

**Roj:** AJPI 7/2019 - **ECLI:**ES:JPI:2019:7A  
**Órgano:** Juzgado de Primera Instancia  
**Sede:** Fuenlabrada  
**Sección:** 1  
**Nº de Recurso:** 1052/2015  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 12/09/2019  
**Procedimiento:** Civil  
**Ponente:** JESUS MIGUEL ALEMANY EGUIDAZU  
**Tipo de Resolución:** Auto

---

## **Encabezamiento**

### **JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA**

#### **Nº 1 DE FUENLABRADA**

Procedimiento: **Ejecución de títulos no judiciales nº 1052/2015**

Objeto del juicio: **Ejecución hipotecaria. Cláusulas abusivas. Petición de decisión prejudicial comunitaria**

Ejecutante: **Bankia, S.A.**

Procurador: D.ª Ángela Rodríguez Martínez Conde

Letrado: D. Eduardo García Reyes Beneyto

Ejecutados: D. Abilio y D.ª Jacinta

Procurador: D. Raúl Martín Beltrán

Letrado: D. Gonzalo Carrasco Moraleda/D.ª Verónica Dávalos Alarcón/D. Dionisio Moreno Trigo

Magistrado Ilmo. Sr. D. **Jesús Alemany Eguidazu**

### **AUTO**

En Fuenlabrada, a doce de septiembre de dos mil diecinueve.

## **ANTECEDENTES PROCESALES**

1. **I. Demanda de ejecución .-** El 11/12/2003, D. Abilio y D.ª Jacinta suscribieron un contrato de préstamo, garantizado con una hipoteca sobre su vivienda, con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid, actualmente Bankia, S.A.; en lo sucesivo, " **Bankia** "). Este préstamo, por un importe de 179 600 € 8364;, fue concedido con un plazo de devolución de 25 años en 300 cuotas mensuales.

2. El 13/8/2009 el préstamo fue novado, ampliándose el capital prestado para adeudar en tal momento **172 000 €**; y fijando el plazo de devolución en 389 meses.

3. En la **cláusula** Sexta bis, apartado 2º del préstamo hipotecario se pactó: "*Igualmente, el préstamo se considerará vencido y consiguientemente resuelto [...] en los casos siguientes: a) La falta de pago de una cuota cualquiera 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*".

4. El 15/10/2015, tras producirse el impago de **seis cuotas** precedentes, por la suma de **3583,10 €**, Bankia dio por vencido anticipadamente el préstamo; presentando el 10/12/2015 una **demanda de ejecución hipotecaria** ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada (Madrid) solicitando el despacho de ejecución del bien hipotecado por un importe de 149 103,84 €; en concepto de principal impagado junto con el también vencido anticipadamente, de 1 313,28 €; por intereses remuneratorios vencidos e impagados, de 27,82 €; por intereses moratorios vencidos e impagados y de 45 000 €; por intereses y costas calculados provisionalmente.

5. **II. Audiencia sobre el planteamiento de petición de decisión prejudicial comunitaria.**- Conforme al *artículo 4.bis.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*, por providencia de 25.1.2016 se dispuso dar audiencia a las partes sobre la oportunidad de plantear una cuestión prejudicial comunitaria ( *artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* ) ante la disparidad de pronunciamientos en los tribunales sobre las consecuencias sustantivas y procesales de la eventual declaración como abusivas de cláusulas de vencimiento anticipado como la que figura en el préstamo hipotecario que sirve de título a la ejecución; considerando que los pronunciamientos parten de premisas dudosas sobre la interpretación que deba darse al Derecho comunitario.

6. **III. Petición de decisión prejudicial comunitaria.**- Por Auto de 8.2.2016 [ES:JPI:2016:1A; desde ahora "**Auto Bankia** "] se acordó elevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes **cuestiones prejudiciales** :

7. Primera. ¿Debe interpretarse el *artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993*, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores en el sentido de que un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva cuando el contrato remanente fuera **irrazonablemente oneroso** para el profesional?

8. Segunda. 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?

9. Tercera. La ineficacia por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado, ¿ **permite la subsistencia** del contrato remanente, en el sentido del *artículo 6.1 de la Directiva 93/13* ?

10. Cuarta. ¿Puede el consumidor, ante el tribunal que conoce del procedimiento, **renunciar** al régimen de protección de la Directiva 93/13?

11. Quinta. ¿Es conforme con el **principio de efectividad** de la Directiva 93/13 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea una ley procesal nacional que supedita derechos o ventajas sustantivos del consumidor a que este se someta a un procedimiento de ejecución especialmente expeditivo y no reconoce tales derechos o ventajas en otros procedimientos?

12. Por *Auto de este Juzgado de 21.2.2017 [ES:JPI:2017:7 A*; en lo que sigue "**Informe Bankia** ") se dispuso mantener ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales planteadas.

13. **IV. Decisión del Tribunal de Justicia** .- El Tribunal de Justicia respondió mediante *Auto de 3.7.2019 [EU:C:2019:560 ]*: "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, por el juez nacional, de los elementos que la hacen abusiva. Sin embargo, esos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de esta cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

14. El **Tribunal Supremo** ha fijado doctrina para el anterior Auto y todos los asuntos acumulados (C92/16 , C167/16 , C486/16 , C70/17 y C179/17 ) en STS 1ª Pleno 463/2019, 11.9 (en adelante, "**Sentencia NCG Banco** ").

15. **V. Siglario** de esta resolución: "**CC** ", Código Civil; "**CAG** ", Conclusiones del Abogado General; "**DCFR** ", Borrador del Marco Común de Referencia de 2009, de los Principios, Definiciones y Normas Modelo de Derecho Privado Europeo; "**Directiva 93/13** ", Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; "**LCCI** ", Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario; "**LCon** ", Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal; "**LCyU** ", Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; "**LEC** ", Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; "**LH** ", Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria; "**PECL** ", Principios de Derecho Europeo de Contratos, 2000; "**SAP** " o "**AAP** ", sentencia o auto de la Audiencia Provincial, sección; "**STJUE** " o "**ATJUE** ", sentencia o auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y "**STS 1ª** " o "**ATS 1ª** ", sentencia o auto del Tribunal Supremo de España, Sala Primera.

## RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

## I

### MARCO JURÍDICO PROCESAL NACIONAL

16. En este procedimiento, la ejecutante Bankia interpone la **acción especial de ejecución hipotecaria**, esto es, acude al procedimiento especial previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para realizar bienes hipotecados en garantía del pago del préstamo concedido ( *art. 681 ss. LEC* ). La finca hipotecada es la vivienda habitual de la parte ejecutada.

17. En el Derecho procesal nacional, la parte ejecutante tiene a su elección **otros procedimientos** y, en particular, acudir a una **ejecución ordinaria** (regulada en la propia LEC) o a una **venta extrajudicial** mediante subasta notarial (regulada, principalmente, en el *art. 129 LH* ). Además, aunque por un camino más tortuoso, el prestamista podría obtener en un **juicio declarativo** parecidos efectos, para luego ejecutar como título judicial la sentencia obtenida.

18. Cuando se trata de los créditos hipotecarios, el acreedor dispone de **dos títulos ejecutivos**, documentalmente conexos: uno, la escritura pública en la que se documenta el derecho de crédito ( *art. 517.24º LEC* ) con el que puede instar la **acción ejecutiva personal**, esto es, la ejecución común de títulos no judiciales, respecto de todos los bienes del deudor; y otro, la escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad en la que se constituye la hipoteca, con el que puede instarse la **ejecución hipotecaria**, no respecto de todos los bienes del deudor, sino únicamente de los bienes hipotecados ( *art. 681 LEC*, que se refiere a la llamada acción real hipotecaria). "Como señala la doctrina [ *prob.* MONTERO AROCA, *Ejecución de la hipoteca inmobiliaria* 2012], aun cuando resulta usual que en las escrituras de préstamo hipotecario las partes convengan expresamente que el acreedor pueda usar cualquiera de estos caminos procesales, es lo cierto que tales estipulaciones resultan superfluas, salvo para el hipotético caso del citado procedimiento ejecutivo extrajudicial, ya que la determinación de los posibles caminos procesales a seguir siempre, claro está, que se cumplan los presupuestos necesarios para ello en cada caso responde a una fijación legal previa y no depende de la voluntad de las partes ya que se trata de materia no disponible para ellas" ( *STS 1ª 44/2006, 25.1* ). Ambas acciones son **acumulables**. En la ejecución ordinaria, la hipoteca hace el embargo superfluo sobre el propio bien hipotecado ( *art. 104 LH* ) pero no sobre otros bienes o derechos, y hace innecesario el avalúo ( *art. 637 LEC* ).

19. En virtud de la cláusula de **vencimiento anticipado** "el banco puede declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo, con la consiguiente resolución del mismo, y exigir anticipadamente la devolución del capital, más intereses y gastos, en caso de demora en el pago" (ATJUE 8.7.2015 *Banco Grupo Cajatres* ¶ 16).

20. El ejercicio de la facultad convencional (o derecho potestativo) de vencimiento anticipado **no es una condición necesaria** para el inicio de la ejecución hipotecaria.

21. En efecto, el *artículo 127 II LH* y el *artículo 693.1 in fine LEC* (en sustitución del previgente *art. 135 II LH*] *también* *578 LEC* ; v. *STS 1ª 265/1999, 27.3* ) contemplan, como hipótesis básica y como un derecho legal, la ejecución de la hipoteca para reclamar el pago de **plazos vencidos** e impagados,

subsistiendo la hipoteca en garantía de los plazos todavía no vencidos. Luego, con la LEC y sus reformas posteriores, tal "estipulación" debía hacerse constar en el Registro. Sin embargo, la reforma de la LEC por Ley 1/2013 retorna al criterio originario, esto es, al derecho legal (no precisa convenio, a diferencia del vencimiento anticipado) de ejecutar la hipoteca para reclamar plazos vencidos y sin necesidad de pacto expreso al respecto (solución sensata porque va de suyo que la hipoteca garantiza al menos el pago de las cantidades vencidas). Se ordena que "así se hará constar por el Notario en la escritura de constitución y por el Registrador en el asiento correspondiente". Esta prescripción solo es una norma primaria dirigida a notario y registrador para que se informe en la escritura y por el Registro acerca de la ejecutabilidad por tres impagos.

22. Con todo, antes de presentar la demanda, en la generalidad de las ejecuciones hipotecarias y en esta, la entidad prestamista hace uso del **pacto de vencimiento anticipado** que, frecuentemente, en los clausulados se fundamenta, entre otras causas, en cualquier incumplimiento del prestatario.

23. La regulación tradicional de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Trámites está pensada para una hipoteca que garantiza la devolución de un préstamo con un único pago aplazado o para su devolución en pocos plazos, ajena a la **realidad del préstamo bancario** de hoy.

24. De hecho, para la ejecución por plazos vencidos, no existiría inconveniente en presentar una **petición de monitorio** acompañando un certificado de liquidación en virtud del pacto de liquidez junto con extracto de las partidas de cargo y abono y las correspondientes a la aplicación de intereses, sin necesidad de acompañar documento fehaciente de liquidación.

## II

### ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

25. **A) Abusividad virtual**.- Previamente, cumple recordar que, "a fin de garantizar el efecto disuasorio del *artículo 7 de la Directiva 93/13*, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del *artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica*. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la *Directiva 93/13* debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del *artículo 3, apartado 1, de esa Directiva-* de 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" (STJUE 26.1.2017 *Banco Primus* ¶ 73).

26. **B) Factores de abusividad**.- "Por lo que se refiere a la apreciación por parte de un tribunal nacional del eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado, incumbe a ese tribunal nacional examinar, en particular, [a] si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, [b] si esa facultad está prevista para los casos en los que tal

incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, [c] si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y [d] 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" (STJUE *Banco Primus* ¶ 66 *seq.* 14.3.2013 *Aziz* ¶ 73).

27. [a] **Esencialidad de la obligación** . En cualquier préstamo, la restitución de la suma prestada mediante el pago de términos amortizativos es la obligación esencial del prestatario ( arts. 1753 CC y 312 I Código de Comercio; también SSTJUE 26.2.2015 *Matei* ¶ 67 y 20.9.2017 *Andriciuc* ¶ 42).

28. [b] **Gravedad del incumplimiento** . El incumplimiento de **cualquier pago** no es una previsión contractual que refleje un incumplimiento **cuantitativamente** grave, ni tampoco es **cuantitativamente** grave *per se* (v. *SAP Madrid 11ª 165/2018, 9.5* sobre la gravedad del incumplimiento a efectos de resolución). En efecto, "la mora de una sola cuota puede deberse a un mero **error** y no necesariamente a dificultades de pago del prestatario" (CAG *Aziz* ¶ 77). Al referirse el Tribunal de Justicia a un incumplimiento con "carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo", descarta implícitamente el ajuste al Derecho de la Unión de toda convención que habilite el vencimiento anticipado o la terminación de la relación contractual por el incumplimiento de una sola cuota (mínimo incumplimiento de los posibles) en un contrato con multiplicidad de cuotas iguales y de larga duración. "[U]na 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" ( *STS 1ª Pleno 705/2015, 23.12* ).

29. [c] **Desviación del Derecho dispositivo** . Las **normas dispositivas** son "normas que únicamente se aplican si las partes no han dispuesto otra cosa" (STJUE 7.8.2018 *Banco Santander* ¶ 43). En hipótesis, el Derecho dispositivo refleja un contrato equilibrado, en la interpretación de un Legislador racional que cuida de los intereses de ambos contratantes y los generales del tráfico, luego sirve de patrón en el juicio de validez de las condiciones generales. Los del Derecho dispositivo "son preceptos en los que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes, tienen una **función ordenadora** ' por lo que no pueden ser desplazados sin una razón suficiente" (CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes* , ADC 1961, 334).

30. En la normativa especial existen **normas imperativas** sobre vencimiento anticipado (p. ej. arts. 24 LCCI; 10.2 Ley 28/1998, de 13 de julio de *Venta a Plazos de Bienes Muebles* y 146 LCon).

31. La **norma supletoria común** (por oposición a especial para préstamos hipotecarios), en defecto de cláusula de vencimiento anticipado, es el *artículo 1129 del Código Civil* (sobre su carácter dispositivo, *STS 1ª 1124/2008, 12.12* ). Por regla general, "las obligaciones para cuyo cumplimiento se haya señalado un día cierto sólo serán exigibles cuando el día llegue" ( *art. 1125 I CC* ). Por excepción, se admite la pérdida del beneficio del plazo en contados **supuestos** : insolvencia,

omisión de garantías, devastación o desaparición de garantías. Así, en primer lugar, "perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda".

32. La norma supletiva del pacto de vencimiento anticipado de la deuda (o exigibilidad anticipada del crédito o decadencia del término [ *acceleration clause* ]), no es *artículo 1124 del Código Civil* sino el 1129 (v. distinguidos ambos remedios en *STS 1ª Pleno 432/2018, 11.7* ). El Legislador no confunde ambas figuras, como se comprueba en los acápites de varios artículos ( *art. 24 LCCI, 12 II y 129 bis LH , 693 LEC , 33.1 b] 7º, 68, 71 bis.2 II y 146 LCon*) e incluso contempla expresamente la opción entre cumplimiento y resolución (v. *art. 1124 II CC* ant. "escogencia" de Part. 5.5.38) o entre el vencimiento anticipado y resolución (art. 10.1 LVPBM: "Si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos, el vendedor, sin perjuicio de lo que dispone el artículo siguiente, podrá optar entre exigir el pago de todos los plazos pendientes de abono o la resolución del contrato").

33. El *AAP Madrid 11ª rollo nº 386/2018* aclara: "Ciertamente, algunos títulos de ejecución amalgaman el vencimiento anticipado y la resolución, bajo un sentido amplio de **terminación de la relación** . Al fin, el vencimiento anticipado y el remedio resolutorio se enderezan ambos a la prevención del enriquecimiento injustificado del deudor a expensas del acreedor (v. para la resolución por incumplimiento, *STS 1ª 1167/2007, 8.11 seq . SAP Madrid 11ª 177/2018, 16.5* y juris. cit.; *causa non secuta* [v. *STS 1ª 867/1964, 23.11* ; cf. la ecléctica 14/1935, 5.1]). En cuanto al fin inmediato del vencimiento anticipado, "el término concedido por el acreedor al deudor se considera que tiene por fundamento la confianza en su solvencia; cuando ese fundamento desaparece, el efecto del término cesa" (POTH. *Ob. § 234*). "No fue conferido el plazo sino en consideración a las seguridades que tenía el acreedor. Cuando su confianza se disminuye por la disminución de las causas en que se fundaba, la ley debe dejarle obrar, como habría obrado no teniendo las mismas seguridades al tiempo del contrato" (GARCÍA GOYENA, *Concordancias , sub art. 1048*). *Ahora bien, el cumplimiento y la resolución son peticiones antitéticas , entre las que el perjudicado podrá escoger* (v . *art. 1124 II pr. CC* ) pues presuponen, respectivamente, la subsistencia del vínculo o su sobrevenida ineficacia. Los presupuestos de aplicación de ambas figuras son distintos y las consecuencias no siempre coincidentes. El ejecutante, para poder ejecutar, hace exigible el crédito mediante el vencimiento anticipado. Quien resuelve la relación, solo puede instar la restitución de la previa dación patrimonial ( *condictio* de prestación del *art. 1303 CC* )".

34. Adviértase que la **insolvencia** del prestatario es la causa habitual del impago de cuotas por el deudor hipotecario. Pero el incumplimiento singular no es demostrativo *per se* de la insolvencia por imposibilidad de cumplimiento regular (arg. art. 2.2 LCon), por lo que hay desviación del Derecho dispositivo.

35. Nótese igualmente que, si bien a toda resolución por incumplimiento le precede un incumplimiento, la consecuencia de un incumplimiento no es necesariamente la resolución ( **falacia de conversión ilícita** ).

36. También precisamos que el vencimiento anticipado presenta concomitancias con la figura del **incumplimiento anticipado** ( *anticipatory breach* ). Un contratante puede terminar el contrato antes de que el cumplimiento sea debido si la otra parte declara (rebeldía al cumplimiento) o está de otro modo claro

que habrá un incumplimiento (inhabilidad), y el incumplimiento es tal que justifica la terminación (arg. PECL 9:304 y DCFR III 3:504; *et. § 323[4] BGB redacc. 2002 y art. 6:80 BW; cf . solo por la suspensión del propio cumplimiento, art. 1220 Code redacc. 2016*). Desde luego, no se podrá dar por terminado el contrato antes de la fecha de cumplimiento por una razón que no permitiría la terminación después de tal fecha.

37. El camino hacia un **derecho general de terminación** del contrato por incumplimiento ha sido sinuoso por la brutalidad del remedio. Aunque en la tradición se reconocieron figuras funcionalmente equivalentes a la terminación, la semilla de la resolución por incumplimiento fue la doctrina canónica y del Derecho natural de que nadie puede exigir el cumplimiento de una promesa si a su vez ha incumplido su propia promesa, lo que no solo justificaba la excepción de incumplimiento (v. *SAP Madrid 11ª 177/2018, 16.5* ) sino que se extendió para reconocer, con independencia de que así se hubiera pactado (cláusula resolutoria), una condición implícita de no incumplir la promesa.

38. Pese a su aceptación hoy general, no existe consenso en las legislaciones sobre las circunstancias que justifican la terminación pero la **tendencia** internacional es la limitación a supuestos de incumplimiento grave; como también hay proclividad a permitir la resolución extrajudicial por comunicación unilateral y sin declaración judicial necesaria. Sobre la **excepcionalidad** del remedio resolutorio ( *SAP Madrid 11ª 165/2018, 9.5* ): "el *artículo 1124 Código Civil* no lo dispone de modo expreso, pero se interpreta en el sentido de que no cualquier incumplimiento basta para provocar la resolución de la relación contractual. Dadas las consecuencias que la misma produce liberatoria y restitutoria, la conveniencia de potenciar el respeto a la palabra dada *pacta sunt servanda* y de procurar la conservación del negocio *favor contractus* , son argumentos empleados para impedir que una medida tan radical se aplique a cualquier clase de incumplimiento" ( *SSTS 1ª 8/2014, 5.2 y 736/2015, 30.12* y las que citan). La identificación, en cada caso, de ese incumplimiento resolutorio corresponde, en primer término, a las partes, en ejercicio de su potencialidad normativa creadora. Pero, en defecto de previsión negocial que permita conocer la voluntad de los contratantes al respecto, se exige que el incumplimiento sea esencial" ( *STS 1ª 569/2015, 19.10* ; *sim . 736/2015, 30.12* ; *348/2016, 25.5* y las que citan; también DCFR III 1:109 [1])".

39. Particularmente, en el caso de los **contratos a plazo** y **contratos de larga duración** , la terminación del contrato como un todo solo debe permitirse cuando el incumplimiento es fundamental para el contrato como un todo (arg. PCEL 9:302 y DCFR III 3:506[2][b]). Ciertamente, podrá resolverse todo el contrato cuando los incumplimientos supriman la confianza futura en el cumplimiento futuro, pero se interpreta que no se podrá resolver el contrato exclusivamente para los plazos futuros.

40. Por otro lado, el remedio resolutorio no se restringe a los **contratos sinalagmáticos** (PECL 9:301 *a contrario* y DCFR III 3:501) aunque, obviamente, si la razón última de la resolución es la recuperación de la libertad contractual con *restitutio in integrum* al *status quo ante contractum* , solo tiene sentido si la parte perjudicada por el incumplimiento debe una contraprestación (entiéndase también el respeto del plazo). Como efectos de la resolución, decaen las obligaciones específicas de las partes y la cuestión que surge es la de las restituciones (v. *SAP Madrid 11ª 177/2018, 16.5* ).

41. La **Sentencia NCG Banco** resume: "En todo caso, ha de tenerse presente que la posible abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita. Cuando el examen se plantee en relación con la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el *art. 693.2 LEC* [...]. Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el *art. 693.2 LEC* (en su redacción anterior a la ley 5/2019), los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia".

42. La **regulación hoy vigente** es imperativa, luego la cuestión no se reproducirá. "[E]sta sección aborda la nueva regulación del vencimiento anticipado del contrato de préstamo y de los intereses de demora, sustituyendo el régimen vigente, en el que existía cierto margen a la autonomía de la voluntad de las partes, por normas de carácter estrictamente **imperativo**. Así, mediante el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente significativo en atención al préstamo contratado. [...] se persigue impedir la inclusión en el contrato de cláusulas que pudieran ser abusivas y, a la vez, robustecer el necesario equilibrio económico y financiero entre las partes". El artículo 24 LCCI "Vencimiento anticipado" dispone: "1. En los contratos de préstamo **[i]** cuyo prestatario, fiador o garante sea una **persona física** y **[ii]** que estén garantizados mediante hipoteca o por otra **garantía real****[iii]** sobre bienes inmuebles de **uso residencial** o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial [no necesariamente la vivienda habitual] el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato **[iv]** si concurren conjuntamente los siguientes **requisitos**: a) Que el prestatario se encuentre en **mora** en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses. b) Que la **cuantía** de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos: 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. c) [ **Nachfrist** ] Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo. 2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario".

43. Interpretamos que el *artículo 1129 del Código Civil* es complementario del 24 LCCI. Además, será orientativo de la gravedad del incumplimiento a los efectos de una eventual pretensión de resolución *ex art. 1124 CC*.

44. [d] **Remedios al vencimiento anticipado** . La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé remedios al vencimiento anticipado del préstamo en el caso de que la finca por primera vez ejecutada sea la vivienda habitual: "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" (STJUE 26.3.2019 *Abanca* ¶ 61) y, no obstante, nuestra jurisprudencia permite reputar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por cualquier incumplimiento.

### III

#### CONSECUENCIAS DE LA ABUSIVIDAD

45. A) Principios de novinculación, nomodificación y nointegración.- El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 prescribe: "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 éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas".

46. "Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando el juez nacional declara la **nulidad** de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional **integrar** dicho contrato **modificando** el contenido de esa cláusula [...] Así, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13 . En efecto, 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" (STJUE 26.3.2019 *Abanca* ¶ 53-4 y juris. cit.).

47. "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" (STJUE *Abanca* ¶ 63).

48. **B) Precisión: irreductibilidad textual de la cláusula abusiva** .- "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 [...] 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" (STJUE *Abanca* ). "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 tanto, no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio" (STJUE *Abanca* ¶ 55).

49. Entre las **técnicas de reducción**, se distingue, primero, la **reducción nocional** ( *notional severance* (v. ampliamente *Shafron v KRG Insurance Brokers [Western] Inc* 2009 SCC 6), como en el conocido caso inglés en el que se redujo la obligación de que el aprendiz May no ejerciera como cirujano dentista en la ciudad de Londres, eliminando los suburbios ( *Mallan v May* 152 ER 967 [Ex. 1843]). En segundo lugar, la **reducción textual**, que, a veces, es más respetuosa con el principio de que los tribunales no deben reescribir los contratos. Pero uno de los supuestos en que esta arcaica regla no funciona acontece cuando lo más siempre contiene lo menos ( *in eo, quod plus sit, semper inest et minus* [Dig. 50.17.110 *pr* .; *sim* . Sexti Decr. 5.12.35; *prob* . *STS 1ª 229/1971, 28.4* ]). Si, por ejemplo, una cláusula impide la competencia en California, el tribunal no puede tachar y reducir su alcance a una restricción razonable ( *Murray on contracts* 5 2011 § 99[E]). En la **cláusula de vencimiento anticipado**, reducir la cláusula al "incumplimiento" del prestatario tachando "cualquier" incumplimiento o el "impago de una cuota", sigue siendo una cláusula abusiva porque no existe diferencia semántica (solo pragmática) con la redacción anterior. El incumplimiento de una cuota es incumplimiento. En realidad, la regla del lápiz azul es una técnica de conservación del contrato que, si bien mejora la solución todoonada, resulta de aplicabilidad demasiado limitada.

50. Propiamente, no creemos que el Tribunal de Justicia haya descartado en todo caso la amputación textual (o división) de la parte abusiva (más conocida como **doctrina blue pencil rule** desde *Attwood v Lamont* [1920] 3 KB 571, que sí la rechazó; hasta *ATS 1ª Pleno 8.2.2017 [ES:TS:2017:271 A o " Auto Abanca "* ] cit. BGH 10.10.2013 III ZR 325/12); sino que, en el supuesto concreto, considera que equivale a una reducción conservadora de la validez ( *geltungserhaltende Reduktion* ) (lo advertíamos en *Auto Bankia e Informe Bankia*; *et. CAG 13.9.2018 Abanca* ¶ 84-109). A título ilustrativo, recientemente, en *Tillman v Egon Zehnder Ltd* [2019] UKSC 32 se establece un triple test: (i) *blue pencil*, (ii) contraprestación adecuada y (iii) supresión que no altere el efecto conjunto de lo pactado.

51. **C) Primera excepción: consentimiento del consumidor** .- "[C]on arreglo al *artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13*, incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, **salvo si el consumidor se opone a ello**" (STJUE *Abanca* ¶ 52 y juris. cit.).

52. Observamos que la Directiva 93/13 configura un régimen de **ineficacia en utilidad del consumidor** ( *pro se introducta sunt* ; *nullità di protezione* , *protective nullity* ) por lo que el tribunal no puede imponer la protección al consumidor. En esta materia, que si bien es de interés público no es de orden público, ya en el seno del procedimiento de ejecución, no se trataría de una renuncia a la ley sino a un derecho. Además, es la solución más respetuosa con el **principio dispositivo** como proyección en el campo procesal de la autonomía privada.

53. "[T]odos tienen facultad para renunciar a lo que en su favor se ha establecido" ( *Cod. Iust.* 2.3.29). "No conozco regla del derecho que tenga por fin obligar al individuo a conseguir su bienestar contra su propia voluntad, en su propio

interés; cuando esto sucede, en apariencia, es siempre el interés de la sociedad el que se halla en juego" (IHERING, *Der Zweck im Recht* 1877 § 220). Al que sabe y consiente no se le hace injusticia ni se le engaña.

54. Adviértase que el Tribunal de Justicia admite la **renuncia a oponer la abusividad**, con aplicación de la cláusula abusiva (*waiver of unfairness*), lo que supondría, previa audiencia del consumidor, la continuación de la ejecución hipotecaria según lo estrictamente pactado.

55. Diversamente, el Tribunal de Justicia todavía no ha admitido expresamente la **renuncia a la integración** pro consumidor (letra D] siguiente). Esto implicaría que, si el contrato no pudiera subsistir sin el pacto abusivo, la consecuencia asumida por el consumidor sería, entonces, la **liquidación de la relación**. Aunque nos parece que el consumidor habría de poder renunciar a la integración, interpretamos que la Sentencia NGC Banco ha venido a extender la indisponibilidad de la nulidad -según el criterio objetivo- al paso ulterior de la integración, de modo que, el préstamo no subsistente, se integra con la disposición legal de referencia *velis nolis* (*v. infra* ¶ 96).

56. **D) Segunda excepción: integración pro consumidor**.- "No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que de la jurisprudencia citada en los apartados 53 y 54 de la presente sentencia 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, apartado 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 [i] la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a **anular el contrato en su totalidad**, [ii] quedando expuesto así el consumidor a **consecuencias especialmente perjudiciales**, que representen para este una penalización" (STJUE *Abanca* ¶ 56 seq. 30.4.2014 *Kásler*; et. 14.3.2019 *Dunai* ¶ 54).

57. "A este respecto, el Tribunal de Justicia 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, apartado 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" (STJUE *Abanca* ¶ 57 y juris. cit.).

58. "Si, en una situación como la descrita en el apartado 56 de la presente sentencia, 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. En efecto, 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" (STJUE *Abanca* ¶ 58 y juris. cit.).

59. "Por **análogos motivos** cabe considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario concluido entre un profesional y un 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, apartado 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" (STJUE *Abanca* ¶ 59). Nótese que, siendo la remisión dinámica (no estática), la nueva disposición legal de referencia es el *artículo 693.2 LEC*, en su redacción por el artículo 24 LCCI, cuya retroactividad se impone por fuerza de esta doctrina jurisprudencial.

60. Finalmente, en el Derecho interno, el artículo 65 LCyU "**Integración del contrato**", recuerda: "Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante".

#### IV

### LA CUESTIÓN DE LA SUBSISTENCIA DEL PRÉSTAMO

61. Antes de una eventual integración, debe decidirse si el Préstamo puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado.

62. "En los presentes asuntos, los **contratos** a los que se refieren los litigios principales tienen por objeto, por un lado, la concesión de **préstamos** por parte de un banco y, por otro, la constitución de **garantías hipotecarias** relativas a tales préstamos. Las cláusulas controvertidas en los litigios principales, inspiradas en la redacción del *artículo 693, apartado 2, de la 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. Incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes 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, Perenicová y Perenic*, C-453/10, *EU:C:2012:144*, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir" (STJUE *Abanca* ¶ 59).

63. **A) Doctrina general sobre la nulidad parcial**.- Observa el *AAP Madrid rollo nº 386/2018* que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que prefiere la **invalidez parcial del negocio**, excluyendo las cláusulas abusivas, es un remedio imprescindible para evitar el fraude de ley. La protección del consumidor quedaría muerta si, con la imposición de una cláusula abusiva que afectara al objeto principal del contrato, se pudiera **reservar** el profesional la posibilidad de terminar la relación contractual (en la doctrina española, CASTRO, *El negocio jurídico* 1967 § 554). Además, la invalidez parcial punitiva evita el riesgo de que los profesionales redacten cláusulas abusivas en la **confianza** de que no lleguen a los tribunales, o de que estos simplemente las reduzcan o de que una redacción habilidosa por el profesional fácilmente desproteja al lego (este último riesgo, en *Treitel on the Law of*

*Contract* § 11161). Las nulidades del Derecho del consumo configuran un régimen de ineficacia **en utilidad del consumidor** . "No queremos que lo que se estableció en favor de algunos se considere introducido en ciertos casos para lesión de los mismos" (Cod. Iust. 1.14.6).

64. Partiendo de un **principio de conservación del contrato** ( *favor contractus* ), lo anulado no puede viciar lo válido ("neque vitatur utilis per hanc inutilem" [Dig. 45.1.1.5 *fin* ]; *sim* . ACCUR. gl. per hanc inutilem ad Dig. 45.1.1.15; Lib. Sex. 5.12.5 reg. 37 y BART. comm. sed si mihi: *utile per inutile non vitatur* ; también *SSTS 1ª 567/2009, 30.7 ; 241/2013 § 265 ; 634/2014, 9.1.2015 y 54/2019, 24.1 ; sobre el principio de conservación, STS 1ª Pleno 827/2012, 15.1.2013* ). "Si el fundamento de la anulación [...] afecta solo a términos particulares de un contrato, el efecto de una anulación se limita a esos términos, a menos que, consideradas todas las circunstancias del caso, sea irrazonable mantener el resto del contrato" (DCFR II 7:213; v. et. DCFR II 1:108; también sigue el test de razonabilidad PECL 4:116). La presunción general es la **ineficacia parcial** del contrato. Este es el criterio mayoritario en las legislaciones nacionales, siguiendo la tradición histórica (hasta la doctrina decimonónica, que prioriza la autonomía privada). En consecuencia, la **nulidad total** precisa determinados requisitos subjetivos u objetivos (§ 878 ABGB, 1184 Code [redacc. 2016], 1419 Codice, 292 Código portugués, 20[2] OR suizo, 3:41 BW o § 41 VÕS estonia; cf. la nulidad total salvo prueba de otra voluntad, § 139 BGB). Además, desde un principio de conservación, la **carga de probar** que sería irrazonable mantener el contrato residual es de la parte que sostiene la nulidad total.

65. Un contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva si el contenido remanente del contrato es **legalmente viable** . Esto puede suceder porque la cláusula aborda una cuestión que no necesita una respuesta contractual o bien porque existe una norma supletoria que puede llenar el vacío contractual. Los criterios que las legislaciones y las propuestas normativas manejan para la nulidad parcial son: (i) la **separabilidad** del contenido inválido (v. STJUE 11.9.2008 *Cepsa* ¶ 78). Según la doctrina de los **elementos esenciales** , el contrato podría subsistir cuando la cláusula no forma parte de la sustancia (en la dicotomía *substantiaadminicula* de *Dig. 18.1.72 pr*) o esencia del contrato ( *essentialia sive substantialia* de BALDUS, *Comm.ad Dig* . 18.1.72 pr. y 2.14.7.7 que en la compraventa es la cosa y el precio). Pero esta tesis objetivoabstracta (o estructural) no es la comúnmente aceptada. (ii) La **voluntad hipotética** de las partes, esto es, si las partes hubieran consentido un contrato con solo el contenido residual; siendo la tesis subjetiva la mayoritaria en las legislaciones. (iii) Que se mantenga el equilibrio razonable de prestaciones (o **conmutatividad** ), siendo esta tesis objetivoconcreta el criterio mayoritario en las propuestas normativas. La última doctrina europea (v. LOHSSE en *Comm. on European Contract L. 2018 sub art. 4:116*) propende a la tesis subjetiva para vicios del consentimiento y a la objetivoconcreta para la abusividad, aunque se matiza que la distinción no debe sobrestimarse porque la voluntad hipotética puede inferirse de elementos objetivos. "El indicio más vehemente de la voluntad hipotética de no contratar del profesional sería, en su caso, que el contrato resultara irrazonablemente oneroso para el profesional" (Auto Bankia).

66. **B) ¿Test de razonabilidad o de onerosidad irrazonable?** .- Cuestionábamos en el Auto Bankia si puede subsistir el contrato si tras la supresión de la cláusula abusiva, aunque esta no afecte al objeto principal del contrato, la vinculación al contrato remanente devendría **irrazonablemente onerosa** para el

profesional ( *unzumutbare Härte* , *unreasonable hardship* ).

67. En un marco de protección del consumidor, el profesional deberá imputarse a sí mismo todo **desequilibrio razonable** que sobrevenga por la supresión de la cláusula abusiva.

68. En efecto, reconoce la imposibilidad de subsistencia por onerosidad irrazonable, el § 306(3) del *Código civil alemán (BGB)*. En España, también la redacción anterior del artículo 83.2 III LCyU contemplaba la "situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada" como causa de ineficacia de todo el contrato. La redacción actual de la ley española, como la mayoría de Derechos nacionales, omite pronunciarse sobre cuándo el contrato podrá subsistir. La mejor doctrina propugna la nulidad total del contrato solo si la supresión de la cláusula abusiva genera onerosidad irrazonable para el profesional, no siendo condición suficiente el test de razonabilidad (JANSEN en *Commentaries sub art. 6:204; cf . DCFR II 9:408[2]* que se contenta con el test general de razonabilidad).

69. El **Tribunal de Justicia** se remite al **Derecho interno** pero sigue el **criterio objetivoconcreto** según interpretamos ( *prob . Sentencia NGC Banco; arg. STJUE Abanca ¶ 60; et.Dunai ¶ 51; fere* por el enfoque objetivo, basado en el texto de la Directiva y en la seguridad de las actividades económicas, SSTJUE *Perenicová ¶ 32 y 30.5.2013 Jorös ¶ 47*). "Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede 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. [...] al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto" (STJUE *Perenicová ¶ 32 y 36*; nótese que el Abogado General descartaba el **criterio subjetivo** : "un contrato ha de subsistir a pesar de que exista una cláusula abusiva, sólo puede exceptuarse cuando el propio contrato objetivamente no pueda subsistir sin la cláusula abusiva, pero no, en cambio, cuando según una apreciación *a posteriori* , resulta que una de las partes no habría celebrado el acuerdo sin ella" [¶ 66]).

70. Además, atendiendo a la finalidad de la *Directiva 93/13, el artículo 3.1* reputa abusivas las cláusulas que "causan en detrimento del consumidor un **desequilibrio importante** entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato". El propio Tribunal de Justicia afirma "esta disposición [art. 6.1 de la Directiva] 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" (entre otras, STJUE *Abanca ¶ 57 y juris. cit.*). Si la supresión de la cláusula abusiva convierte el contrato en irrazonablemente oneroso para el profesional, el resultado iría más allá del equilibrio real entre contratantes provocando un desequilibrio inequitativo para el profesional.

71. Dicho en terminología clásica (atribuida a ULPIANUS, *Liber singularis regularum*, pr., 12), albergamos la duda de si la Directiva 93/13 es una ley perfecta (*lex perfecta*) cuya violación determina solamente la ineficacia de la cláusula (*non valet, pro scripta non habetur*); o si, antes bien, en términos de alguna doctrina moderna, la Directiva 93/13 es una **ley más que perfecta** (*lex plus quam perfecta*) en el sentido de que, ante la abusividad de la cláusula, impone la ineficacia juntamente con otro tipo de sanción para el profesional.

72. El Tribunal de Justicia ya ha acogido un cierto **cariz sancionador** cuando rechaza, como regla general, la aplicación de una **disposición supletoria** para recomponer el contenido contractual.

73. Señaladamente, entendemos que el Tribunal Supremo español confería relevancia al criterio de la onerosidad irrazonable cuando declaraba (*STS 1ª Pleno 705/2015*) "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 redundaba 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".

74. **C) Préstamos con garantía real.**- La subsistencia del **préstamo con garantía hipotecaria**, ante la imposibilidad de vencimiento anticipado, es una cuestión disputada.

75. En la tesis de **subsistencia** del préstamo, se contaban la Comisión Europea "dicha cláusula de vencimiento anticipado es una **cláusula accesorio**, de naturaleza procesal, sin la cual el resto del contrato puede subsistir perfectamente, manteniendo su sentido jurídico y económico" (COM, *Observaciones escritas*, C92/16 *Bankia* ¶ 26; también la República Checa, Polonia, la República italiana) y el Abogado General (CAG *Banco Primus* ¶ 86 y *Abanca* ¶ 113-120). También *SAP Barcelona 4ª 338/2019, 30.4* y AA. *AP Castellón 3ª 123/2019, 13.5*; *Sevilla 8ª 15.5.2019*; *Asturias 7ª 119/2019, 24.6*; *Guipúzcoa 2ª 89/2019, 27.6*; y *AJPI Barcelona nº 1 203/2019, 15.5*. Particularmente, interpretaba el Abogado General (¶115), "pese a la consiguiente restricción para la ejecución de la garantía, el Tribunal Supremo no cuestiona la subsistencia del contrato de préstamo después de la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado. Además, ese órgano jurisdiccional no indica tampoco en su auto de remisión que tenga la obligación de anular el contrato de préstamo en su conjunto" y anotaba (n. 110): "si es preciso iniciar un **juicio declarativo** para que se declare resuelto el contrato de préstamo hipotecario, parece obvio que el contrato subsiste". Además, concluyó: "En este contexto, considero útil destacar, como ya he indicado en el punto 117 de mis conclusiones presentadas en los asuntos *C 70/17* y *C 179/17*, que no se trata de atender a consideraciones como el hecho de si el banco habría o no concedido un préstamo sin la garantía hipotecaria o cuáles serían las consecuencias que se derivarían para el acreedor de la eliminación de una cláusula abusiva, sino de determinar si el contrato queda o no anulado según el Derecho nacional" (CAG *Bankia* *EU:C:2018:727* ¶ 58). Por su parte, el ATJUE 17.3.2016 *Ibercaja Banco* había declarado: "sin perjuicio de las comprobaciones que

a este respecto deba realizar el órgano jurisdiccional remitente, la anulación de las cláusulas contractuales en cuestión 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" (¶ 39). Es un *dicta* no concluyente, que remite al Derecho interno salvando el criterio de apreciación del juez nacional, lo que confirma la Sentencia *Abanca* .

76. Contrariamente, el Reino de España mantenía la tesis de la **nulidad total** , alegando en sus *Observaciones escritas* a los asuntos *C92/16 Bankia* ¶ 9-33 y *Abanca* ¶ 101-118, que la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado hace el contrato remanente **irrazonablemente oneroso** para el profesional, que afecta a la **forma de realización de la garantía hipotecaria** ( *ius distrahendi* , cf. supra ¶ 18 ss.) y que el banco **no hubiera otorgado** ese préstamo sin una garantía real que garantizase su devolución, siendo la garantía **causa concreta** del préstamo.

77. En su función complementadora del ordenamiento jurídico ( *art. 1.6 CC* ), el **Alto Tribunal** se ha decantado por que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado se propaga a todo el préstamo hipotecario, luego no puede subsistir, y ello franquea la aplicación del *artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* y 24 LCCI como normas supletorias.

78. La **Sentencia NCG Banco** explica: "5. Hemos declarado ( *sentencias del pleno de la sala 46/2019 , 47/2019 , 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero* ) que, en el Derecho español, aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una **institución unitaria** . Puesto que como estableció la *sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre* , "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta".

79. El TJUE también ha considerado el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato con dos facetas préstamo y garantía [apartados 59 y 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los dos apartados 49 y 50 idénticos de los *AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C92/16, C167/16 )*]. Y así se concibe, igualmente, en el *art. 3.1 a) de la 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.

80. 6. Sobre esta base, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, resulta evidente que conlleva la restricción 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 debido ( *art. 1858 CC* ). En particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido.

81. 7. En el préstamo hipotecario, **la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas** y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago.

82. En la *sentencia 606/1997, de 3 de julio*, establecimos que: "En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que sólo subsiste si hay obligación garantizada".

83. La causa típica del contrato de hipoteca consiste esencialmente en el aseguramiento de una obligación, y no en la misma relación obligatoria asegurada, pese a que el principio de accesoriedad del gravamen conlleve que la existencia y licitud del crédito sean presupuestos indispensables para la propia validez del contrato de garantía. Es por esta razón que el *art. 12 de la Ley Hipotecaria* establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se identificarán las obligaciones garantizadas. Se trata de causas interdependientes, en cuanto que la suerte de la garantía dependerá de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero no a la inversa.

84. Ya en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se decía que "el valor de la finca hipotecada es la causa por [la] que entra en la obligación el que presta con hipoteca, ya que más bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa". Es decir, se resaltaba la idea de que la hipoteca sirve fundamentalmente para conseguir la seguridad en el pago de lo prestado, y que es precisamente el valor de cambio de la finca hipotecada lo que mueve (es la causa) al prestamista a conceder el préstamo, puesto que al garantizarse éste con la hipoteca, lo relevante es el valor de la cosa dada en garantía más que la solvencia del deudor. Y lo confirmó la exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, que autorizó la publicación de una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, al descartar la regulación de las hipotecas "desvinculadas de toda relación causal".

85. 8. Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE *Perenicová*, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

86. De ser así, **no puede subsistir** un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.

87. Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un **negocio jurídico complejo** de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario.

88. 9. Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto *Perenicová*, en que procedería la nulidad total del contrato porque el

negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas".

## V

### PRÉSTAMO NO SUBSISTENTE

89. **A) ¿Consecuencias especialmente perjudiciales?**.- "En tal supuesto [préstamo no subsistente], 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** " (STJUE *Abanca* ¶ 61[i]).

90. "A este respecto, resulta de los autos de remisión 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, 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. Según se ha señalado, 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" (STJUE *Abanca* ¶ 61 cont.).

91. Precisamos que si el contrato se resuelve se perderá la acción ejecutiva convencional, pero podrá ejecutarse el **título judicial**. Ciertamente, ello impediría la **liberación** del bien ( *art. 693.2 LEC* redacc. 2019 por LCCI). Diversamente, la posibilidad de beneficiarse de la **plusvalía** está prevista en sede de disposiciones generales de la ejecución dineraria ( *art. 579 LEC* ) luego puede beneficiar en toda clase de ejecución.

92. "Pues bien, tal **deterioro de la posición procesal** de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, 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. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del **Derecho nacional**, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y

las comparaciones necesarias a tal efecto" (STJUE *Abanca* ¶ 62).

93. Pues bien, el **proceso especial de ejecución hipotecaria**, con la idea sempiterna de abaratar el crédito, se creó en España por la **Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893** y no se consideró digno de la Península hasta la **Ley Hipotecaria de 1909**. En la discusión parlamentaria de esta Ley, venció la tesis de que esto no era un juicio sino una subasta en el juzgado. Esta inspiración llegó, con correcciones intrascendentes, hasta la **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000**, que declara en su Preámbulo: "La Ley dedica un capítulo especial a las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. En este punto, se mantiene, en lo sustancial, el régimen precedente de la ejecución hipotecaria, caracterizado por la drástica **limitación de las causas de oposición** del deudor a la ejecución y de los supuestos de **suspensión** de ésta. El Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable". Así, hasta que la **STJUE 14.3.2013 Aziz** obligó a iniciar las sucesivas reformas legales para incrementar las garantías de este proceso especial.

94. En nuestro Informe Bankia explicábamos cómo evaluar las ventajas de la ejecución hipotecaria para el consumidor es una **tarea compleja** teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso concreto y, por esto mismo, debería ser el **consumidor** y no el tribunal quien decida lo que más conviene al consumidor. Se muestra conforme con esta opinión la enmienda nº 138 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado a la LCCI.

95. Con todo, el **Tribunal Supremo** ha reiterado su apreciación de que la ejecución hipotecaria es el cauce procesal más ventajoso para el consumidor. Así, recuerda la Sentencia NGC Banco: "En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria a las que hicimos referencia en las *sentencias 705/2015, de 23 de diciembre*, y *79/2016, de 18 de febrero* y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al *art. 1124 CC* *sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio*, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada [...]"

96. El Tribunal Supremo también ha interpretado que "únicamente si se entendiera que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado sería relevante la **postura (opción) del consumidor**. No así cuando se considere que el contrato no puede subsistir". Tal consideración sigue al extracto de STJUE *Perenicová y Perenic* ¶ 32: "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". En definitiva, no se ha entendido que la integración de la cláusula deba contar con el consentimiento del consumidor, luego se evita la liquidación del préstamo.

97. **B) Regla de integración**.- En este contexto, por las razones que allí se exponen, se planteó en el Auto Bankia y en el Informe Bankia, como segunda cuestión prejudicial, si para salvar la subsistencia del contrato, en protección del consumidor, el juez nacional tiene la facultad de sustituir la cláusula abusiva por una

disposición supletoria de Derecho nacional o bien sería más adecuada la integración del contrato con una **regla mínimamente tolerable para el profesional** .

98. No obstante, el *Auto de 3.7.2019 Bankia* reitera el criterio de la "**nueva redacción de esta disposición legal** introducida posteriormente a la celebración del contrato".

99. En este sentido, la **Sentencia NGC Banco** ha declarado que "podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del *art. 693.2 LEC* (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y *3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016* ). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las *sentencias 705/2015, de 21 de diciembre* , y *79/2016, de 18 de febrero* .

100. 10. Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el *ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C486/16* , con la *STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C 415/11 ( Aziz )* , y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el *art. 693.2 LEC* (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

101. Se trata de una **interpretación casuística** en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

102. Y dentro de dicha interpretación, puede ser un **elemento orientativo** de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del *art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo* , reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la *STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C51/2017 ( OTP Bank Nyrt )* permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).

103. Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior: [...] Además, como se desprende de los apartados 48 y 49 del *ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C486/16)* , el principio de efectividad del Derecho de la Unión no queda menoscabado porque, conforme al principio de **autonomía procesal** de los Estados miembros, una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo".

104. **C) Proceso de ejecución**.- En sede de ejecución, la **oposición a la ejecución** fundada en títulos no judiciales ni arbitrales debe fundarse en alguna de las **causas** previstas en el *artículo 557 apartado 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* .

105. Considerando que la integración es a favor del consumidor, no sería concebible la integración del contrato con normas cuyo supuesto fáctico el ejecutado

no pueda **combatir** en el proceso de ejecución.

106. En una ejecución solo puede tratarse de la abusividad del vencimiento anticipado (no sobre una eventual **resolución** ) pues esta es la cláusula que necesariamente fundamenta la ejecución forzosa del cumplimiento del préstamo, limitándose nuestra cognición a las cláusulas abusivas que fundamentan o se aplican en la ejecución (arg. arts. 561.13ª LEC y 695.14ª y 695.3 LEC , en reducción teleológica y sistemática del 552.1 II LEC que se remite a la citada regla 3ª).

107. La anterior prevención no obsta la aplicabilidad de los **artículos** 24 LCCI, 129 bis LH o 693.2 LEC, porque frente a este supuesto de vencimiento, el deudor puede oponer especialmente el pago (art. 557.11ª) u otras causas pertinentes de oposición legalmente previstas. En principio, estos artículos permiten una subsunción del supuesto fáctico sin necesidad de las alegaciones y prueba propias de un juicio declarativo ( *sine strepitu iudicii* ).

108. Por otra parte, tales normas presentan una **transposición** del Legislador del mandato del *artículo 28.1 de la Directiva 2014/17* por el que "Los Estados miembros adoptarán medidas para alentar a los prestamistas a mostrarse **razonablemente tolerantes** antes de iniciar un procedimiento de ejecución".

109. Pues bien, habida cuenta de que el vencimiento anticipado ha fundamentado - *causa petendi* - la ejecución; "cuando se apreciase el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas" ( *art. 561.13ª LEC* ). "[S]e acordará el sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula contractual **fundamente** la ejecución" (arg. análog. *art. 695.3 II[i] LEC* y 129.2 f] últ. LH).

110. Además, bajo las circunstancias luego señaladas, procedería el **sobreseimiento de la ejecución** . La ejecución no podría continuar porque de los elementos fácticos de la causa de pedir, vertidos en la demanda de ejecución, no se desprendería la prosperabilidad del vencimiento anticipado por **otras causas** legales o convencionales distintas al impago de cuotas. Sobre esas otras causas que pudieran haberse servido para instar la ejecución, opera el principio de consunción procesal de acciones para el proceso de ejecución ( *art. 400.2 LEC* ; v. *SAP Madrid 11ª 400/2018, 24.10* ).

111. **D) Ejecución hipotecaria .-** La **Sentencia NCG Banco** concluye: "11. Conforme a todo lo expuesto, procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que **no se haya producido todavía la entrega de la posesión** al adquirente:

112. a. Los procesos en que, con **anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013** , se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

113. b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el **incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad** antes expuestos, deberían ser igualmente

sobreseídos.

114. c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el **incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI** , podrán continuar su tramitación.

115. d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores **no surtirán efecto de cosa juzgada** respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales ( *ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C486/16* ). Solución que no pugna con el *art. 552.3 LEC* , puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

116. Lo anterior unido a que el "cambio normativo sustancial" limita temporalmente la cosa juzgada ( *prob . STS 1ª 526/2013, 6.9 ; en general, 862/2000, 30.9 ; en la doctrina, GUASP, Los límites temporales de la cosa juzgada , ADC I2º 1948, apartado IV, que trata del cambio de las circunstancias que produjeron el fallo como límite temporal de la cosa juzgada*).

117. e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la **Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario** , pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al *art. 693.2 LEC* en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la *disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019* . Y ello, porque:

118. El *art. 693.2 LEC* , en su redacción anterior a la *Ley 5/2019*, era una *norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI*, al que ahora se remite, es imperativa.

119. La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado [nº 138 del Grupo Socialista], optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el *art. 693.2 LEC* anterior a la reforma".

120. Decíamos ya en AJPI Fuenlabrada 1 14.7.2014 [ES:JPI:2014:10A]: "el **vencimiento anticipado** no se pactó con efecto automático sino que supone un acto jurídico de ejercicio de una facultad o poder jurídico extintivo que debe regirse por la **nueva legislación** (arg. disp. trans. 2ª CC *in fine* ) por lo que, en verdad, la aplicación de la nueva ley al ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado ( *novus actus* del prestamista) no supone una aplicación retroactiva ( *tempus regit actum* ). Diversamente, emplear la nueva ley como regla del juicio de la **validez de la propia cláusula** de vencimiento anticipado sí es una **aplicación retroactiva** atenuada o de grado mínimo respecto a un efecto potencial de la relación jurídica pero, según nuestro criterio, la retroactividad tácita y una interpretación teleológica de la validez de la cláusula lo permitirían. [//] En realidad, más allá de *distinciones* teóricas, "los motores que determinan la fuerza retroactiva de una regla jurídica está en el contenido social y político de las disposiciones en contacto, en la voluntad

reformadora o restauradora que determine su finalidad" (CASTRO, *Derecho civil de España* 1949, 641). La "calamidad de los tiempos" se invoca en nuestro Derecho histórico para que la regulación alcance a contratos preexistentes (Nov. 10, 15, 8). [...] La necesidad de dotar de un **régimen general y uniforme** al crédito inmobiliario exige la aplicación de la nueva ley a la propia cláusula de vencimiento anticipado cuestionada. No es ni ética ni jurídicamente sostenible admitir que existen dos suertes de contratos de préstamo hipotecario con regímenes distintos (v. *SSTS 1ª 337/2009, 14.5* y *192/2011, 25.3*, citando otras)".

121. Aclaremos que no es necesario decidir en este Auto sobre el momento *ad quem* de **entrega de la posesión**, particularmente si se retrasa o no hasta la entrega física de la finca, posterior a otras formas de tradición (v. g. mediante decreto de adjudicación).

122. También precisamos que la superación del umbral del *artículo 24 LCCI a lo largo del proceso de ejecución* no creemos que pueda tener relevancia para mantener la ejecución, por el efecto de la litispendencia ( *art. 413 LEC* ) y porque un comportamiento razonable en un marco contractual abusivo no priva a una cláusula de su carácter abusivo (v. *STJUE Banco Primus ¶74* y *CAG 13.9.2018 Bankia C486/2016 ¶ 54*).

123. **E) Aplicación al caso enjuiciado .-** Si aplicamos las anteriores consideraciones a la cláusula controvertida (v. supra ¶ 3), se aprecia que no supera los estándares establecidos, pues 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. Y, en cualquier caso, parece 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 abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

124. Consecuentemente, debe declararse la **abusividad** de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable tal y como está redactada.

125. Además, tras la integración según la orientación de la Sentencia NGC Banco, el **vencimiento anticipado legal no debe prosperar** (arg. art. 24.1 b] ii] *a contrario* ) pues, producida la mora dentro de la primera mitad de duración del préstamo ( *vid. supra* antecedentes de hecho), las cuotas vencidas y no satisfechas ( **3583,10 &#8364;** ) no alcanzan el 3% de la cuantía del capital concedido (5160 &#8364;) ni las doce cuotas. En consecuencia, procede en este caso **denegar el despacho** de la ejecución.

126. Entendemos que los incidentes habidos no acarrear **costas** por serias dudas de Derecho, dadas las divergencias interpretativas notorias que la cuestión ha planteado hasta la fecha (arg. *art. 394.1 II LEC* ).

127. Lo anterior sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, la entidad prestamista, conforme a la jurisprudencia transcrita, podrá **reproducir su pretensión ejecutiva** si concurren los presupuestos legales, instando en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente

aplicación,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Primero. Se declara la **abusividad** de la cláusula Sexta bis, apartado 2º del préstamo hipotecario.

Segundo. Procede **denegarel despacho** de la ejecución.

Tercero. **Sin costas** .

Notifíquese esta resolución a las partes indicándoles que no es firme y que contra la denegación del despacho de ejecución cabe interponer recurso de **apelación** , del que conocería la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid. También podrá el acreedor, a su elección, intentar recurso de **reposición** previo al de apelación ( *art. 552.2 LEC* ). En su caso, el recurso de apelación se interpondrá ante este tribunal dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación. La admisión del recurso precisará que, al anunciarse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

Archívese el original de esta resolución en el **Libro** correspondiente y póngase testimonio literal en los autos de su razón.

*Así lo acuerda, manda y firma S.S.ª Ilma. Doy fe.*