

# BOLETÍN DIGITAL CIVIL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos

# AJFV

Número 31  
Junio 2019

## LA RECLAMACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Jose Antonio Baena Sierra

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Palma de Mallorca.

Doctor en Derecho

## ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26/03/2019 (ASUNTOS ACUMULADOS C-70/17 Y C-179/17)

Ángel Manuel Merchan Marcos

Juez, Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 9 de Gavà.



NUEVA MUTUA  
SANITARIA

Tu seguro  
de Ley

[www.nuevmutuasantaria.es/mugeju](http://www.nuevmutuasantaria.es/mugeju)



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección:

Gustavo Andrés Martín Martín

Coordinación:

Verónica Ponte García



ISSN: 2605-3055

## LA RECLAMACIÓN DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO POR EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Jose Antonio Baena Sierra  
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia  
Nº 5 de Palma de Mallorca.  
Doctor en Derecho

---

**RESUMEN:** *El procedimiento especial de ejecución hipotecaria, cuestionado duramente durante los últimos años por la crisis económica y por las resoluciones del Tribunal Supremo y del TJUE, ha motivado que las entidades prestamistas hayan comenzado a reclamar el cobro de sus créditos por el cauce del procedimiento ordinario en lugar de aprovechar las ventajas de contar con un título ejecutivo. Esta situación, impensable hace unos años, hace necesario replantearse algunas de las variables que deben tomarse*

*en consideración a la hora de examinar las demandas de los prestamistas. En este artículo nos centramos en dos aspectos concretos: el primero, la posibilidad de reclamar la totalidad del préstamo, declarando vencido el mismo de manera anticipada. El segundo, si se mantiene la carga registral en sus propios términos y si puede reclamarse a la hora de ejecutar la sentencia.*

**VOCES:** *préstamo hipotecario; resolución anticipada; rango; 1129; pérdida del plazo.*

## 1. ANTECEDENTES JURIPRUDENCIALES

Es un hecho notorio que el procedimiento de ejecución hipotecaria vive en la actualidad un momento crítico. Desde la ya lejana Sentencia Aziz<sup>1</sup>, donde el TJUE cuestionaba con dureza la legislación procesal en la materia, han sido numerosas las resoluciones que han dejado al descubierto las deficiencias, en perjuicio del deudor -consumidor o no- del procedimiento regulado en el Capítulo V, Título IV, Libro III de la LEC.

Asimismo, han sido abundantes en toda España las ejecuciones sobreseídas, archivadas o inadmitidas por la existencia de cláusulas abusivas en las escrituras de préstamo hipotecario, lo que ha motivado que algunos acreedores, bien por opción, bien por obligación -al ser inviable un segundo proceso de ejecución en multitud de casos-, hayan decidido reclamar la deuda a través de los cauces del procedimiento ordinario. Esta situación, que no

es la prevista para este tipo de préstamos, ha dado lugar a no pocos problemas en la práctica, motivados en gran medida por la intención del demandante de mantener todos los privilegios que le otorgaba el procedimiento especial de ejecución, pero ninguno de sus inconvenientes.

Como suele suceder cuando se utiliza un cauce procesal extraño a la naturaleza de la materia, como es el caso, esta situación ha dado lugar a numerosos problemas de orden práctico. En este artículo nos centraremos en analizar algunas dificultades desde la óptica del Tribunal Supremo, o, en su caso, de las distintas Audiencias Provinciales, centrándonos en dos aspectos especialmente conflictivos: la posibilidad de declarar la pérdida del derecho al plazo por el deudor, y el mantenimiento del rango de la hipoteca a la hora de instar la ejecución de la sentencia

### **1.1 La posibilidad de declarar la pérdida del plazo por parte del deudor.**

Esta es una cuestión controvertida sobre la que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado expresamente. Suele citarse la **STS (sección 1ª) de 12 de diciembre de 2.008 (ROJ: STS 6858/2008-ECLI:ES:TS:2008:6858)**, pero dicha resolución, en puridad, se refiere a la viabilidad de introducir una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario:

*“En los contratos de préstamos concertados por entidades financieras, el plazo se establece en provecho de ambas partes, habida cuenta de que mediante las operaciones de esta naturaleza, aquellas compañías realizan una actividad mercantil, asimismo en favor del cliente, pues, a través de las mismas, puede alcanzar la adquisición de activos, principalmente de viviendas.*

*El artículo 1129 establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda, cuando no otorgue al*

*acreedor la garantía a que estuviese comprometido, y cuando por actos propios hubieran disminuido las garantías establecidas o cuando por caso fortuito hubieran desaparecido, salvo que se hubieran sustituido por otras nuevas.*

*En verdad, estas normas del Código Civil poseen carácter dispositivo, que no impiden el vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios, con base en lo establecido en el artículo 1255 del Código Civil. ”*

Para apreciar la falta de pago como causa de pérdida del plazo es necesario un esfuerzo interpretativo, como el que realiza la **SAP de Girona, secc. 2, de 09 de abril de 2019 (ROJ: SAP GI 408/2019-ECLI:ES:APGI:2019:408):**

*“Este tribunal ha revisado el contenido de las actuaciones, ex artículo 456-1 LEC, y debe ratificar la pérdida del plazo también en base al art 1129 CC, pues ante el largo término para reintegrar el préstamo y el*

*incumplimiento permanente, firme y continuado en el pago de las cuotas de amortización, (que en la actualidad ya abarca dos años), ello implica una dejación total en el cumplimiento de los pagos, significativo de tal insolvencia, entendido como el cese en el cumplimiento regular de las obligaciones exigibles que, según interpretan las sentencias del Tribunal Supremo de 13/07/1994 y 22/11/1997, no requiere expresa declaración de insolvencia o concurso. El artículo 1.129 Código Civil prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor "pierde" el derecho a utilizar el plazo.*

*Por tanto, ha de entenderse que la falta de los pagos correspondientes a las cuotas de amortización durante un tiempo tan dilatado comporta el sobreseimiento general de pagos y además incide en la propia garantía real otorgada al prestamista acreedor”.*

En la misma línea se define la **SAP de Valencia, secc. 9, de 24 de abril de 2018 (ROJ: SAP V 2201/2018-ECLI:ES:APV:2018:2201):**

*"Precisamente el fundamento del artículo 1129 del Código Civil es que no merece el deudor el derecho al plazo cuando está poniendo en riesgo el legítimo derecho del acreedor, pues si se otorgó el plazo, lo fue indudablemente con la expectativa sólida de que tal obligación se cumpliría, pues de no ser así, dada la propia naturaleza del contrato y relevancia de la cantidad prestada, no se hubiese concertado plazo para su amortización."*

Se trata de un argumento interesante, pero arriesgado: supone atender la ficción de que el deudor ha sobreseído pagos por el hecho de dejar de pagar determinadas cuotas del préstamo, pero es perfectamente posible que el resto de pagos los lleve al corriente y que sólo tenga la deuda con el prestamista. En mi opinión, es necesario que, para asumir este argumento, el in-

cumplimiento ha de ser no ya grave, sino extraordinario: de hecho, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario ha establecido un mínimo de entre doce y quince mensualidades para hipotecas no ejecutadas hasta el momento de su entrada en vigor<sup>2</sup>, por lo que no sería entendible tener por insolvente al deudor por impagos inferiores a estos plazos.

Otras Audiencias han acogido este criterio para estimar la pérdida del plazo, y así, *ad exemplum*, la **SAP de Baleares, secc. 5, del 13 de diciembre de 2018 (ROJ: SAP IB 2461/2018-ECLI:ES:A-PIB:2018:2461)** ha apreciado la resolución contractual por impago de 32 cuotas; o la **SAP de Asturias, secc. 7, de 20 de noviembre de 2.018 (ROJ: SAP O 3381/2018-ECLI:ES:APO:2018:3381)**, de 48 cuotas. En todo caso, la falta de pago ha de ser superior a un año.

## **1.2 El mantenimiento del rango de la hipoteca en el Registro de la Propiedad a**

### **la hora de instar la ejecución de la sentencia**

Teniendo en cuenta la naturaleza accesoria del contrato de hipoteca respecto del cumplimiento de la obligación principal -la devolución del préstamo-, puede ser dudoso que pueda mantenerse una vez que se ha ejercitado la acción prevista en el artículo 1.124 del Código Civil, y con ella, la posibilidad de ejecutar la garantía hipotecaria en ejecución de la sentencia.

En este sentido, es determinante considerar si el prestamista ha solicitado la resolución del contrato o su cumplimiento. En el primer caso, parece evidente que, una vez fenecido el contrato, no puede sobrevivir la garantía, pero si lo que se ha solicitado es el cumplimiento íntegro, sin respetar el plazo, la jurisprudencia menor más reciente parece decantarse por admitir la conservación de la garantía. Sobre la cuestión se ha pronunciado la **SAP de Girona, secc. 2, de 30 de noviembre de 2018 (ROJ: SAP GI 1423/2018-ECLI:ES:AP-GI:2018:1423)**:

*“Lo pretendido en el recursos supone, en definitiva, una cuestión jurídica, esto es, determinar si, una vez resuelto el contrato de préstamo por incumplimiento esencial del prestatario, sigue o no vigente la garantía del mismo, consistente en una hipoteca, de modo que no puede ser declarada su cancelación, como consecuencia de dicha resolución, pudiendo, en fase de ejecución de Sentencia, dirigirse sobre el bien hipotecado en garantía de la deuda, sin necesidad de practicar otros trámites que, en la práctica resulta superfluos, como el embargo y su anotación.*

(...)

*La entidad bancaria, ahora recurrente, en definitiva, ejercitó una acción personal, derivada de un derecho de crédito garantizado con hipoteca, siendo la consecuencia directa de su estimación, la de permitir directamente la celebración de la subasta sobre el concreto inmueble dado en garantía, puesto que el derecho real de hipoteca supone la sujeción del bien sobre el que recae al cumplimiento de la obligación”.*

En la misma línea, **la SAP de Madrid, secc. 8, del 15 de noviembre de 2018 (ROJ:SAP M 15061/2018-ECLI:ES:APM:2018:15061)**, indicó lo siguiente:

*“En cuanto al procedimiento de ejecución de la hipoteca, que es una cuestión de orden público, sí se debe precisar que, como ya pusimos de manifiesto en la citada Sentencia de 11 de Octubre de 2.018, nuestro Tribunal Supremo en Sentencia nº 44/2006, de 25 de Enero, establece que el demandante puede optar por el procedimiento declarativo conforme a la cuantía de su reclamación, aunque se renuncie a la vía ejecutiva; a ello se suma la subsistencia de la garantía hipotecaria en orden a la preferencia de acreedores y la no necesidad de embargo ni anotación preventiva del bien afecto en ejecución de sentencia, por razón de la naturaleza y efectos de dicha garantía, (SS AAPP de Pontevedra de 30 de Octubre de 2.015, Valladolid de 5 de Noviembre de 2.007 y Madrid de 28 de Abril de*



1.998, citadas por la actora), a la que se le dará el curso legal de la ejecución en su momento, a tenor de los artículos 571, 634 y 655 y ss. de la LEC, esto es la vía de apremio con las particularidades reseñadas, reclamando en su momento del Registrador de la Propiedad la correspondiente certificación de cargas y gravámenes de la finca, sin previo embargo, no pudiendo reconducir la ejecución al procedimiento especializado de bienes hipotecados de los artículos 681 y ss. de la LEC, por su distinta naturaleza y efectos, a tenor del artículo 682 del mismo Cuerpo legal, como procedimiento ad hoc de normas especializadas de la ejecución hipotecaria "siempre que la ejecución se dirija exclusivamente contra el bien hipotecado en garantía de la deuda por la que se proceda.", con autonomía propia y diferenciada del declarativo, en el que ya se encuentra personado o emplazado el deudor, pudiendo ser además incompatibles o innecesarias con el juicio declarativo, las distintas previsiones especializadas que el mismo contiene,

dejando a salvo los aspectos no previstos en la ejecución ordinaria y vía de apremio que le sean de aplicación en cuanto a la cualidad de bien hipotecado, dentro de la regulación citada de los artículos 681 y ss. LEC".

O, dicho en otras palabras: el acreedor puede ejecutar la sentencia declarativa sobre el bien hipotecado, pero lo que ya no puede hacer es instar el procedimiento de ejecución especial para bienes hipotecados previsto en el Capítulo V, Título IV, Libro III de la LEC. Éste parece ser en la actualidad, el criterio mayoritario de las Audiencias Provinciales.

## 2. CONCLUSIONES

En conclusión, hemos de tomar en consideración que la crisis del sistema procesal hipotecario ha obligado a los prestamistas a utilizar el procedimiento ordinario para la reclamación de sus créditos en caso de incumplimientos extraordinariamente



graves del deudor que puedan ser equiparados objetivamente a un sobreseimiento de pagos. Sin embargo, ello no impide que permanezca vigente la garantía hipotecaria,

siempre y cuando la entidad acreedora haya optado por el cumplimiento en lugar de hacerlo por la resolución conforme al artículo 1.124 del Código Civil.

---

<sup>1</sup> STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11

<sup>2</sup> El artículo 24 de la Ley 5/2019 determina que el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato 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.

## ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26/03/2019 (ASUNTOS ACUMULADOS C-70/17 Y C-179/17)

Angel Manuel Merchan Marcos

Juez

Juzgado de 1ª instancia e instrucción nº 9 de Gavà.

---

### RESUMEN

*Tal y como estaba anunciado el día 26 de marzo de 2019 el TJUE ha publicado la Sentencia que ha dado respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo y el Juzgado de primera instancia nº 1 de Barcelona, sobre los efectos prácticos en el seno de los procedimientos de ejecución hipotecaria de la declaración como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado contenida en un contrato de préstamo hipotecario.*

*Para abordar la cuestión comenzaré recordando la jurisprudencia*

*del Tribunal Europeo sobre la posible abusividad de este tipo de cláusulas así como las Sentencias del Tribunal supremo de 23/12/2015 y 18/02/2016 para continuar analizando la Sentencia dictada por el TJUE. Terminaré exponiendo mi opinión sobre el efecto que esta Sentencia va a tener en los procedimientos de ejecución hipotecaria que se inicien en base a una cláusula de vencimiento anticipado que sea declarada abusiva.*

**VOCES:** “vencimiento anticipado”; nulidad; abusiva; “ejecución hipotecaria”; archivo y supletoria.

## 1. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

### 1.1 Las Sentencias del Tribunal Supremo de 23/12/2015 y 18/02/2016.

El TJUE tuvo ocasión de pronunciarse sobre este tipo de cláusulas en su Sentencia de 26 de enero de 2017 la cual tuvo una gran trascendencia en nuestro ordenamiento porque modificaba la doctrina que había sentado previamente el Tribunal Supremo. Y es que con anterioridad a esta Sentencia nuestro Alto Tribunal ya se había pronunciado sobre este tipo de cláusulas en las Sentencias 705/2015 de 23 de diciembre y la 626/2016 de 18 de febrero.

Así, en la **Sentencia 705/2015 (Roj: STS 5618/2015 – ECLI ES: TS 2015-5618)** el TS se remitía a la jurisprudencia fijada por el TJUE para determinar si una cláusula de vencimiento anticipado se podía considerar como abusiva

o no. Es decir, *si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.* Ahora bien, sentado esto, el Tribunal Supremo consideraba que este análisis se debería concretar en el modo en el cual se había ejercitado esta cláusula.

Esta Sentencia es relevante al caso que nos ocupa porque en ella el Tribunal Supremo ya adelanta la postura que va a

plasmarse en la cuestión prejudicial, esto es, argumenta que una aplicación estricta de la jurisprudencia comunitaria que declare la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado siempre que se considere que su redacción no cumpla los anteriores criterios y que aboque al archivo del procedimiento ejecutivo especial en todo caso puede ser contraria no sólo a los intereses de la entidad bancaria sino también a los del consumidor porque entiende que este procedimiento de ejecución hipotecaria prevé una serie de ventajas y beneficios para el consumidor.

Va más allá y considera que *conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato*. Ahora bien, el Tribunal Supremo también se pronunció sobre la posible integración

de la cláusula declarada abusiva y lo hizo para negar esta posibilidad de acuerdo a la jurisprudencia comunitaria *salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor...*

Por su parte, la **STS 626/2016 de 18/02 (Roj: STS 626/2016 - ECLI: ES:TS:2016:626)** confirmó esta doctrina y fijó *que 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, 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.*

## 1.2. La Sentencia TJUE de 26 de enero de 2017

Estando así las cosas, el TJUE dictó la Sentencia de 26 de enero de 2017 (asunto C 421/14) que da respuesta a diversas cuestiones planteadas por el Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Santander. Así, y en lo que nos interesa, la última cuestión planteada por el órgano nacional era la siguiente: *si de conformidad con la Directiva 93/13, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad, cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula abusiva acerca del vencimiento anticipado debe tenerla por no puesta y extraer las consecuencias a ello inherentes, incluso aun cuando el profesional haya esperado el tiempo mínimo previsto en la norma nacional.*

En esta resolución (apartado 71) el TJUE afirma que el órgano nacional está

obligado únicamente a dejar sin aplicación la cláusula abusiva pero no a variar su contenido. Además considera contrario al efecto disuasorio que estas prerrogativas dependan de que la cláusula abusiva se haya aplicado o no en la práctica. Es decir, a diferencia de la doctrina que había fijado el Tribunal Supremo obliga a que el análisis se realice en abstracto.

En esta Sentencia *el* TJUE también explica que en relación con una cláusula de vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período de tiempo limitado es el órgano nacional quien debe examinar si: la facultad concedida al profesional está supeditada a un incumplimiento por el consumidor de una obligación esencial; si este incumplimiento es grave en relación con la duración y cuantía del préstamo; si esta facultad constituye una excepción a las normas generales aplicables en defecto de estipulación contractual; y si el derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan

al consumidor poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

Es decir, que si la cláusula en abstracto, tal y como está redactada, es abusiva se debe tener por no puesta; y ello con independencia del modo en el cual haya sido utilizada por la entidad bancaria. Si analizamos los contratos de préstamo o crédito con garantía hipotecaria que se habían otorgado en nuestro país con anterioridad a este momento, y en especial a la modificación operada en el artículo 693 de la LEC por Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, observamos que en la práctica totalidad de los mismos la entidad financiera se había reservado esta facultad de dar por vencido el contrato en su integridad ante el más nimio incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago de cuotas ya fuera de principal o de intereses. Por eso esta STJUE, llevada a sus últimas consecuencias, implicaba en la práctica el archivo de la mayor parte de

los procedimientos de ejecución hipotecaria que se encontraban en trámite en aquel momento y el acceso a este procedimiento de aquellos contratos otorgados con anterioridad al año 2013.

## **2. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TJUE (GRAN SALA) DE 26/03/2019.**

Así las cosas, planteada la cuestión prejudicial por el Tribunal Supremo el TJUE se centra en analizar las consecuencias de la declaración como abusivas de las cláusulas de vencimiento anticipado en el seno de un procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

El punto de partida es un principio sólidamente establecido en la jurisprudencia comunitaria: si una cláusula es abusiva la misma deviene nula e ineficaz y se tiene por no puesta y los órganos jurisdiccionales deben abstenerse de aplicarla. Bajo este prisma, lo que se plantea al Tribunal es cómo debemos actuar cuando se pre-

suma que el procedimiento de ejecución hipotecaria pueda aportar ventajas al consumidor frente a la alternativa de un procedimiento declarativo más una eventual ejecución ordinaria. Recordemos que el Tribunal Supremo en las dos Sentencias antes reseñadas planteó la posibilidad de aplicar en estos casos de forma supletoria el artículo 693.2 LEC para continuar con este procedimiento no obstante haber sido declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado.

El marco comunitario de la cuestión viene determinado por la interpretación de los **artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13**. Resume el Tribunal Supremo el fondo del asunto que plantea en dos cuestiones: si estos preceptos se oponen a que la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva pueda conservarse siquiera parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva; en caso de respuesta negativa si lo que se puede mantener es el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado

en aplicación de esta cláusula utilizando de forma supletoria el **artículo 693 LEC** si se estima que el archivo de este procedimiento tiene consecuencias perjudiciales para el consumidor.

### **2.1. Sobre la posibilidad de aplicar parcialmente la cláusula declarada abusiva.**

Respecto a la primera cuestión el Tribunal Supremo planteaba la posibilidad de que la cláusula pudiera ser fraccionada declarando sólo como abusiva la parte infectada, que entiendo que en nuestro caso sería la expresión “cualquiera de los vencimientos”. Invocaba el TS la doctrina *Teilbarkeit der klausel* o *blue pencil test* elaborada por su homólogo alemán. El TJUE no analiza detalladamente la cuestión desde la perspectiva de dicha doctrina y de su compatibilidad con el Derecho de la Unión, a diferencia del Abogado General Sr. Szpunar. Éste considera en primer lugar que el Tribunal Supremo no propone un fraccionamiento de la cláusula sino una reducción



modificadora conservadora de su validez que sería inadmisibles desde la perspectiva de la Directiva 93/13. Y en segundo lugar que la misma de admitirse resultaría inoperante porque la supresión parcial impediría conocer el número de incumplimientos que permitirían la aplicación de la cláusula lo que impediría su control por el órgano nacional.

El TJUE se limita a señalar que la regla general es que tras la declaración como abusiva de la cláusula ésta no se puede aplicar ni siquiera de forma parcial. Sólo prevé una excepción, que el propio consumidor se oponga a esta consecuencia. Y ello porque el TJUE considera que el artículo 6.1 de la Directiva se opone a una norma de derecho nacional que permite al juez nacional integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula. Afirma que se pondría en riesgo uno de los objetivos buscados por la Directiva que es disuadir a los profesionales del uso de dichas cláusulas. (Sentencias 14/06/2012 Banco Español de Crédito

C-618/10 y 30/04/2014 Kasler y KaslerneRabai C-26/13).

Como consecuencia el TJUE responde de forma negativa a la primera cuestión planteada por el TS negando la posibilidad de mantener siquiera de forma parcial la validez de la cláusula abusiva.

## **2.2. Sobre la subsistencia del procedimiento de ejecución hipotecaria tras la declaración como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado.**

Más compleja es la respuesta a la segunda cuestión. En el mismo asunto Kasler y KaslerneRabai (Sentencia de 30 de abril de 2014 C-26/13) el TJUE había admitido la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional. La cuestión es que a partir del apartado 59 el TJUE señala que la Directiva no se opone a esta aplicación supletoria de una estipulación nacional siempre y cuando la declaración de nulidad de la cláusula abusiva impida subsistir al con-

trato de préstamo hipotecario. Es decir, se podría aplicar con la finalidad de evitar la nulidad del contrato. Considera que estos negocios jurídicos tienen una doble naturaleza: por un lado que el Banco conceda un préstamo al consumidor, y por otro que se constituya una garantía hipotecaria. Reconoce que la legislación vigente cuando se otorgan los contratos permitían al Banco dar por vencido el préstamo ante el impago de una sola cuota de mismo. **Ojo es el órgano nacional quien debe valorar si la supresión de las cláusulas tiene como consecuencia que el préstamo hipotecario, el contrato no pueda subsistir.** En estos casos además habrá que valorar si esta anulación del contrato expone al consumidor a consecuencias más perjudiciales.

Ahora entiendo que en nuestro caso hay dos diferencias que impiden esta aplicación supletoria del derecho nacional para mantener el procedimiento de ejecución hipotecaria tras la declaración como abusiva de la cláusula de vencimiento an-

ticipado: en primer lugar, en el caso de la cláusula de vencimiento anticipado la supresión del motivo del vencimiento modifica la esencia de dicha cláusula tal y como puso de manifiesto el Abogado General; y en segundo lugar, que su supresión no impide la subsistencia del contrato principal (normalmente de préstamo o crédito) ni de la garantía hipotecaria. Y esta subsistencia la afirma el propio Tribunal Supremo en su Auto por el que plantea la cuestión prejudicial (fundamento de derecho 5º apartado 9): *Es decir, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, sino 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 del Código Civil ).*

Por ello, el TJUE lo que nos dice es que los órganos nacionales deben hacer un doble

análisis tras la declaración como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado:

a) Si como consecuencia de la supresión el contrato de préstamo hipotecario no puede subsistir.

B) Y sólo si alcanzamos esta conclusión, si esta ineficacia sobrevenida del contrato tendrá consecuencias perjudiciales para el consumidor.

Mi postura al respecto es como ya adelanté que los contratos que estamos analizando podrán subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva lo que determinará el archivo de los procedimientos de ejecución hipotecaria que se hayan iniciado en aplicación de dichas cláusulas.

### 3. CONCLUSIONES

En resumen, cuando nos encontremos ante un procedimiento de ejecución

hipotecaria iniciado en base a una cláusula de vencimiento anticipado por impago de prestaciones pecuniarias por parte del consumidor, según mi criterio, los pasos a seguir serían los siguientes:

- Valorar previa audiencia de ambas partes si la cláusula es abusiva de acuerdo a los criterios fijados por el TJUE en su Sentencia de 2017.

- Si la respuesta es afirmativa la cláusula deviene nula e ineficaz, se deberá tener por no puesta y tendremos que determinar sus efectos valorando si el contrato, que no el procedimiento, puede subsistir no obstante esta declaración de abusividad.

- Si puede subsistir (que es la postura mayoritaria en la doctrina y jurisprudencia ya que no es un elemento esencial) debemos archivar el procedimiento de ejecución hipotecaria con una excepción: que el consumidor debidamente asesorado por su Letrado manifieste su voluntad de continuar con este procedimiento no

haciendo valer el carácter abusivo y no vinculante de la cláusula.

No obstante, en este momento considero que lo más prudente es suspender los procedimientos de ejecución hipotecaria en los cuales se estima que la cláusula de vencimiento anticipado pueda resultar abusivo hasta que el Tribunal Supremo implemente la doctrina que ha fijado el TJUE.

Y todo ello teniendo en cuenta que el 16 de junio de 2019 entrará en vigor la Ley del crédito inmobiliario cuyo artículo 24 resulta de aplicación incluso para los contratos anteriores a su entrada en vigor siempre que antes de dicha fecha no se hubiera producido el vencimiento anticipado (disposición transitoria 1ª.4).