enormes rompecabezas suscitados en los procesos de ejecución hipotecaria.