

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA
NÚMERO 1 DE BARCELONA**

Ejecución hipotecaria nº 3045/2017

AUTO

En Barcelona, a 15 de mayo de 2019

HECHOS

PRIMERO.- XXXXXXXXX, S.A. ha presentado una demanda de ejecución hipotecaria contra XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, en su condición de deudores hipotecantes.

SEGUNDO.- Antes del despacho de la ejecución y tras apreciar la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en que se funda la demanda, este juzgado planteó, por auto de 30 de marzo de 2017 y a la vista de la doctrina jurisprudencial del TS, una petición de decisión prejudicial ante el TJUE relativa a los efectos procesales (sobreseimiento o no) que deba tener, en el marco de una ejecución hipotecaria, la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

TERCERO.- Por STJUE de 26 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, el STJUE ha resuelto la cuestión planteada por este juzgado, juntamente con la planteada por el propio TS sobre la misma materia.

CUARTO.- Por providencia de 9 de mayo de 2019 se ha acordado, con carácter previo a resolver sobre el despacho de la ejecución, dar traslado a la parte demandada para que manifestara si desea que se despache la ejecución a pesar de la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y a pesar de la posible falta de concurrencia de los requisitos fijados por el TJUE para la aplicación supletoria del art. 693.2 LEC.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Control de oficio de la abusividad.*

Es aplicable a la ejecución hipotecaria la facultad de controlar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas. Así lo establece el art. 552.1 LEC, que afecta a todas las ejecuciones de título no judicial, como la hipotecaria. Según este artículo, «*cuando el tribunal apreciare que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia a las partes por quince días. Oídas estas, acordará lo procedente*».

SEGUNDO.- Abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

La cláusula 6 bis del contrato de préstamo en el que se basa la demanda, referida a la «Resolución anticipada por la entidad de crédito», prevé que «No obstante el plazo estipulado de duración del presente contrato [37 años], la Caja acreedora podrá dar por vencido el préstamo, considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda en su totalidad [entre otros supuestos] por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos».

Para analizar la posible abusividad de esta cláusula, conviene sintetizar los hitos más relevantes que ha sufrido su evolución jurisprudencial:

La STJUE AZIZ, de 14 de marzo de 2013, fija unos parámetros específicos para valorar si las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de consumo pueden ser abusivas:

- Que el consumidor haya **incumplido una obligación que revista carácter esencial** en el marco de la relación contractual de que se trate: parece evidente, en este caso, que la obligación de pago en un préstamo o crédito es esencial.
- Que la facultad de vencimiento anticipado esté prevista para los casos en los que el **incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo** (párr. 73). Asimismo, advierte en un apartado anterior (párr. 66) que la función del TJUE es meramente ofrecer a los tribunales de los Estados Miembros indicaciones para apreciar el carácter abusivo de la cláusula, ponderación que deberán realizar estos “*en función de las circunstancias propias del caso*”. De estos dos extractos se desprendía una posible duda interpretativa: ¿únicamente debe analizarse la **literalidad de la cláusula** (previsión contractual de un único impago) o debe tenerse en cuenta como “*circunstancia propia del caso*” la conducta contractual del acreedor (el número de impagos que ha esperado que se produjeran antes de acudir al vencimiento anticipado, en este caso 36)?
- Si esta facultad **constituye una excepción con respecto a las normas aplicables** en la materia: hay que acudir en primer lugar al art. 1.129

CC, relativo a la pérdida del plazo, entre cuyos supuestos (insolvencia sobrevenida, no otorgar garantías, etc.) no se halla el mero impago por el deudor, por lo que la facultad contractual sí es una excepción respecto de esta norma. En segundo lugar, el art. 1.124 CC prevé, con carácter general (sin necesidad de pacto), la facultad de resolver las obligaciones recíprocas en caso de que una parte no cumpla lo que le incumbe, con resarcimiento de daños y perjuicios. De todos modos, no pueden equipararse vencimiento anticipado y art. 1.124 CC, al tratarse de instituciones de distinta naturaleza y régimen jurídico y por no ser el segundo aplicable supletoriamente respecto del primero. Simplemente integran distintas acciones autónomas o paralelas (una contractual y la otra legal) a las que puede acudir el acreedor hipotecario. Por ello podemos concluir que el vencimiento anticipado sí constituye una excepción respecto de la norma que sería de aplicación, en los términos fijados por el TJUE.

- Si el derecho nacional prevé **medios adecuados y eficaces** que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula **poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado** del préstamo: en este caso habría que acudir al art. 693.3 LEC, que, en sede de ejecución hipotecaria y únicamente en caso de inmueble hipotecado que sea vivienda habitual, faculta al deudor, aun sin el consentimiento del acreedor, para liberar el bien mediante la consignación del principal e intereses vencidos hasta ese momento. Ello no obstante, no puede calificarse de suficientemente adecuado y eficaz, puesto que, partiendo de la base de que el deudor ha dejado de pagar las cuotas hipotecarias por su situación económica, es altamente improbable que en el margen de tiempo que transcurre desde el ejercicio del vencimiento anticipado hasta la salida a subasta del bien pueda llegar a activarse esta enervación hipotecaria.

ATJUE de 11 de junio de 2015: los términos de la STJUE AZIZ no permitían afirmar de modo concluyente si el criterio relevante era la mera literalidad de la cláusula o si había que tener en cuenta la conducta contractual (los impagos efectivos) como “*circunstancia propia del caso*”. Ello explica que desde entonces se generaran dos líneas jurisprudenciales contradictorias en ambos sentidos. Esta situación se aclaró con el ATJUE BBVA, de 11 de junio de 2015, que concluye que “*a fin de garantizar el efecto disuasorio, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva» no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica. El mero hecho de que la cláusula de vencimiento sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al art. 693.2 LEC no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula. Incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en la cláusula 6.ª bis del contrato sobre el que versa el litigio principal, produce efectivamente un desequilibrio de este tipo. En este sentido, la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí*

sola que concurra tal supuesto. Cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» de una cláusula, 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». Así, este auto atiende exclusivamente a la literalidad de la cláusula, con independencia de lo acontecido en la vida real del contrato.

STJUE de 26 de enero de 2017. Este planteamiento ha sido expresamente reiterado en la STJUE BANCO PRIMUS, de 26 de enero de 2017, en la que añade que *“la circunstancia de que el profesional haya observado en la práctica el requisito del art. 693.2 LEC [tres impagos] y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las circunstancias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula”*.

TERCERO.- En definitiva, parece ya evidente que hay que acudir a la **literalidad de la cláusula y no a los impagos efectivos que ha esperado el acreedor** antes de acudir al vencimiento (que en este caso serían 36, según la parte ejecutante). Ya se ha indicado que el préstamo se concedió con un plazo de devolución de 37 años y que la cláusula SEXTA BIS permite el vencimiento anticipado con el impago de una sola cuota mensual. Se desprende por ello con claridad el desequilibrio injustificado que genera esta cláusula en los derechos de las partes, con independencia de que se hayan producido varios impagos efectivos antes de que el acreedor haya acudido al vencimiento anticipado. Por todo ello, según el art. 83 TRLGDCU se declara abusiva y nula la cláusula de vencimiento, que no debe vincular al consumidor y es expulsada del contrato.

CUARTO.- Efectos procesales de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Una vez apreciada la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y **siendo la misma el fundamento de la presente ejecución hipotecaria**, parecería evidente la necesidad de denegar el despacho de la ejecución, y ello por una simple cuestión de legalidad procesal interna o estatal. Así se desprende de los artículos 552.1 LEC y 561.3 LEC, según los cuales cuando el tribunal apreciare de oficio que alguna cláusula puede ser calificada abusiva, el auto determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas. Asimismo, aunque previsto para la oposición a la ejecución hipotecaria, nos aporta más luz el art. 695.3 LEC cuando precisa que el auto que aprecie la abusividad de una cláusula acordará el **sobreseimiento de la ejecución cuando la cláusula en cuestión fundamen-**

te la ejecución. Parece evidente que este es el caso de la cláusula de vencimiento anticipado, puesto que es precisamente en ejercicio de la misma que el acreedor hipotecario declaró vencida la deuda, la liquidó antes de la demanda, efectuó el requerimiento previo y concretó el importe posteriormente reclamado judicialmente, precisamente sobre la base procesal del art. 693.2 LEC, que es el que se refiere y exige la previsión contractual del vencimiento anticipado.

La presente resolución podría terminar en este punto, acordando la denegación del despacho de la ejecución. Ello no obstante, varias sentencias recientes del TS y los términos genéricos en que se ha pronunciado el TJUE en las cuestiones prejudiciales que se le han planteado sobre la materia obligan a un análisis de mayor profundidad que nos llevará, de todos modos, al mismo resultado.

En efecto, a la luz de dos sentencias del TS, la STS 705/2015, de 23 de diciembre de 2015, y la STS 79/2016, de 18 de febrero de 2016, y de la cuestión prejudicial europea planteada el 8 de febrero de 2017 por el mismo TS, se habían **abierto dos novedosas alternativas para evitarle al acreedor hipotecario el cierre de la vía especial hipotecaria** y las molestias y retrasos de tener que dirigirse a un juicio ordinario. Según el TS, “la tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario”. Sería “inadecuado”, según el TS, “obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual”.

Para intentar evitar esta situación procesal, proponía el TS dos alternativas para los acreedores hipotecarios, sobre cuya compatibilidad con la normativa europea de consumo pregunta el TS al TJUE. La primera, la posibilidad de aplicar la técnica del *blue pencil test*: que el juez o jueza elimine por sí mismo las concretas palabras del redactado de la cláusula que la convierten en abusiva, habilitando su subsistencia parcial y su eficacia jurídica. La segunda alternativa sería la posibilidad de no archivar la ejecución hipotecaria a pesar de la abusividad de la cláusula que constituye su fundamento, acudiendo a la aplicación supletoria del art. 693 LEC (según el cual «podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales»). Ello se basaría en que puede ser **más beneficioso para el consumidor la continuación de la ejecución** en vez de verse sometido (en caso de ser archivada) a una eventual demanda de juicio declarativo futuro, con pérdida de posibles beneficios o privilegios procesales de los que goza en la ejecución hipotecaria.

Es por ello que, antes de resolver definitivamente si procede, o no, el despacho o la denegación de la presente ejecución, debe analizarse lo resuelto por el TJUE en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas por el TS

y por este mismo juzgado, dado que las mismas están estrechamente vinculadas y han sido resueltas de modo conjunto por el TJUE.

QUINTO.- Cuestión prejudicial del TS (asunto C-70/17).

Por auto de 8 de febrero de 2017 el TS planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial en la que abordaba, como se avanzaba, dos cuestiones: en primer lugar, si es viable, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que prevé el vencimiento por impago de una cuota, **apreciar la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantener la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas** también previsto con carácter general en la cláusula.

Y, en segundo lugar, si es viable, una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado, acudir a la **aplicación supletoria de una norma de derecho nacional (art. 693.2 LEC)**, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, cuando ello resulta **más favorable** para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato o la reclamación de las cantidades debidas y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor (enervación hipotecaria, limitación del tipo de subasta y liberación parcial de la deuda).

SEXTO.- Cuestión prejudicial planteada por este juzgado (asunto C-179/17).

Por otro lado, por auto de 30 de marzo de 2017 este juzgado planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial en la que, entre otros extremos, preguntaba, en relación con la segunda pregunta de la cuestión prejudicial formulada por el TS, si se opone a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 una doctrina jurisprudencial como la del TS que, una vez apreciada la abusividad y nulidad de la cláusula, **aplica supletoriamente una norma legal (el artículo 693.2 LEC) a pesar de que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado.**

SÉPTIMO.- STJUE de 26 de marzo (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17).

Ambas cuestiones se han tramitado conjuntamente y por STJUE de 26 de marzo, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, el TJUE ha concluido que **no es viable conservar parcialmente** una cláusula de vencimiento anticipado que ha sido declarada abusiva **mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva**, si la supresión equivale a modificar su contenido afectando a su esencia.

Por otro lado, que el juez puede poner remedio a la nulidad de la cláusula abusiva, **sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.**

OCTAVO.- *Inviabilidad de la extirpación del elemento generador de la abusividad (blue pencil test).*

En el presente caso, la cláusula 6 *bis*, referida a la «Resolución anticipada por la entidad de crédito», prevé que «No obstante el plazo estipulado de duración del presente contrato [37 años], la Caja acreedora podrá dar por vencido el préstamo, considerándolo resuelto y anticipadamente vencida la deuda en su totalidad por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos»

Antes de abordar lo resuelto por el TJUE debe apuntarse que, incluso de considerarse admisible la aplicación del *blue pencil test*, concurren serias dudas de su hipotética virtualidad. En efecto, esta técnica exige la eliminación de los concretos elementos que generan la abusividad de la cláusula. En el presente supuesto serían, en todo caso, dos elementos, el “uno” y la coma, de modo que quedaría la redacción del siguiente modo: “por falta de pago a su vencimiento de varios o todos los plazos”. Ello no obstante, incluso en este caso subsistirían dudas de la posible abusividad del nuevo redactado, puesto que dentro de la noción “varios” podríamos incluir el impago de dos cuotas, supuesto que, en comparación con la duración pactada de 37 años, seguiría siendo abusivo. Por ello, si concluimos que es necesario eliminar o extirpar igualmente la palabra “varios”, únicamente quedaría el supuesto de “todos los plazos”. Este redactado no sería abusivo, por razones evidentes (coincidiría con la duración global del contrato), pero se referiría a un supuesto (impago de todos los plazos) que no se ha producido en la realidad contractual al tiempo de ejercitarse el vencimiento (al que se acudió con el impago de 36 cuotas mensuales). Por ello, en esta última hipótesis se llegaría al mismo efecto de denegación del despacho de la ejecución.

Lo expuesto anteriormente es suficiente para excluir la viabilidad del *blue pencil test*. Ello no obstante, para la hipótesis de reputarse no abusivo el redactado que incluye “varios impagos” y de considerar incluido en el mismo el supuesto presente (36 impagos), entonces habría que acudir a lo resuelto por la reciente STJUE de 26 de marzo de 2019, dictada en el marco de la cuestión prejudicial planteada por el TS precisamente en relación con la viabilidad de la técnica del *blue pencil test*.

Pues bien, parte el TJUE de la inviabilidad de una hipotética facultad del juez nacional, una vez apreciada la abusividad de la cláusula, de integrar el

contrato modificando su contenido (entre otras, sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartado 73). Ello podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo (art. 7 de la Directiva 93/13) relativo al efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, las cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores. De lo contrario, 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. Concluye por ello el TJUE que “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”.

En definitiva, no es viable salvar o sanar jurisdiccionalmente la cláusula de vencimiento anticipado en los términos propuestos por el TS.

NOVENO.- *Inviabilidad de la aplicación supletoria del art. 693.2 LEC.*

En cuanto a la posibilidad de salvar los efectos de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y poder continuar la ejecución hipotecaria en base, no a la cláusula, sino a una previsión legal aplicada supletoriamente (en este caso el art. 693.2 LEC), concluye la STJUE de 26 de marzo de 2019 que **es viable siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.**

No entra el TJUE en el detalle de si, en el caso concreto, el contrato de préstamo puede, o no, subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, ni tampoco en si es más o menos beneficioso o perjudicial para el consumidor continuar la ejecución hipotecaria o acudir como demandado a un juicio ordinario. Y no lo hace porque son cuestiones que debe resolver, según el TJUE, el juez o jueza internos. Es por ello que deben ser abordadas a continuación.

DÉCIMO.- *Dos requisitos acumulados y concurrentes ($p \wedge q \rightarrow r$).*

Aunque parece evidente que la respuesta tiene que ser negativa, dado que pocas dudas emergen en cuanto a que un contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, se efectuarán una serie de consideraciones para contextualizar el razonamiento, todo ello a los efectos de asegurarnos de no estar construyendo una “interpretación maximalista” en tutela de los consumidores. La primera consideración es de tipo sintáctico-lógico.

El TJUE, si bien admite, con carácter general, la posibilidad de la aplicación supletoria de una norma, lo condiciona a la concurrencia de dos requisitos, unidos (en un extremo no irrelevante) por la conjunción “y”. Es decir, deben darse los dos: por un lado, que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula (en otras palabras, que la ineficacia o nulidad de la cláusula abusiva implique, necesariamente, la de todo el contrato). Por el otro, que la nulidad global del contrato genere para el consumidor un efecto especialmente perjudicial.

La conjunción “y” es relevante porque implica que, si ya no se da el primer requisito, ya no es viable en ningún caso la aplicación supletoria del art. 693 LEC, con independencia de lo que se resuelva sobre el segundo requisito: si no se da el primer requisito, no es viable la aplicación supletoria, *aunque sí se de el segundo*. En esta hipótesis, el análisis del segundo deviene estéril. Lo mismo podría reiterarse para el caso de no darse el segundo requisito pero sí el primero.

En una analogía lógica y salvando las distancias, podríamos decir que el parámetro propuesto por el TJUE es el siguiente: $p \wedge q \rightarrow r$, en el que p es la imposibilidad de que subsista el contrato sin la cláusula de vencimiento anticipado, q que la nulidad de todo el contrato sea especialmente perjudicial para el consumidor y r la viabilidad de la aplicación supletoria del art. 693 LEC. Si se da simultáneamente p y q, entonces se dará r. Si se da únicamente uno de los dos antecedentes, no será viable r. Para que lo fuera se requeriría la siguiente formulación, $p \vee q \rightarrow r$, en el que \vee significa “o”, y parece evidente que ello no se deriva de la STJUE.

Pues bien, analicemos en primer lugar p.

UNDÉCIMO.- *¿Puede subsistir un contrato de préstamo sin la cláusula de vencimiento anticipado?*

Vemos con ello que gran parte de la problemática, en los términos fijados por el TJUE (a los que debemos acudir en atención al art. 4 bis LOPJ), consiste en determinar si es posible la subsistencia de un contrato de préstamo sin la cláusula de vencimiento anticipado.

Hay que advertir que **no se trata de una novedad jurisprudencial del TJUE**: como nos recuerda el propio tribunal en la sentencia de 26 de marzo de 2019, ya en la de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, admitió la posibilidad de que el juez nacional sustituya una cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional, pero “únicamente en los supuestos en los que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representarían para este una penalización”. Se trata, en definitiva, de aplicar criterios que ya

habían sido fijados por el TJUE con anterioridad pero que, tal vez, se obviaban en exceso en la STS de 18 de febrero de 2016 y en la cuestión prejudicial planteada por el mismo TS. Precisamente por ello este juzgado planteó la cuestión prejudicial en el sentido de si la nueva jurisprudencia del TS era incompatible con la que ya había establecido con cierta claridad el TJUE.

DECIMOSEGUNDO.- *¿Es el vencimiento anticipado un elemento esencial del contrato o su objeto principal? ¿Puede serlo si precisamente se le está sometiendo a un control de abusividad?*

Pues bien, no parece que debieran dedicarse excesivos esfuerzos a esta cuestión, dada su aparente obviedad: es evidente que es posible la subsistencia de un préstamo sin vencimiento anticipado, por la simple razón de que no integra un elemento esencial de este contrato (un aspecto de su núcleo obligacional) la facultad del acreedor de resolver anticipadamente los plazos pactados por el hecho de que el deudor no atienda alguno de los mismos. No es inconcebible un contrato de préstamo sin esta previsión. No queda desdibujado en su esencia por no contar con la misma.

De hecho, la prueba incontestable de que ello es así es que tanto el TS como el TJUE (incluso este mismo juzgado) **han abordado, respecto del vencimiento anticipado, un control de abusividad, que está excluido respecto de las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato.** En efecto, según el art. 4.2 de la Directiva 13/93/CEE, *“la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensibles”*. Es sabido que de esta previsión se desprende que una cláusula que se refiera al objeto principal del contrato o que delimite uno de sus elementos esenciales (como la cláusula suelo, la IRPH o la multividiva) no puede ser objeto de un control de abusividad (de desequilibrio económico-contractual), aunque sí de transparencia (de claridad y comprensibilidad material). Partiendo de esta duplicidad en los tipos de control, **los parámetros fijados por el TJUE respecto del vencimiento anticipado son claramente de desequilibrio contractual, es decir, de abusividad, y no de transparencia, de lo que se deriva que asume el TJUE (y el propio TS) que no nos hallamos ante una cláusula que fija el objeto principal del contrato.**

DECIMOTERCERO.- *Art. 1753 CC e irrelevancia de los arts. 1124 CC y 1129 CC.*

Debemos acudir, para obtener una respuesta, a los elementos que específicamente definen el contrato, el núcleo de las obligaciones de las partes que permiten afirmar que nos hallamos ante un contrato de préstamo. Así, su

esencia parece ser la entrega por el prestamista de un importe al prestatario y la obligación de este de devolverlo en determinados plazos durante un periodo de tiempo determinado (art. 1753 CC). No es su esencia que el deudor pueda pasar a deber la totalidad de los plazos, antes de que los mismos hayan transcurrido, por el hecho de haber dejado de abonar alguna de las cuotas. Puede darse, ya sea por preverlo el contrato o una norma sustantiva (como sucederá a partir del 16 de junio de 2019), pero no es su esencia. El que esta previsión sea muy beneficiosa y útil para el acreedor e incluso que sea frecuente su inclusión en los contratos no la convierte en uno de sus elementos esenciales hasta el punto de impedir su subsistencia en caso de tener que eliminarse la cláusula por ser abusiva.

Parece reforzar esta tesis el hecho de que el propio legislador procesal asuma con cierta naturalidad la posibilidad del préstamo hipotecario sin vencimiento anticipado cuando en el mismo art. 693 LEC, al delimitar los distintos importes que pueden integrar la ejecución hipotecaria, desdobra dos supuestos: el del primer apartado (referido a la reclamación únicamente de las cuotas vencidas) y el del segundo apartado (referido a la reclamación de la totalidad de las cuotas pactadas, incluidas las no vencidas). Para poder acudir a la segunda vía, exige el legislador, precisamente, que el contrato contemple la facultad de vencimiento anticipado. Así, **si no hay pacto de vencimiento anticipado, es cierto que solo será viable la reclamación de la parte vencida, pero (en lo que ahora nos interesa) será viable**, es decir, el contrato de préstamo (sin vencimiento anticipado) habrá operado de base de la ejecución hipotecaria.

Por otro lado, el mero hecho de que el legislador regule instituciones con efectos aparentemente similares al vencimiento anticipado (por ejemplo, en la reclamación de daños y perjuicios derivados de la acción resolutoria del art. 1124 CC o en la pérdida del plazo por insolvencia sobrevenida del art. 1.129 CC) no modifica lo indicado: se trata de meras previsiones legales en normas sustantivas que pueden fundamentar pretensiones del prestamista ante posibles impagos del prestatario, pero no por ello se erigen en elementos esenciales del contrato de préstamo. De entenderse de este modo, se llegaría al absurdo de que en todos los contratos (puesto que se trata de preceptos de derecho general de obligaciones) el vencimiento anticipado o la pérdida de plazo sería uno de sus elementos esenciales.

DECIMOCUARTO.- Irrelevancia de la nueva Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario.

Tampoco modifica lo concluido el hecho de que **una determinada ley prevea como norma imperativa la existencia de la facultad de vencimiento anticipado**. Y ello por varios motivos, siendo el primero, suficiente a los presentes efectos, que esta norma (Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) aún no ha entrado en vigor (lo hará el próximo 16 de junio de 2019). Al margen de esta cuestión de vigencia temporal, podemos añadir otra de carácter cuasi lógico: el mero hecho de que el legislador re-

gule imperativamente una determinada facultad contractual no implica, necesariamente, que dicha facultad pase a integrar un elemento esencial del contrato o su objeto principal. De lo contrario, si esta fuera la consecuencia necesaria, se llegaría al absurdo de que el legislador únicamente podría regular imperativamente un contrato si dicha regulación se refiriera a uno de sus elementos esenciales, lo que a su vez implicaría admitir que el legislador estaría limitado materialmente en cuanto a los elementos contractuales susceptibles de ser regulados con una norma imperativa: no podría regular imperativamente un elemento secundario o accesorio de un determinado contrato, sino que debería hacerlo, obligatoriamente, con una norma meramente dispositiva. Es evidente que esta conclusión no es admisible, puesto que el legislador únicamente está limitado por la Constitución y (disponemos ya de varios ejemplos recientes) por la normativa europea según es interpretada por el TJUE. Así pues, si, como sucede con el vencimiento anticipado, el legislador opta por regular imperativamente un elemento no esencial del contrato, este elemento será en efecto exigible entre las partes, aunque no esté previsto en el contrato, pero **seguirá siendo un elemento no esencial del contrato, regulado, eso sí, de modo imperativo.**

Si se entendiera, por el contrario, que el mero hecho de que el legislador pase a regular de modo imperativo un elemento no esencial del contrato como el vencimiento anticipado lo convierte en elemento esencial, entonces habrá de aceptarse que **para que se produzca esta mutación es necesario, al menos, que la decisión legislativa haya entrado en vigor**, lo que no sucede en este caso: la norma entra en vigor el 16 de junio de 2019 y su régimen transitorio excluye la aplicación retroactiva del régimen del vencimiento anticipado (art. 24) a los contratos respecto de los cuales ya se haya ejercitado por el acreedor el vencimiento anticipado (DT 1.4). Y es evidente que en este caso ya se ha ejercitado este vencimiento anticipado, puesto que de lo contrario no se estaría dictando la presente resolución.

DECIMOQUINTO.- *¿Llegamos a otra conclusión con un enfoque objetivo?*

Las conclusiones anteriores derivan de una **perspectiva preferentemente dogmática, teórica o incluso legal** de la definición del contrato de préstamo. Aunque esta perspectiva no puede obviarse y de hecho es lógico empezar por la misma, es cierto que **el mismo TJUE no fija como parámetro expreso la esencialidad de la cláusula sino que se centra más bien en la medida en que la supresión de la cláusula abusiva impide la subsistencia del contrato o implica la nulidad de su totalidad.** Para obtener una respuesta a estas cuestiones, el camino más lógico es, ciertamente, preguntarnos sobre si se trata de una cláusula esencial, como ya hemos hecho anteriormente, con resultado negativo. Pero el TJUE nos remite a un parámetro o perspectiva específico, el denominado ***enfoque objetivo***, lo que nos obligará a profundizar en el análisis.

En efecto, según el apartado 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, “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, Pereničová y Perenič, C453/10, EU:C:2012:144, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir».

Veamos, por ello, en qué consiste el indicado enfoque objetivo. En contra de lo que uno podría esperar o desear, no lo desarrolla esta STJUE, por lo que debemos acudir a la resolución a la que el propio TJUE se remite, el apartado 32 del caso Pereničová y Perenič: “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”.

Con ello vemos que **la noción de enfoque objetivo se construye por contraposición a la de enfoque subjetivo**, en el sentido de que no puede resolverse la cuestión acudiendo a la “posición de una de las partes en el contrato”. No detalla tampoco esta segunda sentencia del TJUE la noción de “posición”, en el sentido de si es meramente la opinión subjetiva de la parte o si es la “posición o situación contractual” en la que queda esta parte una vez excluida la cláusula abusiva. Puesto que no lo detalla esta STJUE, parece razonable seguir la búsqueda en cascada y acudir a los concretos apartados del informe del **Abogado General** a los que se remite el tribunal (puntos 66 a 68), de los que podemos destacar los siguientes extractos:

La regla de que un contrato “ha de subsistir a pesar de que exista una cláusula abusiva solo 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**”.

La Directiva persigue no solo el equilibrio de las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores y la mejor protección del consumidor, sino también “estimular la actividad comercial”, lo cual solo es viable “allí donde se garantice la seguridad jurídica a los agentes económicos”, que “incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual **la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual** puede no solo no fomentar dicha confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma ma-

nera que, de tal modo, **podría reducirse la disposición de los profesionales a celebrar acuerdos con los consumidores**".

Por todo ello "la **actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo** que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos **otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato**.

Para determinar cuándo es posible, materialmente, la aplicación subsiguiente del contrato, acude el Abogado General a la obra de Kapnopoulos, E., *Das Recht der missbräuchlichen Klausel in der Europäischen Union* (Tübingen 1997, p. 152), quien "no ve en cualquier caso ninguna posibilidad de aplicación ulterior del contrato cuando **las lagunas que tal contrato presente tras constatarse el carácter abusivo de alguna cláusula resultasen ser demasiado extensas**".

Continúa el Abogado General afirmando que se dará la imposibilidad de subsistir el contrato cuando, como consecuencia de la nulidad de la cláusula, **desaparezca el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes**. Y pone un ejemplo de nulidad total del contrato: cuando pueda darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la **finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas**.

DECIMOSEXTO.- De una consideración conjunta de las SSTJUE del asunto C-70/17 y C-179/17 y el asunto Pereničová y Perenič, en relación con el informe del Abogado General emitido en el segundo asunto, podemos extraer los siguientes parámetros:

Es indiferente que el prestamista no hubiese celebrado el contrato sin la cláusula de vencimiento anticipado. Por ello, aunque es probable que ningún prestamista hipotecario hubiese celebrado el contrato sin esta cláusula, ello resulta irrelevante a los presentes efectos.

No es tampoco decisiva la actitud subjetiva del consumidor ni su estricto interés de parte hacia el contrato subsistente residual: aunque el consumidor desee la subsistencia del contrato sin el vencimiento anticipado, esto también es irrelevante para determinar si el contrato puede subsistir o no sin dicha cláusula. Obsérvese que, por el contrario, sí es relevante la opinión del consumidor para que, a pesar de la inviabilidad de la aplicación supletoria del art. 693.2 LEC (por ejemplo, por entenderse que puede subsistir el contrato sin el vencimiento), pueda continuar la ejecución hipotecaria. Se trata, en definitiva, de momentos distintos del razonamiento jurídico. En el primero es irrelevante la opinión del consu-

midor. En el segundo, es relevante. No hay, en cualquier caso, contradicción.

Sí es determinante, por el contrario, la **posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente** del contrato, en función de si se generan unas **lagunas contractuales excesivas**. En este caso no se aprecia ninguna imposibilidad material para que un préstamo continúe sin el vencimiento anticipado: podemos constatar objetivamente que el acreedor podrá reclamar las cuotas devengadas no abonadas y que las siguientes seguirán devengándose y deberá abonarlas el prestatario a su debido momento. **La vida del préstamo seguirá con normalidad. De hecho, según sus propias previsiones no abusivas.** Todo ello, hay que reiterar, sin perjuicio de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo prestado por vías ordinarias basadas, por ejemplo, en la resolución del contrato (1124 CC) o la pérdida de plazo por insolvencia sobrevenida (art. 1129 CC). Se trata de acciones jurídicas previstas con carácter general en la regulación sustantiva de obligaciones y contratos que nada tienen que ver con las previsiones contractuales o la eventual abusividad de una cláusula. De ello se deriva que el hecho de afirmar que el contrato puede subsistir sin el vencimiento anticipado no implica, como suele presuponerse equivocadamente en ocasiones, “condenar” al prestamista a la espera mensual del devengo de las cuotas. Simplemente, no podrá reclamar la totalidad sobre la base o en el marco de las previsiones contractuales (es decir, no podrá acudir directamente a una ejecución de título no judicial, ordinaria o hipotecaria), pero sí podrá pretenderlo por medio de otras acciones generales, como las indicadas, acudiendo a un declarativo, cuyo éxito dependerá, lógicamente, de que conste la concurrencia de sus presupuestos.

Otro parámetro relevante es el de si se produce la **desaparición del fundamento del contrato o la modificación de la finalidad o naturaleza del contrato**. No parece que sea el caso: la clave reside, en última instancia, en que la esencia del préstamo es dejar dinero y devolverlo en unos plazos y que el vencimiento anticipado, con independencia de su relevancia económica, estratégica o contable, **pertenece a la eventual fase de crisis del contrato**. Se activa únicamente en caso de incumplimiento. Una cláusula que puede operar exclusivamente en la fase de crisis contractual no puede, por definición, integrar el fundamento del contrato.

Podemos preguntarnos si la desaparición de la cláusula sí puede implicar, en otro caso, la modificación de su finalidad o su naturaleza, pero la conclusión tiene que ser la misma. **Ambas se mantienen intactas: se modifican las opciones jurídico-procesales del prestamista, pero la finalidad y la naturaleza del contrato siguen siendo las mismas.** La finalidad era prestar dinero y devolverlo en unos plazos (no reclamarlos íntegramente antes de plazo). La naturaleza, si entendemos por tal la categoría contractual en la que debemos incluir al préstamo, tampoco se ve afectada por el simple hecho de haber desaparecido la facultad de vencimiento an-

tipado, cláusula contractual que precisamente, y paradójicamente, va en contra de la esencia de la mayoría de préstamos hipotecarios, que es la de devolver una cantidad elevada de dinero en un espacio de tiempo muy prolongado.

En definitiva, de lo dicho podemos concluir que **incluso acudiendo a los parámetros del enfoque objetivo** al que se remite el propio TJUE, el resultado no puede sino seguir siendo el mismo que el alcanzado desde un enfoque o perspectiva más anclado en la esencialidad o no esencialidad de la cláusula: **el préstamo puede subsistir sin el vencimiento anticipado**. O, dicho de otro modo (desde el que seguramente se comprende mejor la problemática), **la nulidad del vencimiento no implica, necesariamente, la de todo el contrato**.

DECIMOSÉPTIMO.- Si se aceptan las anteriores premisas, debe concluirse que no se da el primer requisito exigido por el TJUE para acudir a la aplicación supletoria del art. 693.2 LEC, por lo que, siendo abusiva la cláusula (debe expulsarse del contrato y no puede vincular al consumidor) y no siendo viable fundar la presente ejecución en la norma indicada (por ser posible la subsistencia del préstamo sin el vencimiento anticipado), el efecto de la abusividad de la cláusula no podría ser otro que la denegación del despacho de la presente ejecución hipotecaria.

Para el caso de que no se aceptaran las anteriores premisas o no se consideraran suficientemente concluyentes, seguiría siendo necesaria, según la STJUE, la concurrencia del segundo requisito, el relativo a que la anulación de todo el contrato sea especialmente perjudicial para el consumidor. Abordaremos a continuación el examen de este elemento, aunque sea a los efectos de asegurarnos de que no estamos incurriendo en una interpretación maximalista de la tutela de los consumidores.

DECIMOCTAVO.- *¿Una hipotética anulación de todo el contrato genera un perjuicio especial en el consumidor?*

Debemos preguntarnos si una hipotética anulación de todo el contrato genera un perjuicio especial en el consumidor. En este punto se aprecia una cierta inconcreción o imprecisión del TJUE al fijar cuáles deben ser los parámetros para analizar la existencia o inexistencia de este perjuicio especial, tarea a realizar por el juez o jueza internos.

Por un lado, situados en la tesitura (inexistente, como hemos visto) de tener que anular todo el contrato por no poder subsistir este sin la cláusula abusiva, expone el TJUE (párr. 58) que “el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (...) 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 devolu-

ción, 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”.

En este apartado de la sentencia parece fijar el TJUE como parámetro a tener en cuenta la **situación económico-contratual en la que queda el prestatario, en comparación con la del prestamista, tras la anulación de todo el contrato:** por aplicación del art. 1303 CC, se debería restituir la situación previa al contrato, como si el mismo no hubiese existido, de modo que el prestatario debería devolver el principal y el prestamista lo que hubiese percibido de los pagos del prestatario. Es evidente que si el contrato no se hubiese consumado aún, el saldo sería favorable al prestamista y que probablemente, en el caso de los préstamos hipotecarios (de importe elevado), el prestatario no estaría en disposición de asumir ese pago o devolución. En esta hipótesis parecería darse el requisito fijado por el TJUE, pero de inmediato se pone de manifiesto que no es determinante a los presentes efectos: el mayor perjuicio para el consumidor del que habla el TJUE en este apartado se produce en un **análisis abstracto, comparando la hipótesis de un contrato de préstamo que se está cumpliendo con normalidad con la hipótesis de una anulación total provocada por la abusividad de una cláusula.** En la primera hipótesis, el prestatario no tiene que asumir ninguna nueva carga más allá de seguir cumpliendo con el contrato. En la segunda, deberá devolver la diferencia entre el capital recibido y lo ya abonado. Emerge, así pues, un claro perjuicio en comparación con la posición respectiva del prestamista.

Por el contrario, la **comparación que ahora debemos analizar no puede ser abstracta, sino que tiene que ser concreta: debemos comparar la situación derivada de la anulación de todo el contrato con la situación real que padece el consumidor en el marco de la ejecución hipotecaria ya en marcha.** Así, vemos que en la ejecución en trámite el prestamista ya ha declarado vencida toda la deuda. Es decir, el prestatario ya debe, con base en la cláusula, todas las cuotas pactadas, tanto las devengadas como las no devengadas. Por ello, **al haber ejercitado ya el prestamista el vencimiento anticipado, la situación económico-contratual del prestatario (la deuda que le es exigible) es equiparable (no idéntica pero sí asimilable) a la situación económica que se produciría de tener que anularse todo el contrato.** No se aprecia una diferencia sustancial entre la situación que ya padece el prestatario (a la espera de que se despache, o no, la ejecución por el importe total) y la situación que tendría si se tuviera que anular todo el contrato. Por ello este parámetro no es determinante.

La aparente inocuidad de este primer parámetro fijado por la STJUE de 26 de marzo de 2019 puede explicarse porque el TJUE se remite en primer lugar, como es lógico, a sus propias sentencias en las que, anteriormente, ha abordado esta cuestión (perjuicio especial derivado de la anulación total del contrato). Estas sentencias se referían a supuestos en los que la cláusula

cuya abusividad analizaba (y sin la cual el contrato podía, o no, subsistir) no implicaba, ella misma (en caso de ser ejercitada), un “efecto económico” similar a la anulación total del contrato. Por ello tiene sentido, en esos casos, comparar ambas situaciones. Por el contrario, cuando debemos abordar la aplicación de esta doctrina al supuesto del vencimiento anticipado, se constata, por lo indicado, la insuficiencia de este parámetro: **no tiene sentido concluir que la anulación total del contrato genera un perjuicio especial para el consumidor (que le genera una penalización) si su situación será equiparable para el caso de que se aplique la cláusula o una norma interna supletoriamente (art. 693.2 LEC).**

La tesis expuesta, de cierta complejidad, explica precisamente que el propio TJUE apunte otros criterios de naturaleza más procesal y que son de hecho los que había tenido en cuenta el TS. A ellos debemos acudir de modo principal, por lo que se analizan a continuación.

DECIMONOVENO.- *¿Le genera al consumidor perjuicios procesales? ¿Le deteriora su posición procesal?*

Relativizada la relevancia del primer parámetro económico-contractual, debemos centrarnos en otros criterios de corte más procesal y ello porque los propone el mismo TJUE y porque son, de hecho, los que había planteado el propio TS. En efecto, después de apuntar la posible mayor penalización del prestatario en caso de anularse todo el contrato, **efectúa un salto el TJUE a cuestiones procesales** y afirma de modo tajante que son igualmente relevantes para que el juez o jueza internos responda a la pregunta de si la anulación de todo el contrato genera un perjuicio especial al consumidor.

Así, en el párrafo 61, expone: “corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales. A este respecto, 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 (...) 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”.

Sigue el TJUE, en el siguiente párrafo: “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 definitiva, siguiendo los parámetros propuestos por el TJUE, a continuación analizaremos si realmente le resulta más perjudicial al consumidor el archivo de la ejecución hipotecaria y la remisión al declarativo en comparación a la continuación de la ejecución hipotecaria. Ya hemos visto que el TJUE apunta a que este deterioro consistiría, en principio, en no poder ejercer una serie de facultades o privilegios procesales de los que goza el consumidor únicamente en la ejecución hipotecaria: la enervación hipotecaria, la limitación del tipo de subasta y la liberación parcial de la deuda.

De todos modos, si bien estas tres facultades están previstas, en efecto, en el capítulo de la LEC referido a la ejecución hipotecaria, concurren una serie de circunstancias que, **en una visión global**, ponen en duda que el hecho de archivarse la ejecución hipotecaria y verse sometido a un declarativo basado en el art. 1124 CC le genere al consumidor un perjuicio especial. Son, sintéticamente, las siguientes.

VIGÉSIMO.- *Demora del lanzamiento de la vivienda.*

En primer lugar, asumido que nadie quiere verse expulsado de su vivienda y que, de tener que serlo, prefiere que este evento se produzca cuanto más tarde mejor, parece evidente que el mero retraso de la pérdida de la vivienda provocado por el hecho de archivarse la ejecución hipotecaria y tener que irse a un declarativo (en cuya ejecución se podría acudir al lanzamiento de la vivienda) no puede calificarse como perjuicio especial, sino más bien como efecto positivo desde la perspectiva del consumidor, que es la que hay que tener en cuenta según el TJUE. Podría argumentarse que se trata de una mera preferencia subjetiva del consumidor, pero tampoco puede negarse que el tiempo (la inmediatez o la eventual demora) de un acto procesal como es el del lanzamiento constituye un factor relevante que incide en la “posición procesal del consumidor”, siguiendo los términos del TJUE.

VIGESIMOPRIMERO.- *La demanda basada en el art. 1124 CC no tiene que estimarse necesariamente.*

En segundo lugar, suele presuponerse, al analizar esta cuestión, que la acción basada en el art. 1124 CC tendrá que ser, necesariamente y en todo caso, estimada, como si el declarativo fuera un mero trámite que únicamente ge-

nerara la molestia de la espera hasta obtener el título judicial firme. Pues bien, este no es el caso y es evidente que la sola posibilidad de que la acción puede ser desestimada implica, necesariamente, que difícilmente el ver-se remitido el consumidor a un juicio declarativo en vez de continuar en la ejecución hipotecaria (en la que podrá perder su vivienda de modo inminente) integre un “perjuicio especial” en los términos del TJUE. Esta era una de las cuestiones que este juzgado planteaba en su cuestión prejudicial pero que no ha sido abordada por el TJUE. Se analiza a continuación, puesto que el propio TJUE indica que es el juez o jueza interna quien debe realizar este análisis.

Pues bien, por un lado, históricamente el propio TS había descartado que el art. 1124 CC fuera aplicable al contrato de préstamo, por ser un contrato real, en el que la entrega del dinero es un presupuesto de su perfección, sin que, por ello, haya obligaciones del prestamista ni, por ello, las obligaciones recíprocas a las que se refiere el art. 1124 CC como su presupuesto o ámbito de aplicación. Si se mantuviera este planteamiento, el efecto sería, necesariamente, la desestimación de la demanda basada en el art. 1124 CC. Sorpresivamente, o no tanto, precisamente en el presente contexto, en el que la vía del art. 1124 CC era de las pocas que parecían quedar abiertas a los acreedores en los casos de préstamos hipotecarios, el TS ha optado por modificar finalmente su doctrina anterior, y en la STS 432/2018, de 11 de julio de 2018, ha concluido que el art. 1124 CC sí es, ahora, aplicable al contrato de préstamo. Para llegar a esta conclusión necesitaba concretar alguna obligación del prestamista, puesto que de lo contrario no estaríamos ante las *obligaciones recíprocas* que exige el art. 1124 CC. De la lectura de la sentencia parece desprenderse, no sin dificultad, que la obligación del prestamista sería *tener que esperar a que vayan venciendo los plazos o no poderlo reclamar todo de golpe* (“hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario”). Es decir, se convierte, tal vez por no encontrarse otra, la obligación del prestatario (pagar las cuotas mensuales) en obligación del prestamista (tener que esperar a que el prestatario pague mensualmente). En definitiva y sin perjuicio de la aparente confusión entre causa del contrato y reciprocidad de las obligaciones que parece desprenderse de la STS, lo cierto es que el TS ha modificado su postura.

Si se ha expuesto lo anterior era para contextualizar la siguiente reflexión: que el art. 1124 CC sea aplicable, ahora, al contrato de préstamo no implica, tampoco, que las acciones basadas en el mismo (ya se refieran a préstamos o a créditos) tengan que ser necesariamente estimadas. Para ello deberá concurrir el presupuesto de la acción resolutoria: que se produzca un incumplimiento suficientemente grave. A estos efectos, ya no es determinante lo que prevea la cláusula de vencimiento anticipado (ajena a esta acción), sino la verdadera entidad del incumplimiento, en relación con la duración total del contrato. Sin entrar en detalles, para un supuesto, por ejemplo, de un préstamo a 30 años, en el que se haya producido un impago de 12 cuotas, si bien este impago pudiera parecer suficientemente grave, en

el marco del juicio puede alegarse la nulidad de cláusulas como la de intereses de demora, la cláusula suelo o la de gastos hipotecarios, cuya eventual apreciación por el juzgado puede implicar que el incumplimiento real del prestatario sea menor que el alegado en la demanda y en una medida que pueda llevar a calificarlo de no suficientemente grave para el efecto resolutorio, sin perjuicio, lógicamente, de que se pueda estimar parcialmente la demanda por los impagos efectivamente vencidos, si se ha ejercitado tal acción de modo subsidiario. No hace falta añadir que lo expuesto sería más probable en el caso de que el TJUE, al resolver la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de primera instancia 38 de Barcelona sobre el IRPH, concluya que el efecto de su abusividad o falta de transparencia puede ser que el préstamo deje de devengar intereses.

VIGESIMOSEGUNDO.- *Privilegios procesales.*

Llegamos finalmente, en tercer lugar, a los *privilegios procesales* de los que goza el consumidor en la ejecución hipotecaria. Obsérvese, de todos modos, que antes de llegar a los mismos hemos constatado dos circunstancias (retraso en la expulsión de la vivienda y posible desestimación de la acción basada en el art. 1124 CC) que parecen excluir, por sí mismas, que la remisión a este declarativo pueda calificarse de más perjudicial para el consumidor, y ello a pesar de que deje de gozar de ciertos privilegios procesales. Es en este sentido que se indicaba que el análisis del posible “deterioro de la posición procesal del consumidor” debe realizarse de **modo global**, no centrándose en un aspecto parcial como los indicados privilegios procesales, obviando otros factores probablemente de mayor peso, especialmente si tenemos en cuenta la escasa frecuencia con que son ejercitados en la práctica los indicados privilegios procesales.

Con independencia de lo expuesto, es indudable que privilegios procesales como la enervación hipotecaria o la liberación de la deuda se prevén en el capítulo de la LEC relativo a la ejecución hipotecaria. Al mismo tiempo, ello no obstante, no puede descartarse que en un futuro no lejano los juzgados y tribunales opten por aplicarlos por analogía en el marco de una ejecución de título judicial basada en la sentencia, especialmente si en dicha ejecución se persigue el mismo bien grabado con la hipoteca. No parece que se trate de una hipótesis irrazonable, dada la aparente concurrencia de la identidad de razón exigida para la aplicación analógica de las normas, con lo que decaería, al menos potencialmente, el razonamiento del perjuicio procesal que le supone al consumidor que el acreedor acuda a un juicio ordinario.

En cualquier caso, como se ha indicado, incluso de considerar que únicamente son aplicables a la ejecución los indicados privilegios procesales, no presentan una relevancia y peso suficientemente intensos para poder concluir que es más beneficioso para el consumidor, ni más ni menos, que la continuación de la ejecución hipotecaria para que en un plazo corto de tiempo le expulsen de su vivienda. No puede obviarse, a estos efectos, que el

TJUE exige no solo que la anulación total del contrato sea perjudicial para el consumidor, sino, literalmente, que exponga al consumidor a consecuencias **especialmente perjudiciales**. Es por ello que, incluso en el caso de considerarse que pueda ser perjudicial, seguiría siendo necesario argumentar por qué sería **especialmente perjudicial**, requisito que no parece que concorra de ningún modo.

En definitiva, con lo expuesto vemos que el elemento del perjuicio especial derivado de la anulación del contrato en su conjunto es ciertamente dudoso. Hay que reiterar, ello no obstante, que ya se ha concluido que no parece concurrir tampoco el primer requisito relativo a que no pueda subsistir el préstamo sin el vencimiento anticipado. Al mismo tiempo, es indudable que el hecho de que no parezca concurrir ninguno de los dos requisitos fijados por el TJUE refuerza el pronunciamiento que niega viabilidad a la aplicación supletoria del art. 639.2 LEC.

VIGESIMOTERCERO.- *Voluntad del consumidor de que continúe la ejecución hipotecaria.*

La STJUE de 26 de marzo prevé, en su apartado 63, que “si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria”.

De nuevo, no nos hallamos ante una doctrina jurisprudencial nueva, dado que ya la STJCE PANNON establecía que los efectos del control de abusividad deben operar en todo caso, si hay motivos sustantivos para ello, salvo en un supuesto: “*si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula*”. Así, el deber de control o los efectos de la abusividad decaen únicamente si, de modo expreso, el consumidor expone su voluntad de que le sea aplicada la cláusula y que despliegue sus efectos jurídicos, lo que ciertamente es poco habitual. Esta excepción se reitera en la STJUE BANIF. Vemos con ello que la nueva STJUE de 26 de marzo de 2019 no deja de ser una reiteración de anteriores.

Pues bien, en el presente caso no consta que los demandados hayan efectuado dicha manifestación. Por todo lo indicado, debe denegarse el despacho de la ejecución hipotecaria.

PARTE DISPOSITIVA

Declaro la abusividad y nulidad de la cláusula sexta bis, de vencimiento anticipado, del contrato de préstamo aportado como título ejecutivo y deniego el despacho de la ejecución hipotecaria instada por XXXXXXXXXXXXXXX, S.A. contra XXXXXXXXXXXXXXX.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, presentando escrito en este juzgado en el plazo de veinte días, previo abono del depósito o la tasa correspondiente.

Así lo acuerda, manda y firma Guillem Soler Solé, magistrado del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Barcelona.