

PROCESOS DE EJECUCIÓN DIRECTA DE HIPOTECAS POR CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2019

El pasado 13 de junio de 2019 se dieron cita en el Decanato de los Registradores de Cataluña: Fernando Pantaleón Prieto, catedrático de derecho civil y abogado en Uría Menéndez; José María Fernández Seijo, magistrado de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona; Jesús M. Sánchez García, secretario de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona, y Javier Gutiérrez Hidalgo de Caviedes, director del Área Contenciosa de la Asesoría Jurídica de CaixaBank. Dicho encuentro se organizó con el fin de analizar e intercambiar opiniones sobre la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 26 de marzo de 2019, relativa a la ejecución judicial directa de hipotecas por cláusulas de vencimiento anticipado, sentencia con la que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) parece abrir un nuevo capítulo en lo que se refiere a la abusividad de este tipo de cláusulas.

1. DESCRIPCIÓN CONTEXTUAL: ¿POR QUÉ LLEGA AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA LA CUESTIÓN PREJUDICIAL?

En el contexto del derecho español, el problema sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo viene de tiempo atrás. En un primer momento, «el TS [Tribunal Supremo] había entendido, tras una sentencia que declaró nulas las cláusulas de vencimiento anticipado del año 1999,¹ que los pactos que preveían el vencimiento anticipado por impago de varias cuotas eran válidos».^{2,3} Lo anterior tuvo lugar en el contexto de un contrato negociado. Pero dicho tribunal entendió que esta misma reflexión debía tener sus matices en el contexto de contratos

1. Tribunal Supremo, Sala Civil, Sentencia de 27 de marzo de 1999; resolución número 265/1999; magistrado ponente: José Menéndez Hernández.

2. Tribunal Supremo, Sala Civil, Sentencia de 9 de marzo del 2001; resolución número 219/2001; magistrado ponente: Jesús Eugenio Corbal Fernández.

3. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea una cuestión prejudicial al TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado», *Almacén de Derecho*, 10 de febrero de 2017. Disponible en línea en: <<https://almacenederecho.org/supremo-plantea-una-cuestion-prejudicial-al-tjue-clausulas-vencimiento-anticipado/>> (consulta: 4 julio 2019).

predispuestos o de adhesión. Fue así como, ante los casos en los que los bancos contemplaban la activación del vencimiento anticipado ante cualquier tipo de incumplimiento, determinó que esas cláusulas, al ser comparadas con el contenido del artículo 1129 del Código civil (CC) español, así como con el artículo 1124 CC, resultaban abusivas y, por lo tanto, nulas.⁴ Como consecuencia del análisis anterior y del mandato expreso del TJUE al juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula predisuelta con independencia del tipo de procedimiento —declarativo, ejecutivo o monitorio—,⁵ «los jueces empezaron a declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado sistemáticamente cuando se incluían en condiciones generales y el adherente era un consumidor».⁶ Ello trajo como consecuencia que el juez tuviera que «tener por no puesta la cláusula de vencimiento anticipado y entender que el prestamista no podía en ningún caso dar por vencido anticipadamente el crédito».⁷ Esto fue acentuado por la imposibilidad del juez de hacer subsistir la cláusula viciada modificándola conforme al derecho.⁸

Lo anterior tenía dos consecuencias: la primera era que el prestamista solo podría ir ejecutando por las cantidades vencidas y no pagadas, pero tanto la garantía como el préstamo se mantendrían en vigor hasta la terminación prevista en el propio contrato; la segunda era que, al declararse la nulidad de la cláusula, el prestamista carecía de un título ejecutivo, por lo que los jueces debían desestimar la demanda de ejecución.

Es en ese marco que se dicta la Sentencia de 23 de diciembre de 2015,⁹ en la que el TS consideró que en el escenario anterior los juzgados entrarían en caos, pues todas las ejecuciones de estos préstamos se tendrían que tramitar como procedimientos declarativos, y llegó a la conclusión de que «los jueces deberían proceder a la ejecución siempre y cuando el ejecutante no hubiera basado su ejecución en la cláusula abusiva, sino que lo hubiera hecho tras haber incumplido el deudor sus obligaciones de pago de manera grave, continuada y significativa».¹⁰

Para llegar a la determinación anterior, el TS tuvo que permitir la aplicación supletoria del derecho español, en particular las normas contenidas en los artículos 681 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) sobre ejecución hipotecaria, y justificó tal aplicación con la facultad excepcional que la jurisprudencia¹¹ del TJUE ha

4. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea».

5. TJUE, Sentencia de 14 de junio de 2012; asunto: C-618/10.

6. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea».

7. Jesús ALFARO, «El Supremo plantea».

8. TJUE, Sentencia de 14 de junio de 2012.

9. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015; resolución número 705/2015; magistrado ponente: Pedro José Vela Torres.

10. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

11. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014; asunto: C-26/13: «En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la

otorgado al juez de «sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional, [si con ello se logra] restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato» y siempre que «la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización».¹²

Específicamente, el TS consideró que en el caso de cláusulas de vencimiento anticipado se está ante esa excepción, puesto que al consumidor se le cierra el acceso al proceso de ejecución hipotecaria «incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreesimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor [...]», lo que «puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo [...] de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato».¹³ Además de lo anterior, el TS también resaltó 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, con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real».¹⁴

Frente a si la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado comporta la nulidad del contrato de préstamo hipotecario, el TS no se refiere a ello de manera directa y su argumento central es la inviabilidad para las partes de que dicho contrato subsista sin esa cláusula en los términos antes descritos.

En síntesis, según lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 23 de diciembre de 2015, los jueces deberán examinar si el consumidor ha dejado de pagar una parte suficientemente grande de la deuda hipotecaria que pueda considerarse un incumplimiento grave y, si es así, deberán seguir adelante con la ejecución aunque la cláusula de vencimiento anticipado sea nula.¹⁵ Por el contrario, si las cuotas impa-

Directiva 93/13, ya que según constante jurisprudencia esa disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas [...]. En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse».

12. Jesús ALFARO, «Consecuencias de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva», *Almacén de Derecho*, 22 de enero de 2016. Disponible en línea en: <<https://almacenederecho.org/consecuencias-de-la-nulidad-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-abusiva/>> (consulta: 4 julio 2019).

13. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

14. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

15. Jesús ALFARO, «Consecuencias de la nulidad».

gadas no pueden considerarse un incumplimiento grave, el juez deberá desestimar la demanda ejecutiva.

Es sobre esa facultad que el TS quiere establecer su compatibilidad con el derecho europeo, pues aparentemente dicha facultad podría ir en contra, por un lado, de la prohibición de integración del contrato por parte del juez nacional decantada por la jurisprudencia del TJUE y, por otro lado, del efecto disuasorio por el que aboga la Directiva 93/13/CEE.

Es en el contexto anterior que llega el Auto de 8 de febrero de 2017, en el que el TS se dirige al TJUE y pone sobre la mesa, a modo de cuestión prejudicial, la problemática antes descrita.

2. CUESTIONES PREJUDICIALES

Se recurrió al TJUE en el marco de la resolución de un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 14 de mayo de 2014 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra,¹⁶ en el que el prestatario alegaba la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. En particular, el litigio tuvo su origen en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria de cien mil euros a treinta años suscrito el 30 de mayo de 2008; contrato cuya cláusula 6 bis establecía, precisamente, su vencimiento anticipado. Dicha cláusula tenía como particularidades: primero, la facultad de la entidad bancaria de dar por vencido sin previo aviso el contrato de préstamo; segundo, que ese vencimiento se ejercía para la totalidad de la deuda, esto es, cuotas vencidas y cuotas pendientes de vencer, y, tercero, que el vencimiento del préstamo en los términos anteriores procedía ante cualquier incumplimiento, incluso el de una sola cuota.¹⁷

En ese contexto, el TS plantea las dos preguntas prejudiciales siguientes: la primera es si cuando la cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario es declarada abusiva, esta puede, no obstante, conservarse parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva;¹⁸ la segunda cuestión, en caso de contestarse negativamente a la primera, es si un tribunal nacional tiene facultades para determinar, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento

16. Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección Primera, Sentencia de 14 de mayo de 2014; resolución número 175/2014; recurso número 220/2014; magistrado ponente: Manuel Almenar Belenguer.

17. Se aclara que la cuestión que llega al TJUE se acumula con el asunto C-179/79, que no proviene del TS, sino del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona y en el marco de una demanda de ejecución hipotecaria iniciada por el prestamista. En ese proceso, la cláusula motivo de análisis es casi idéntica a la del proceso llevado por el TS.

18. TS, Auto de 8 de febrero de 2017; recurso de casación número 220/2014; magistrado ponente: Pedro José Vela Torres.

anticipado, que «el procedimiento de ejecución hipotecaria iniciado en aplicación de la cláusula anulada puede, en cualquier caso, seguir tramitándose aplicando supletoriamente una norma de derecho nacional, bajo la premisa de que la imposibilidad de recurrir a este procedimiento puede ser contraria a los intereses de los consumidores». ¹⁹ Esta última pregunta recoge la regla jurídica establecida en la STS ²⁰ de 23 de diciembre de 2015.

3. RESPUESTA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Lo primero que deja claro el TJUE en su respuesta es que «incumbe al juez nacional [...] determinar si dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de la buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por la Directiva 93/13/CEE». A ello añade, haciendo referencia a los hechos del caso, que «las cláusulas controvertidas en los litigios principales [...] deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad», por lo que «los órganos jurisdiccionales remitentes [deben] abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello». ²¹

Ahora, frente a los efectos de la ineficacia de la cláusula de vencimiento anticipado, que es sobre lo que en realidad versan las cuestiones prejudiciales, como premisa básica de todo el análisis el TJUE establece que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE 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». ²² Entonces, frente a la primera cuestión prejudicial, la pregunta que se hace el TJUE es si la supresión del apartado de la cláusula que es abusivo implica la modificación de la cláusula, a lo que responde que, en efecto, «[...] la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas [...] equivaldría, en definitiva, a modificar el contenido de dichas cláusulas afectando su esencia». Y concluye que «no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues [...] se menoscabaría directamente el efecto disuasorio ²³ [...]

19. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 48; asuntos acumulados: C-70/17 y C-179/17.

20. STS.

21. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartados 50, 51 y 52.

22. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 53 y, reiterando la Sentencia de 14 de junio de 2012, apartado 73 y, reiterando la Sentencia de 30 de abril de 2014, apartado 77.

23. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 55.

que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores».²⁴

En lo que respecta a la segunda cuestión, el TJUE empieza diciendo que no es lo mismo suprimir que sustituir, pues esta última facultad se permite «en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad».²⁵ Lo anterior reitera la jurisprudencia de ese mismo tribunal establecida en la Sentencia de 30 de abril de 2014.²⁶ Como complemento, el TJUE menciona que, para el caso de contratos de préstamo hipotecario, «la anulación [del contrato] tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca».²⁷

Sin embargo, el TJUE no llega a afirmar que la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de crédito es esencial, sino que simplemente se dedica a plantear que «[i]ncumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de derecho interno y adoptando un enfoque objetivo,²⁸ si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir».²⁹

Pero, ¿qué es un *enfoque objetivo*? El apartado 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 remite a la Sentencia de 15 de marzo de 2012, en la que ese mismo tribunal menciona que «[p]or lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, [...] tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE 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, [...] 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».³⁰

Lo anterior lleva a la conclusión que el equilibrio contractual por el que propende el análisis de la esencialidad desde el nombrado *enfoque objetivo* debe considerar, además de los intereses del consumidor —prestatario—, los intereses del prestamis-

24. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 54.

25. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 56 y, reiterando la Sentencia de 30 de abril de 2014, apartados 80, 83 y 84.

26. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

27. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

28. TJUE, Sentencia de 15 de marzo de 2012, apartado 32; asunto: C-453/10.

29. TJUE, Sentencia de 26 de marzo de 2019, apartado 60.

30. TJUE, Sentencia de 15 de marzo de 2012.

ta.³¹ Entonces, será bajo ese parámetro que el juez español deberá determinar la esencialidad o no de la cláusula y, acto seguido, tomar la decisión de continuar o no con el proceso de ejecución hipotecaria.

4. MESA REDONDA DEL 13 DE JUNIO DE 2019: LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN DIRECTA DE HIPOTECAS POR CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 26 DE MARZO DE 2019

El primer ponente en exponer su análisis fue Jesús M. Sánchez García, quien situó la Sentencia en el contexto nacional y señaló los puntos álgidos del debate. Luego lo hizo Javier Gutiérrez Hidalgo de Caviedes, encargado de describir cómo los prestamistas han venido operando frente al incumplimiento de los contratos de préstamo hipotecario por parte de los consumidores. En tercer lugar intervino José María Fernández Seijo, que cuestionó la incidencia real de la STJUE de 26 de marzo de 2019 en los problemas que existen en la actualidad dentro del proceso hipotecario en España. Por último realizó su intervención el catedrático Fernando Pantaleón Prieto, que explicó por qué dicha sentencia significa un cambio en la jurisprudencia del TJUE.

En esta última intervención, Fernando Pantaleón Prieto resaltó que toda la discusión referida a las cláusulas de vencimiento anticipado se hubiera podido superar de haberse permitido la aplicación retroactiva del artículo 24 de la Ley 5/2019, relativa a contratos de crédito inmobiliario. Pero tal solución, que considera que hubiera sido la más sensata y menos traumática para el sistema, no fue permitida por esa misma Ley, que en la segunda parte del número 4 de la disposición transitoria primera la excluyó al establecer que «[p]ara los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. *Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no*» (la cursiva es nuestra).

Menciona el ponente que, de hecho, fueron los efectos en los contratos de préstamo cuyo vencimiento anticipado se produjo antes de la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley 5/2019, el motivo de la cuestión prejudicial del TS en el Auto de 8 de febrero de 2017, por lo que, bajo ese escenario, queda en manos del TJUE y, posteriormente, de la aplicación que de esa regla haga el TS, así como las audiencias provin-

31. TJUE, Sentencia de 15 de marzo de 2012, apartado 33.

ciales y los jueces de primera instancia, la suerte de los contratos que por disposición legal se escapan de la regulación del nombrado artículo 24.

Dicho esto, el ponente empieza delimitando su exposición en tres puntos y señala que será sobre el último que centrará su intervención. En primer lugar, resalta que el TJUE confirma el carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado en la que con un solo impago se active dicho vencimiento. En segundo lugar, menciona que el TJUE confirma que el juez nacional no puede modificar una cláusula abusiva para volverla conforme al derecho, pues se estaría alterando el efecto disuasorio que promueve la Directiva 93/13/CEE. Finalmente, califica la STJUE de 26 de marzo de 2019 como un cambio en la jurisprudencia de dicho Tribunal, en particular un cambio en la regla jurídica establecida en la Sentencia de 30 de abril de 2014 —caso Kásler.³²

Pantaleón Prieto menciona que en la sentencia del caso Kásler el TJUE plantea como regla general que «[l]as lagunas contractuales causadas por el hecho de tener por no puestas condiciones generales de la contratación abusivas no pueden ser cubiertas o integradas con disposiciones supletorias del derecho nacional». Y, como excepción a esa regla, los casos en que «el perjudicado por esa falta de integración acaba siendo el propio consumidor; básicamente porque, sin ella, el juez se viese obligado a anular el contrato en su totalidad, quedando así expuesto el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización: por lo que a los préstamos hipotecarios respecta, al hacerse inmediatamente exigible al consumidor prestatario el pago total del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor».^{33,34}

Acto seguido, señala que, de aplicarse la doctrina del caso Kásler al caso que dio lugar a la cuestión prejudicial, la consecuencia sería que la laguna del contrato producto de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no se podría llenar, pues la omisión de esa cláusula, en su criterio, no representa para el consumidor un perjuicio especialmente grave. Menciona el ponente que el vencimiento anticipado, desde un criterio *formal*, no es un elemento esencial del contrato de préstamo, por lo que el contrato podría subsistir sin que dicho vencimiento sea posible, y adiciona que, de hecho, en ese escenario podría argumentarse que con la nulidad de dicha cláusula el consumidor vería exigibles judicialmente solo las cuotas impagas, lo puede llegar a resultarle beneficioso.

Por todo lo anterior, Pantaleón Prieto entiende que, bajo esta línea jurisprudencial, el juez nacional no podría aplicar supletoriamente el artículo 24 de la Ley 5/2019,

32. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

33. TJUE, Sentencia de 30 de abril de 2014.

34. Fernando PANTALEÓN PRIETO, «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», *Almacén de Derecho*, 31 de marzo de 2019, disponible en línea en: <<https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>> (consulta: 7 julio 2019).

ni el artículo 1124 CC: el artículo 1124 CC para abstraer la regla conforme a la cual el incumplimiento grave puede derivar en la terminación del contrato y el artículo 24 de la Ley 5/2019 para que el juez pueda determinar qué entiende el ordenamiento por incumplimiento grave. En consecuencia, el prestamista solo podrá ejecutar las cuotas vencidas impagadas, por lo que se mantendrá en vida el contrato hasta que se haya agotado su vigencia. Esto es así porque, desde su visión, la prohibición de integración del contrato vía norma supletiva también rige para el derecho común, que en el caso concreto conduciría hasta el artículo 1124 CC. Y aclara que el artículo 1124 CC resultaría aplicable en condiciones normales, pues, a diferencia del clásico préstamo, de los contratos de préstamo de larga duración sí puede predicarse su carácter sinalagmático o bilateral; tesis que, añade, ha sido tomada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 11 de julio de 2018.³⁵

Sobre esta última consideración, los demás ponentes no problematizan, de modo que queda como premisa sin discusión en el debate. Sobre la primera cuestión, esto es, la inaplicabilidad del artículo 1124 CC por cuenta de la prohibición de integración del contrato, Gutiérrez Hidalgo de Caviedes manifestó no estar seguro, pues cree que como norma de derecho común no se está ante un caso de integración del contrato en los términos del TJUE.

Continuando con la intervención de Pantaleón Prieto, en su opinión, de haberse aplicado la doctrina Kásler al caso analizado en la STJUE de 26 de marzo de 2019, la consecuencia hubiera sido un absurdo del que se dio cuenta el TJUE, y es de ahí de donde nace el cambio jurisprudencial. Considera el ponente que el giro jurisprudencial se da en los elementos con los que el juez debe analizar la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado para aplicar la excepción, lo que el TJUE llama el *enfoque objetivo*, que aboga por un análisis de esencialidad *material* y no *formal*, que incluya no solo al consumidor, como en el caso Kásler, sino también al prestamista. El TJUE entiende que, además de la posición del consumidor, el juez nacional debe evaluar si suprimir la cláusula de vencimiento anticipado desnaturaliza para el banco el contrato de préstamo hipotecario e implica para este un *sacrificio desproporcionado*.

En todo caso, el ponente menciona que el TJUE no «hace la tarea» al juez español y no llega a establecer si en el caso de la cuestión prejudicial se está o no ante una cláusula esencial, pero considera que dicho Tribunal lo pone todo sobre la mesa para que el análisis llegue a esa conclusión. Más allá de esto, el ponente sí se aventura a hacer el análisis de esencialidad en las nuevas condiciones establecidas por el TJUE. Es así como plantea la cuestión de si un banco podría tolerar un contrato de préstamo hipotecario a treinta años sin vencimiento anticipado, a lo que responde con un no

35. TS, Sala Civil, Sentencia de 11 de julio de 2018; resolución número 432/2018; magistrado ponente: María de los Angeles Parra Lucán.

categorico y añade que, en su opinión, sí desnaturalizaría dicho contrato no permitir su vencimiento anticipado, pues sería «absurdamente sancionador para el prestamista».

En adición, el ponente enfatiza que la función del derecho privado cuando dispone de mecanismos para detectar y combatir la abusividad de las cláusulas contractuales no es otra que la de reequilibrar el contrato; reequilibrio que incluye la posición de ambas partes, no solo la del consumidor, como inicialmente lo había entendido el TJUE.

Pantaleón Prieto finaliza su intervención estableciendo cuándo, en su opinión, el prestamista puede dar por vencido el contrato anticipadamente, y señala que puede hacerlo en los casos de incumplimiento grave —art. 1124 CC—. Además, a fin de saber cuántas cuotas impagadas significan un incumplimiento grave, el ponente menciona que debe recurrirse al artículo 24 de la Ley 5/2019, al que se remite el apartado 2 del artículo 693 LEC, artículo que contempla como requisitos: primero, que el prestatario esté en mora de una parte del capital del préstamo o de los intereses y, segundo, que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalga a un 3 % o a un 7 % del capital, dependiendo del momento de la vida del préstamo en que se produzca la mora.

A continuación, José María Fernández Seijo inicia su intervención preguntándose por el problema que soluciona la STJUE de 26 de marzo de 2019, a lo que responde que lo que *no* se soluciona es el problema de las familias cuyas viviendas son la garantía del préstamo hipotecario que las financió, y con ello anticipa la crítica que será el cuerpo de su ponencia. Lo que sí termina generando dicha Sentencia, continúa el ponente, es «abrir laberintos». Con esta expresión el ponente hace referencia a lo que considera un uso instrumental de la facultad de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE y a las consecuencias que ese uso llega a tener.

Antes de entrar en el centro de su crítica, lo primero que hace el ponente es señalar, igual como lo mencionó Pantaleón Prieto en su intervención, que el problema en los procesos de ejecución hipotecaria surge con la inclusión de la segunda parte del numeral cuarto de la disposición transitoria primera de la Ley 5/2019, pues deja en el limbo jurídico los casos de los contratos de préstamo hipotecario en los que ya se había producido el vencimiento anticipado.

Posteriormente y en lo que respecta a la cuestión prejudicial propiamente dicha, Fernández Seijo considera que el TS no pregunta nada de lo que no sepa la respuesta. En su opinión, lo que logró el TS fue que el TJUE realizara un análisis económico del derecho y, con ello, ratificara la regla jurídica de la STS de 23 de diciembre de 2015. En particular, un análisis de viabilidad económica del contrato en el que se entienda la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado en función del equilibrio económico que genera entre las partes. Esto en tanto que, de haberse realizado un análisis de la cláusula puramente jurídico, la posibilidad de vencimiento anticipado por incumplimiento no podría calificarse como el «motor del préstamo».

Al margen de lo anterior, el magistrado retoma la pregunta de si la STJUE resuelve algún tipo de problema, a lo que responde que, en su opinión, no lo hace. El ponente argumenta que la discusión sobre la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado se dará en los procesos ejecutivos, en los que el TS en sede de casación no se puede pronunciar como *ratio decidendi*; por lo tanto, sus consideraciones interpretando la STJUE de 26 de marzo de 2019 serán *obiter dicta*. Como parece lógico, continua el ponente, el TS abogará por una interpretación de la cláusula desde su viabilidad económica y, por tanto, terminará decantándose por su esencialidad. Pero el TJUE —aunque parece insinuarlo— no se lanza a afirmar que dicha cláusula sea esencial en los contratos de préstamo hipotecario; desde su visión, pues, las audiencias provinciales y los jueces de primera instancia podrían adoptar dos posturas, las únicas dos posibles: que la cláusula es esencial y, por tanto, las lagunas que trae consigo su anulación deben ser llenadas por los artículos 1124 CC y 24 de la Ley 5/2019, o que no es esencial y el préstamo puede mantenerse vivo sin ella.

Téngase en cuenta, reitera, que las decisiones en segunda instancia de las audiencias provinciales no llegan a casación por ser procesos ejecutivos, por lo que el TS no puede unificar jurisprudencia sobre la materia. De ahí la imagen de laberinto, imagen que Fernández Seijo ve materializándose en un futuro próximo en un «choque de trenes» entre el TS, las audiencias provinciales y los jueces de primera instancia.

Solo por nombrar un ejemplo que muestra que lo que el magistrado plantea tiene comprobación en la práctica, el pasado 15 de mayo de 2019, tras la Sentencia del TJUE, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona en el marco del proceso de ejecución hipotecaria número 3045/2017 y mediante un auto con ponencia del magistrado Guillem Soler Solé, que citaba incluso el decantado «enfoque objetivo» en el análisis de la esencialidad de una cláusula de vencimiento anticipado de casi idéntica redacción a la del caso estudiado por el TJUE, determinó que la cláusula no era esencial, así que, además de declarar su abusividad y nulidad, denegó el despacho de la ejecución hipotecaria.³⁶ En efecto, «los trenes ya se empezaron a chocar».

Por su parte, el ponente Javier Gutiérrez Hidalgo de Caviedes inició su ponencia citando la Ley 1/2013, que en su momento tenía la pretensión de «reforzar la protección a los deudores hipotecarios [...]» y que contenía las reglas aplicables a las cláusulas de vencimiento, puesto que en su artículo 7, apartado treceavo, establecía que el incumplimiento se consideraba grave y capaz de generar dicho vencimiento anticipado cuando, de haberse pactado, el impago fuera de «al menos, tres plazos mensuales [...] o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución».

36. Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, Sección Primera; auto de 15 de mayo de 2019; resolución número 203/2019; recurso número 3045/2017; magistrado ponente: Guillem Soler Solé.

Relata el ponente que, como el banco consideró lógico en ese momento, se unificaron las cláusulas de vencimiento anticipado redactándolas acordes a la norma. No obstante, la expresión *al menos* del artículo fue entendida por los jueces en el sentido de que no bastaba con que la cláusula contemplara el vencimiento anticipado en los estrictos términos de la norma, sino que debía analizarse en el caso concreto si el incumplimiento de tres cuotas podría calificarse como grave. Además, los jueces también consideraron que era irrelevante que el banco no ejerciera la cláusula dentro de ese término, sino mucho después. Es más, enfatiza el ponente que, aun en casos en que el incumplimiento era de más de diez cuotas de un préstamo de treinta cuotas, hubo audiencias provinciales que archivaron el proceso hipotecario.

Lo anterior ponía en una penosa situación al prestamista, al que resultaba imposible imaginar qué consideraría el juez de turno como un *incumplimiento grave*. Ante esta situación, Caixabank desde el año 2016 dejó de iniciar procesos ejecutivos y ventilo la mayoría de los incumplimientos por créditos hipotecarios a través de procesos declarativos. La estrategia jurídica consistió en que el juez del proceso declarativo en un primer momento analizara la gravedad del incumplimiento y, con ello, decretara la terminación del contrato, lo que implicaba la exigibilidad de las cuotas vencidas y las no vencidas. Jurídicamente, Caixabank sustentó esas demandas en los artículos 1124 y 1129 CC, artículo, este último, que recoge la regla genérica de la pérdida de plazo por incumplimiento. Además, solo se acudía al proceso cuando había más de nueve o diez cuotas vencidas.

El ponente valora la experiencia como positiva, pues casi en la totalidad de los casos los jueces del proceso declarativo decretaron la terminación del contrato de préstamo hipotecario, así como la exigibilidad de la totalidad de las cuotas. Resalta que esta estrategia no fue solo del banco que él representa, sino de todo el gremio, razón por la cual se avecinaron una multitud de procesos ordinarios para ejecutar hipotecas, desnaturalizando los procesos declarativos y dejando en desuso los procesos ejecutivos para esos mismos fines. Adicionalmente, menciona que acudir al proceso declarativo significó, en realidad, la primera fase de la estrategia judicial de Caixa-bank, pues, una vez con el título judicial en mano, la segunda fase consistió en iniciar el proceso ejecutivo para ejecutar el título judicial.

En la fecha, Caixabank tiene los siguientes procesos por incumplimiento de contrato de préstamo hipotecario: un grupo de casos que se tramitaron en el proceso ejecutivo y que están sin retirar; otro grupo que inicialmente se había presentado por la vía ejecutiva y que el banco ha decidido retirar e, inmediatamente, iniciar un proceso declarativo; otro grupo que fue tramitado desde el inicio mediante procesos declarativos y que siguen en curso, y, finalmente, un grupo de préstamos con cuotas incumplidas de los que no se ha solicitado el vencimiento anticipado, pues se está a la espera de que se cumplan los supuestos del artículo 24 de la Ley 5/2019.

Gutiérrez finaliza su exposición resaltando que a los bancos en realidad les es indiferente cuál es la regla que determina un incumplimiento grave: tres cuotas o más,

un porcentaje de la totalidad del crédito, o bien una combinación de ambas. Lo que en realidad les interesa es que haya reglas claras y, con ello, un marco jurídico que proporcione seguridad jurídica.

La última intervención estuvo a cargo de Jesús M. Sánchez García. La ponencia se inició describiendo el contexto en el que llega la STJUE de 26 de marzo de 2019, esto es, con una ley de crédito inmobiliario *ad portas* de entrar en vigencia y con la jurisprudencia de la STS de 23 de diciembre de 2015.³⁷ El ponente detecta dos problemas en este contexto: el primero, también destacado por los demás ponentes, hace referencia a la excepción a la aplicación retroactiva del artículo 24 de la Ley 5/2019 a los contratos de crédito hipotecario cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma. El segundo, que también comparte con las intervenciones anteriores, es que, por lo menos hasta antes de la STJUE de 26 de marzo de 2019, la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado no anulaba el contrato y este subsistía sin la posibilidad de reclamar la totalidad de las cuotas del préstamo, de modo que la única salida de los prestamistas era reclamar solo las cuotas vencidas.

Esta situación, desde la visión del expositor, tendría consecuencias nefastas para el consumidor, pues podría verse envuelto en una situación de sobreendeudamiento innecesario, por lo que, al igual que el TS, considera que es más viable para el consumidor que se continúe con la ejecución hipotecaria. No obstante, apunta que, como reitera la STJUE de 26 de marzo de 2019, el consumidor podría manifestar su deseo de mantener la cláusula abusiva y, con esto, impedir que se desestime el proceso de ejecución hipotecaria.

El ponente finaliza diciendo que, en este escenario y como permite el Real decreto ley 6/2012, de 9 de marzo de 2012, a los consumidores les podría quedar la salida de dar en dación en pago el bien hipotecado, posibilidad de obligatoria aceptación por parte del prestamista, así como un medio de liberación definitiva de la deuda. La duda que quedaría sobre la mesa, y que los demás ponentes sacaron a la luz en sus réplicas, es si el consumidor está dispuesto a perder su vivienda.

Sobre la incidencia de la STJUE analizada, el ponente está de acuerdo en que lo que hace el TJUE es dar un giro a su jurisprudencia, pues permite que la esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado se evalúe no solo desde el desequilibrio que puede significar su ausencia para el consumidor, sino también por lo que puede significar para el prestamista; pero, al igual que Fernández Seijo, considera que el alcance de ese pronunciamiento no llega a incidir de manera clara en los procesos ejecutivos en curso, dado que los recursos de casación que lleva el TS no son jurisprudencia vinculante para los jueces del ejecutivo. En consecuencia, habrá juzgados y audiencias provinciales que atiendan la STJUE de 26 de marzo de 2019, así como la STS de 23 de

37. TS, Sentencia de 23 de diciembre de 2015.

diciembre de 2015, y den continuidad al proceso de ejecución, y habrá otros, como en el caso del juzgado de primera instancia de Barcelona que fue puesto como ejemplo antes, que opten por desestimar dicho proceso.

5. REFLEXIÓN FINAL

Como reflexión final de la jornada, puede señalarse que lo que en un primer momento pareció ser una confrontación de criterios, en realidad terminó siendo una muy nutrida retroalimentación de posiciones, cada una fundamentada en el rol que los expositores ocupan en la esfera jurídica.

Además de esto, todos llegan a una conclusión común: para poder saber la magnitud de la incidencia de la STJUE de 26 de marzo de 2019 se debe esperar a la aplicación que de ella haga el TS, en particular en el proceso que motivó la cuestión prejudicial ante el TJUE, así como a la aplicación que las audiencias provinciales y los jueces de primera instancia realicen en los procesos ejecutivos hipotecarios cuyo vencimiento anticipado se haya producido antes de la entrada en vigor del artículo 24 de la Ley 5/2019. Por último, la tarea ahora es de los jueces: ¿qué van a hacer con la STJUE de 26 de marzo de 2019? Seguro que tal aplicación suscitará muchas más opiniones que las aquí escritas.

María Eugenia Gutiérrez Darwich

*Estudiante del Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios
Universidad de Barcelona*