

**EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE Y DEL TS
RELATIVA A LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO:
CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS¹**

Por

IGNACIO CUBILLO LÓPEZ
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Córdoba

dc1cubli@uco.es

Revista General de Derecho Procesal 51 (2020)

RESUMEN: En este trabajo se estudia el contenido y el alcance de la importante STS 463/2019, de 11 de septiembre, relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. Para ello, previamente se recorre la jurisprudencia principal del TJUE y del propio TS que ha servido de antecedente de dicha resolución. A continuación, se analizan las pautas u orientaciones jurisprudenciales que se ofrecen en esta sentencia, con sentido crítico y procurando mostrar sus aciertos y sus debilidades. Y se acaba con algunas valoraciones y propuestas.

PALABRAS CLAVE: consumidores; cláusulas abusivas; vencimiento anticipado; préstamo hipotecario; ejecución hipotecaria.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA STS 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE: 1. Primeros pasos del TJUE favorables a integrar los contratos con cláusulas abusivas: de la no vinculación a la sustitución de las cláusulas abusivas. 2. La aplicación de la doctrina Kásler a las cláusulas de vencimiento anticipado en España: las SSTS 705/2015 y 79/2016. 3. La STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre las consecuencias de estimar la abusividad de una cláusula. 4. Los autos del TJUE de 3 de julio de 2019 y la extensión de la integración contractual a un segundo proceso. III. ALCANCE Y VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STS 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE: 1. Carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado. 2. Análisis de los requisitos para que proceda la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición legal. 3. Orientaciones jurisprudenciales relativas a las ejecuciones abiertas: interrogantes que plantean. 4. Orientaciones jurisprudenciales sobre la apertura de nuevas ejecuciones: confusiones en torno al nuevo título ejecutivo. IV. REFLEXIONES FINALES.

**EVOLUTION OF THE JURISPRUDENTIAL DOCTRINE OF THE CJEU AND
THE TS CONCERNING ANTICIPATED EXPIRATION CLAUSES:
CONVERGENCES AND DIVERGENCIES**

¹ Este trabajo se ha realizado dentro del Proyecto de investigación titulado "Hacia un proceso civil convergente con Europa. Hitos presentes y retos futuros" (PGC2018-094693-B-100), dirigido por los Prof. Gascón Inchausti y Peiteado Mariscal.

ABSTRACT: This paper studies the content and scope of the important STS 463/2019, of September 11, relating to the early maturity clauses in the mortgage guarantee loan agreements. To do this, the main jurisprudence of the CJEU and the TS itself, which has served as a precedent of said resolution, is previously covered. Next, the jurisprudential guidelines or guidelines offered in this judgment are analyzed, with a critical sense and trying to show their successes and weaknesses. And it ends with some valuations and proposals.

KEYWORDS: consumers; unfair terms; advanced expiration date; mortgage loan; foreclosure.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. II. JURISPRUDENTIAL BACKGROUND OF THE STS 463/2019, OF SEPTEMBER 11: 1. First steps of the CJEU favorable to integrate the contracts with abusive clauses: from the non-binding to the replacement of the abusive clauses. 2. The application of the Kásler doctrine to the clauses of early expiration in Spain: the SSTs 705/2015 and 79/2016. 3. The judgment of the CJEU of March 26, 2019 on the consequences of estimating the abuse of a clause. 4. The orders of the CJEU of July 3, 2019 and the extension of the contractual integration to a second process. III. SCOPE AND ASSESSMENT OF THE DOCTRINE OF THE STS 463/2019, OF SEPTEMBER 11: 1. Abusive nature of the clauses of early expiration. 2. Analysis of the requirements for the replacement of an abusive clause with a legal provision. 3. Jurisprudential guidelines regarding open executions: questions they raise. 4. Jurisprudential guidelines on the opening of new executions: confusion about the new executive title. IV. FINAL THOUGHTS.

I. INTRODUCCIÓN

1. El TS ha dictado una sentencia de Pleno muy relevante sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la sentencia 463/2019, de 11 de septiembre. En ella, reafirma su doctrina acerca de cuándo deben considerarse abusivas dichas cláusulas y, a la vez, asienta unas “pautas u orientaciones jurisprudenciales” -así las llama- sobre las consecuencias procesales que deben seguir a la apreciación como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado que ha fundado la ejecución hipotecaria que se haya emprendido: es decir, señala los supuestos en que la abusividad de la cláusula ha de conllevar que el proceso deba *cerrarse*, y los casos en que tal cláusula podría sustituirse por una norma legal, lo que permitiría *continuar* con la ejecución; y para cuando se sobresea el proceso, también recoge “pautas” que posibilitan la apertura de *nuevas ejecuciones*.

Para comprender bien el contenido y el alcance de dichas pautas, y poder valorarlas de forma adecuada, vemos preciso llevar a cabo un recorrido por la jurisprudencia principal del TJUE y del TS que ha precedido a esta importante sentencia; ya que la doctrina que en ella se recoge es el resultado de la relación, la influencia y la evolución de las decisiones de ambos tribunales sobre la materia. Así, y como veremos, nuestro TS establece (en 2015) su doctrina sobre la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado y sus efectos con apoyo en resoluciones del TJUE; pero, en la medida en que adopta matices propios y desarrollos que difieren de lo sentado por el tribunal europeo, sus planteamientos son nuevamente cuestionados ante este órgano, el cual vuelve a pronunciarse (en 2019), y a seguirse por nuestro Alto Tribunal, con sus concordancias, pero también con sus divergencias.

En este estudio, de carácter eminentemente jurisprudencial, en primer término, se ofrece el desarrollo de la doctrina judicial precedente a la STS 463/2019, siguiendo un orden cronológico, pero mostrando además cómo entendemos que se han ido sucediendo las cosas; a continuación, se analiza con detalle el contenido de la mencionada sentencia, exponiendo sus aciertos y sus debilidades, a juicio de este autor; para terminar con algunas reflexiones finales y propuestas².

2. El origen de la jurisprudencia a que nos referimos está en que durante años se han celebrado en nuestro país multitud de contratos de préstamo con garantía hipotecaria, que contenían una cláusula que facultaba al prestamista para dar por vencida toda la obligación ante el impago de *alguno* de los plazos pactados. Tales cláusulas tomaban pie de la *redacción originaria* del art. 693.2 LEC, según el cual, si dicha facultad quedaba recogida en el contrato elevado a escritura pública y se inscribía en el Registro, la entidad acreedora podía declarar el vencimiento anticipado ante *cualquier* impago e instar la ejecución hipotecaria por el total de lo debido, lo que incluía el capital, los intereses, los gastos y las costas de la ejecución; decía así su tenor literal: “*Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro*”.

En los contratos celebrados con consumidores dichas cláusulas podían considerarse *abusivas*, por cuanto habían sido predispuestas por las entidades prestamistas y a ellas se habían adherido los consumidores, y cabía entender que ocasionaban un desequilibrio importante en los derechos y deberes de las partes en detrimento del consumidor, según lo dispuesto en el art. 3 de la Directiva 13/93/CEE. El TJUE tuvo ocasión de pronunciarse al respecto en su conocida sentencia de 14 de marzo de 2013 (as. C-415/11, *Aziz*). Como es sabido, esta resolución provocó una profunda reforma de nuestro sistema de ejecución forzosa, al determinar que los jueces debían poder controlar de oficio, y los ejecutados denunciar por vía de oposición, la abusividad de las

² Pese al poco tiempo transcurrido desde que se dictó, se han publicado ya un buen número de trabajos sobre la STS 463/2019, aunque algunos de ellos sean necesariamente breves y limitados a dar noticia de su contenido. Entre los que hemos consultado se encuentran: FERNÁNDEZ SEIJO, J. M., “La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica”, *Diario La Ley*, nº 9479 (17 de septiembre de 2019), pp. 1-22; SÁNCHEZ GARCÍA, J. M., “Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1ª del TS de 11 de septiembre de 2019”, *Diario La Ley*, nº 9479 (17 de septiembre de 2019), pp. 1-11; MIÑANA LLORENS, V., “Análisis de la cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario con consumidores. Tratamiento jurisprudencial de su abusividad”, *Actualidad Civil*, n.º 10 (1 de octubre de 2019), pp. 1-14; ADÁN DOMÉNECH, F., “La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces”, *Diario La Ley*, nº 9498 (15 de octubre de 2019), pp. 1-8; LOZANO GAGO, M. L., “La STS de 11 de septiembre de 2019: vencimiento anticipado y seguridad jurídica. ¿Ordenando el caos? Luces y sombras”, *Actualidad Civil*, n.º 11 (1 de noviembre de 2019), pp. 1-9; CACHÓN CADENAS, M. y SABATER SABATÉ, J. M., “Efectos del sobreseimiento que se decreta en las ejecuciones hipotecarias como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019”, *Diario La Ley*, nº 9522 (20 de noviembre de 2019), pp. 1-15.

cláusulas de los títulos extrajudiciales consistentes en contratos de profesionales con consumidores. Pero, además, se refirió de forma específica a las cláusulas de vencimiento anticipado (ver ap. 73), declarando que, cuando estas cláusulas se insertasen en contratos de larga duración, podían no considerarse abusivas de por sí, sino que esto dependería de las circunstancias del caso. Y en este sentido, el tribunal debía valorar una serie de elementos, que cabía resumir en los tres siguientes: 1º) si la facultad de dar por vencida toda la obligación de forma anticipada está prevista para cuando el consumidor incumple una *obligación* del contrato de carácter *esencial*; 2º) si además dicha facultad se refiere a un incumplimiento que sea *suficientemente grave* en relación con la duración y la cuantía del préstamo; y 3º) si el consumidor cuenta con algún medio legal *para evitar las consecuencias* del vencimiento anticipado de toda la obligación. Se entiende que, si faltaba alguno de estos elementos, la cláusula había de reputarse abusiva.

Ocurre que, cuando dejan de pagarse los plazos pactados para la devolución de un préstamo y el abono de los intereses, no hay duda de que se está incumpliendo una obligación esencial del contrato, por lo que concurre con claridad el primero de los elementos citados. Con relación al tercero, nuestra LEC dispone en su art. 693.3 que, frente a la ejecución hipotecaria despachada en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado, el deudor podrá enervar la ejecución consignando -antes de que termine la subasta- la cantidad que deba hasta esa fecha; para lo cual es preciso que el acreedor ofrezca al deudor este remedio enervatorio, salvo que el bien hipotecado sea la vivienda habitual de este último, en cuyo caso el deudor podrá liberar el bien aun sin el consentimiento del prestamista, y lo podrá hacer cada tres años. Por tanto, si entendemos cumplidos los requisitos primero y tercero, la clave para valorar si una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva o no -de conformidad con la referida sentencia- estará en examinar si la facultad a la que alude se prevé para cuando el incumplimiento del deudor sea *suficientemente grave* (según el segundo elemento). Y, con relación a este extremo, parece claro que, en un préstamo de larga duración (pe., de 20 o 30 años), el impago de un solo plazo mensual como motivo para declarar el vencimiento anticipado de toda la obligación resulta absolutamente desproporcionado. Por esta razón, en la reforma de la LEC operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, no solo se introdujo el control de abusividad que propugnaba la sentencia *Aziz*, sino que también se modificó el art. 693.2, elevando a un mínimo de tres los plazos mensuales que debían dejarse de pagar por el deudor, para que el acreedor pudiera instar la ejecución hipotecaria por la totalidad de lo adeudado. Ciertamente, este cambio no supuso un incremento muy llamativo del grado de incumplimiento requerido, pero al

menos se agravó, y se estableció un volumen de cuotas no satisfechas que quizá podía ser revelador de que el deudor había dejado de pagar con carácter general.

Además, esta norma ha servido de base para sustituir las cláusulas calificadas de abusivas, integrando los contratos donde figuraban, conforme a la doctrina que se ha ido abriendo paso en las resoluciones del TJUE, y que ha sido asumida y desarrollada por nuestro TS, como veremos en las páginas que siguen.

II. ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES DE LA STS 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE

1. Primeros pasos del TJUE favorables a integrar los contratos con cláusulas abusivas: de la no vinculación a la sustitución de las cláusulas abusivas

3. Por aquel entonces -en los años 2012 y 2013- el TJUE asentaba su jurisprudencia sobre cuáles debían ser las consecuencias que se derivaban de apreciar como abusiva la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor. Según el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, en tales casos la consecuencia ha de ser la *no vinculación* de la cláusula reputada abusiva, así como la obligatoriedad del resto del contrato, siempre que este pueda subsistir sin la cláusula controvertida. Esto es lo que se conoce como el “efecto útil” de la protección del consumidor que persigue la Directiva, y que se une al “efecto disuasorio” al que se refiere su art. 7.1, según el cual: “*Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*”.

Para el TJUE, estos efectos se protegerán si, cuando se estima que una cláusula es abusiva, *se prohíbe integrar el contrato* en el que aquella se contiene. El juez que aprecie que una cláusula contractual es abusiva debe dejar de aplicarla sin más, a fin de que no produzca efectos vinculantes para el consumidor, y no estará facultado para modificar su contenido, ni para integrar de algún modo el vacío que deja la inaplicación de tal cláusula; el contrato debe subsistir, si jurídicamente esto es posible, sin otra alteración que la resultante de suprimir la cláusula reputada abusiva. Así lo declara en su sentencia de 14 de junio de 2012 (as. C-618/10, *Banco Español de Crédito*, ap. 65), en la que añade que, si el juez tuviera la facultad de modificar el contenido del contrato, “contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores”, ya que “los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el

contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales” (ap. 69).

La sentencia anterior se refería a una cláusula que establecía el interés moratorio en un 29% y que fue rebajada por el juez al apreciar su abusividad, lo que fue vedado por el TJUE; al igual que, en la poco posterior sentencia de 30 de mayo de 2013 (as. C-488/11, D. F. *Asbeek Brusse*, ap. 59), se considera que la Directiva no permite al juez reducir el importe de la cláusula penal de un contrato entre un profesional y un consumidor, cuando se entienda abusiva, “sino que le obliga a excluir pura y simplemente la aplicación de dicha cláusula al consumidor” (ap. 60).

4. Sin embargo, al año siguiente, el TJUE dicta una sentencia que será muy relevante en nuestra materia, y es la sentencia de 30 de abril de 2014 (as. C-26/13, *Kásler*). Esta resolución (ver ap. 77-79) parte de lo dispuesto en la sentencia *Banco Español de Crédito* sobre las consecuencias que tendrá estimar como abusiva una cláusula contractual (como acabamos de decir: no vinculación de la cláusula abusiva, subsistencia del resto del contrato, interdicción de su integración). Y este régimen puede considerarse como la *regla general*; pero a continuación (ver ap. 82-85) se va a permitir una *excepción*, que se entiende compatible con los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva, y es que el juez que aprecie que una cláusula es abusiva podrá integrar el contrato, siempre que: *i)* lo haga mediante la aplicación de una disposición nacional de carácter supletorio; *ii)* esta integración posibilite que el contrato subsista, por cuanto la cláusula se refiera a un aspecto esencial del mismo, de modo que, si se suprime aquella, el contrato no podría pervivir; y *iii)* la anulación del contrato expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, ocasionándole una penalización mayor que la que padecería en tal caso el profesional. Por tanto, cumplidos estos requisitos (cuyas letras son nuestras), la Directiva “no se opone a una normativa nacional que permita al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional” (ap. 85).

En el caso resuelto por la sentencia *Kásler*, la cláusula reputada abusiva se refería al tipo de cambio aplicable para devolver en moneda nacional un préstamo hipotecario denominado en moneda extranjera. Parece claro que, de anularse una cláusula así, el contrato no podrá subsistir, pues es del todo necesaria una determinación del tipo de cambio aplicable a la devolución del préstamo (*ii*). También es claro que la anulación del entero préstamo en moneda extranjera perjudica al consumidor, pues le obligaría a devolver de golpe y de inmediato toda la cantidad prestada y a perder el bien o servicio por el que había celebrado el contrato (*iii*). Y dado que existía un precepto legal que permitía al juez acudir a una disposición propia (húngara) que establecía un tipo de cambio para cuando las partes no lo hubieran pactado -una auténtica norma supletoria-

(i), el TJUE consideró que cabía la integración judicial retroactiva del contrato, sustituyendo el contenido de la cláusula abusiva por lo dispuesto en esa norma.

Si bien se observa, en el caso anterior existe una diferencia importante con los supuestos de las sentencias *Banco Español de Crédito* y *Asbeek Brusse*, ya que, en estos, las cláusulas estimadas abusivas no afectaban al objeto esencial del contrato: si se suprime la cláusula que regula el interés de demora, o la que impone una pena al consumidor en caso de incumplimiento, esto sin duda perjudicará a los profesionales que hayan suscrito los contratos en que se contengan, pero los negocios jurídicos a los que se refieren son posibles e imaginables sin tales cláusulas. En cambio, no es concebible un contrato de préstamo concedido en una moneda distinta de aquella en la que se ha de devolver sin que se concrete el tipo de cambio que debe emplearse para su devolución.

5. Como puede apreciarse, en ninguna de las tres últimas sentencias del TJUE referidas, las cláusulas en cuestión son relativas al vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario. Sobre estas cláusulas y con posterioridad a dichas sentencias, el TJUE dictó un auto, también relevante en este tema y que resolvía una cuestión prejudicial planteada por un tribunal español, de 11 de junio de 2015 (as. C-602/13, *BBVA*); en él expresó que: “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión” (ap. 54). Por tanto, aunque la cláusula de vencimiento anticipado pactada según la redacción originaria del art. 693.2 LEC no se hubiera aplicado en estos términos, sino que el vencimiento anticipado se hubiera declarado por el prestamista ante un incumplimiento mayor del prestatario, ello no impide que el órgano judicial siga la consecuencia prevista con carácter general para los casos en que se aprecie la abusividad de una cláusula, es decir, que la deje sin aplicar. De este modo, el TJUE se muestra favorable a un *control abstracto* de las cláusulas, basado en lo que en ellas se dispone y no en el ejercicio concreto que se haga de la facultad a la que se refieran.

Con apoyo en esta resolución, nuestra jurisprudencia menor recaída después se decantó mayoritariamente por sobreseer las ejecuciones hipotecarias comenzadas sobre la base de una cláusula que permitía dar por vencido todo el préstamo hipotecario ante el impago de alguno de los plazos pactados, por mucho que el acreedor hubiera esperado a que el deudor incumpliera más plazos para declararlo. Se entendía que la cláusula que fundamentaba la ejecución era abusiva y, en aplicación del art. 695.3 LEC,

el proceso se debía sobreseer. Así, pe., el AAP de Vizcaya 73/2015, de 30 de junio; o el AAP de Valencia (Secc. 9ª) 501/2015, de 14 de julio; o el AAP de Pontevedra (Sala General) 201/2015, de 30 de octubre, entre otros³.

2. La aplicación de la doctrina Kásler a las cláusulas de vencimiento anticipado en España: las SSTs 705/2015 y 79/2016

6. Sin embargo, el panorama va a cambiar a finales de 2015 e inicios de 2016, ya que el TS sentó una línea jurisprudencial distinta a través de su sentencia de Pleno 705/2015, de 23 de diciembre, cuyo contenido se reproducirá en la STS 79/2016, de 18 de febrero. En esa sentencia [FJ 5, letra e)], se lleva a cabo una aplicación -aunque un tanto *sui generis*- de la doctrina recogida en la sentencia *Kásler*, partiendo, a su vez, de lo dispuesto en la sentencia *Aziz* (ap. 73). Así, por una parte, se afirma que: “en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves” [nº 3 del FJ 5, e)]. Pero, por otra parte, aunque la cláusula esté redactada en esos términos, el TS determina que se atienda al uso concreto que el acreedor ha hecho de tal cláusula, y que el Juez examine, primero, si el acreedor ha respetado el *mínimo de tres plazos mensuales* de incumplimiento del deudor, antes de declarar el vencimiento anticipado, que refiere el art. 693.2 LEC en su versión reformada por la Ley 1/2013 ; y, segundo, si el ejercicio realizado de la cláusula en cuestión, además, puede *considerarse justificado* poniendo en relación el grado de incumplimiento en el que ha incurrido el deudor con la duración y la cuantía del préstamo [nº 4 del FJ 5, e)]. Cuando así suceda, y se supere positivamente el control judicial que se acaba de señalar, el TS es partidario de que *la ejecución hipotecaria continúe y no se sobresea* (nº 5, 6 y 7 del mismo FJ).

En ese sentido, el Alto Tribunal entiende que la solución de obligar a las entidades prestamistas a que acudan al proceso declarativo para resolver el contrato por la vía del art. 1124 CC, obteniendo así un título ejecutivo judicial, o a la de esperar a que el préstamo venza por completo al finalizar todos los plazos previstos, tratándose de

³ En este último se añadía: “Decisión de sobreseer que no impide un ulterior procedimiento de ejecución ordinaria, al existir un título que lleva aparejada fuerza ejecutiva (art. 517.2.4.º LEC), como tampoco obsta al proceso declarativo que pudiera instarse en reclamación de las cantidades vencidas o, en su caso, del total importe del préstamo al socaire de los arts. 1124 y 1129 CC, en cuyo caso la sentencia estimatoria podría ejecutarse manteniendo la preferencia derivada del derecho real de hipoteca, el cual lógicamente sigue subsistente”. Se refiere a esta jurisprudencia, MORENO TRAPIELLO, P. C. (*Ejecución hipotecaria. Jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas abusivas*, La Ley, 2017, pp. 164-166), quien cita algunos autos más (en su nota 80): el AAP de Zamora (Secc. 1ª) de 29 de septiembre de 2015; o de la AP de Cantabria (Secc. 2ª) de 21 de octubre de 2015; o de la AP de Barcelona (Secc. 16ª) de 27 de noviembre de 2015.

contratos de larga duración (cuya media estaba en 26 años entre 2006 y 2010), se revelan como soluciones inadecuadas e insatisfactorias para los acreedores, poco respetuosas del equilibrio en las prestaciones que ha de presidir los contratos. Por ello, el TS apuesta por que no se cierren las ejecuciones hipotecarias cuando se hayan iniciado en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado, que se ha ejercitado “ante comportamientos de flagrante morosidad” (nº 5 del FJ 5, letra e).

Para lo cual, el TS añade la siguiente argumentación: “conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los 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. Y esto es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara 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 sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor” (nº 6 del FJ 5, letra e).

Y el TS enumera a continuación algunas ventajas que presenta la ejecución hipotecaria y que no se dan en el proceso declarativo (ni tampoco en una ejecución ordinaria), como son: el límite mínimo en el valor de tasación del inmueble que sirve como garantía, indicado en el art. 682.2.1ª LEC; la posibilidad de enervación contenida en el art. 693.3 LEC, a la que ya nos hemos referido; y la posible rebaja en la responsabilidad, dispuesta en el art. 579 LEC, para los casos en que se haya adjudicado en pago la finca hipotecada que sea vivienda habitual del deudor y no haya sido suficiente para satisfacer al acreedor. Si se sobresee el proceso de ejecución hipotecaria, el deudor perderá estas ventajas, y como este tendrá que hacer frente a su responsabilidad, sea por un proceso o por otros, se concluye: “De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor” (nº 7 del FJ 5, letra e).

7. Como vemos, el TS acude a la doctrina de la sentencia *Kásler* como apoyo de la solución que propugna. Pero debe advertirse que entre lo recogido en esta resolución del TJUE y la argumentación que aduce nuestro Alto Tribunal existen algunas discrepancias.

-- Así, en primer lugar, sabemos que el TJUE permite sustituir la cláusula que se reputa abusiva por lo previsto en una norma nacional de carácter supletorio. Sin embargo, el TS, en su sentencia 705/2015, no toma como elemento de sustitución la previsión general que se contiene en el art. 693.2 LEC en su versión de 2013, sino que lo que sirve para “remediar” la nulidad de la cláusula abusiva es que el ejercicio que se haya hecho de la facultad relativa al vencimiento anticipado haya sido razonable y justificado, de forma que no solo se haya cumplido con el mínimo exigido en ese precepto sino que el vencimiento anticipado se haya declarado ante un incumplimiento del deudor que sea suficientemente grave; por tanto, no se atiende tanto al tenor de una norma como a la aplicación concreta que se haya hecho de ella, cuando esto es algo rechazado por el TJUE, como se ha dicho (supra n. 5).

-- Además, debe tenerse en cuenta que el precepto que se toma como referencia para esa peculiar “sustitución” en principio no debería ser aplicable en un buen número de ejecuciones hipotecarias, en concreto en aquellas que comenzaron con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, ya que, como es sabido, los procesos civiles se rigen por las normas procesales que estén vigentes en el momento en el que se inician, sin que les sean aplicables de forma retroactiva las nuevas normas que se aprueben, salvo disposiciones específicas de derecho transitorio (art. 2 LEC).

-- Y por añadidura, el art. 693.2 LEC no es -en ninguna de sus versiones- una norma de carácter supletorio. Entendemos que una previsión legal tiene carácter *supletorio* cuando resulta aplicable en ausencia de acuerdo de las partes sobre la materia a que se refiera, materia que por tanto habrá de ser disponible; como sucedía con el tipo de cambio aplicable a los préstamos denominados en moneda extranjera, en el supuesto de la sentencia *Kásler*, o como ocurre con algunos aspectos del proceso civil -no muchos- que la LEC deja a la libre disposición de las partes⁴. En cambio, el art. 693.2 LEC no prevé una posibilidad a la que acudir en caso de que las partes no pacten nada al respecto, sino al contrario: establece que podrá reclamarse el vencimiento anticipado de toda la obligación -mediante el proceso de ejecución hipotecaria- precisamente cuando las partes hayan *acordado* esta opción -ante un incumplimiento mínimo de tres plazos (en la versión de 2013)- y tal pacto haya quedado *escriturado* e *inscrito* en el Registro; de manera que esta norma determina los requisitos de forma y de contenido que ha de tener una cláusula así para que pueda hacerse efectiva a través de una ejecución hipotecaria: si se cumplen estos requisitos, se podrá instar tal ejecución, y si no se cumplen, no podrá hacerse -o si se hace, se denegará el despacho de la misma-. Por

⁴ Así sucede, pe., con: los fueros legales dispositivos de competencia territorial (art. 54.1); o el tipo de interés de la mora procesal (art. 576.1); o el orden que debe seguirse a la hora de embargar bienes del ejecutado (art. 592); o el empleo de la subasta como modo de realización forzosa cuando las partes no acuerdan utilizar otro distinto (art. 636, todos LEC), etc.

tanto, el precepto en cuestión señala unos requisitos *preceptivos*, que deberán observarse si se quiere lograr la consecuencia jurídica en él regulada (el despacho de la ejecución hipotecaria por todo lo debido ante un incumplimiento solo parcial). Lo que sí era *disponible* para las partes -y ha dejado de serlo en muchos casos por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI) - era incluir o no una cláusula de vencimiento anticipado en los contratos de préstamo hipotecario, así como el número de cuotas impagadas que permitían dar por vencida toda la obligación; y ello, aunque la práctica era reproducir tal cláusula conforme al tenor del art. 693.2 LEC vigente en cada momento⁵.

De manera que con relación a los requisitos requeridos en la sentencia *Kásler* para poder integrar los contratos que adolecen de una cláusula abusiva (ver supra n. 4), respecto del *i*), acabamos de ver cómo en realidad el TS no contempla una sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria, pues el precepto al que se acude, el art. 693.2 LEC en su redacción dada por la Ley 1/2013, no es propiamente una norma supletoria; no debería aplicarse a los procesos iniciados antes del 15 de mayo de 2013; y no se toma únicamente en su tenor literal sino que se exige además un ejercicio fundado de lo dispuesto en él. En cuanto al requisito *ii*), la STS 705/2015 no explicita ni explica (como sí hará después la STS 463/2019) si la declaración de nulidad de la cláusula -de vencimiento anticipado- acarrea necesariamente la anulación del contrato completo -de préstamo hipotecario-, sino que parece darlo por supuesto. En cambio, el TS centra sus esfuerzos de argumentación -a favor de la continuación de las ejecuciones hipotecarias iniciadas- en la concurrencia del requisito *iii*), esto es, en el perjuicio que supondría para el consumidor que la apreciación de la cláusula como abusiva conllevara el sobreseimiento del proceso, ya que aquél perdería las ventajas que tiene para él una ejecución hipotecaria respecto de otro tipo de procesos [FJ 5, letra e), nº 6].

Con todo, y como se ha visto, el TS establece en dicha sentencia -unida a la 79/2016- una jurisprudencia según la cual la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado pactada e inscrita podría remediarse ("sustituirse") a través de un ejercicio de la misma que sea acorde con la versión del art. 693.2 LEC dada en 2013 y ante un incumplimiento grave del deudor, entendiéndose que con ello se salva la vigencia del

⁵ En la actualidad, el art. 24 LCCI determina que el vencimiento anticipado de los contratos que quedan bajo su ámbito de aplicación se producirá *ex lege*, sin que sea posible modificarlo por acuerdo de las partes, según su ap. 2, siempre que se cumplan los requisitos y el grado de incumplimiento señalados en su ap. 1. En consecuencia, el vencimiento anticipado ha dejado de ser el objeto de una cláusula negociable, en muchos de los casos; sólo lo será en los contratos que estén fuera del ámbito de dicho precepto, y a los que se alude en el primer inciso del nuevo art. 693.2 LEC, en su versión dada por la LCCI (en tanto que el inciso segundo se remite al mencionado art. 24). Sobre el ámbito de aplicación de esta ley en general y de su art. 24 en particular, con detalle, ver SENÉS MOTILLA, C., "La Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: aspectos sustantivos y procesales", *Justicia* nº 1, 2019, pp. 23-78.

contrato y se evita una penalización mayor del consumidor, con la consecuencia de que la ejecución hipotecaria en la que se aprecia la abusividad podrá continuar. Esta jurisprudencia se acoge y se amplía en la STS 463/2019, como veremos.

8. Sin embargo, las dos sentencias anteriores contienen un mismo y extenso *voto particular* (del Magistrado Orduña Moreno), en el que se afirma que: “Dicha doctrina jurisprudencial, de un modo frontal y con carácter general, desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este ámbito”.

En él se argumenta que, con relación a la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, existen dos planos distintos, que no deben confundirse. Así, de un lado está el plano del análisis sobre si la cláusula en cuestión es *abusiva o no*, y en este plano entra en juego la valoración del tribunal, que llevará a cabo conforme a los criterios que le proporcione la ley o la jurisprudencia; en el caso del vencimiento anticipado, habrá que atender a los parámetros expuestos en la sentencia *Aziz*, ap. 73 (señalados supra n. 2). Y de otro lado está el plano de las *consecuencias* que han de derivarse de estimar que la cláusula examinada es abusiva, y en este plano señala que el juez debe dejar de lado la tarea interpretativa y limitarse a aplicar lo previsto en el art. 6.1 de la Directiva 93/13, norma de la que subraya su carácter de orden público e imperativo, y que ordena que las cláusulas abusivas no deben producir efectos vinculantes para el consumidor. Se recuerda que esto va unido a la prohibición de que el juez integre o modere los contratos en los que se prescinde de una cláusula abusiva, como forma de garantizar el efecto disuasorio al que alude el art. 7.1 de la misma Directiva, y que en este sentido se pronuncia la jurisprudencia del TJUE (con cita de las sentencias que referimos supra n. 3). Por tanto, para este magistrado, la consecuencia en caso de que se declare la abusividad de una cláusula no ha de ser otra que la *plena desvinculación* respecto de ella, lo que supondrá el *sobreseimiento* de la ejecución instada con apoyo en tal cláusula.

El planteamiento anterior podría ser compartido, pero ocurre que el TJUE admite excepciones, como sabemos, que llevan a sustituir la cláusula reputada abusiva por una disposición legal; pero para este magistrado la doctrina *Kásler* no tiene cabida en estos casos, pues no puede tomarse el art. 693.2 LEC, ya que su aplicación depende del acuerdo de las partes sobre el régimen de vencimiento anticipado y es precisamente dicho acuerdo el que se reputa abusivo y por tanto nulo. Además, a su juicio, “ni la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado afecta, per se, a la nulidad del contrato principal del préstamo, sino a la ejecución de su garantía hipotecaria (elemento accesorio), ...ni tampoco el efecto directo de la aplicación supletoria favorece

o beneficia, en modo alguno, los intereses o la posición jurídica del consumidor”⁶. Por todo ello, se rechaza la integración del contrato por medio del precepto referido y se entiende que lo único que procede, al apreciar la abusividad, es sobreseer el proceso, como efecto de una desvinculación plena y absoluta de la cláusula. Esta opinión, que no compartimos en todos sus términos sino tan solo en alguno de sus elementos, no será seguida por la STS 463/2019, que continuará la línea de las SSTS 705/2015 y 69/2016, como después veremos.

9. Tras estas importantes sentencias y antes de que nuestro TS plantease al TJUE las cuestiones prejudiciales que resolverá mediante su sentencia de 26 de marzo de 2019, este tribunal dictó al menos dos relevantes sentencias que afectan a cláusulas abusivas y en las que insiste en la *desvinculación* que deben producir estas cláusulas y en cuál ha de ser su alcance.

Por un lado, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (as. C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*), referente a las cláusulas suelo y a la limitación en el tiempo de los efectos restitutorios vinculados a la declaración judicial de abusividad; en ella se censura la jurisprudencia española por la que se circunscribían “tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión” (ap. 75). El TJUE subraya que, si una cláusula es reputada abusiva, *no puede provocar ningún efecto* para el consumidor, sino que debe considerarse que *nunca ha existido*.

Por otro lado, en la STJUE de 17 de enero de 2017 (as. C-421/14, *Banco Primus*) se declara específicamente sobre las cláusulas de vencimiento anticipado que, a fin de garantizar el efecto disuasorio del art. 7.1 de la Directiva, la facultad del juez de apreciar el carácter abusivo de una de estas cláusulas, así como la de deducir todas las consecuencias que se deriven de dicha apreciación -en referencia a la desvinculación que ha de ocasionar-, “*no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica*” por el acreedor (ap. 73). En este caso, el banco prestamista declaró el vencimiento anticipado a los siete meses de incumplimiento del deudor, y no ante la primera mensualidad impagada, como permitía el contrato, por lo que se actuó de conformidad con el art. 693.2 LEC (en su versión de 2013) y, sin embargo, para el TJUE

⁶ Sobre este último punto, en el voto particular se afirma que dicha sustitución “sólo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria. Pues el despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no sólo viene obligado a la restitución del capital prestado, hipótesis que valoraba la citada sentencia del TJUE, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas que acompañan a esta situación jurídica; frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado”.

habría que atender a lo que señala la cláusula contractual, la cual, por su carácter abusivo, no podría vincular al consumidor (ap. 74 y 75)⁷.

3. La STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre las consecuencias de estimar la abusividad de una cláusula

10. Estas últimas resoluciones del TJUE hicieron que nuestro Alto Tribunal se cuestionase su jurisprudencia (de las SSTS 705/2015 y 79/2016), ya que la sentencia *Gutiérrez Naranjo* evidenció que las decisiones del TS en materia de cláusulas abusivas podían errar en grave perjuicio del consumidor, y la sentencia *Banco Primus* porfiaba en que los efectos de la declaración de abusividad no pueden depender de cómo el acreedor haya ejercitado en concreto la facultad a que se refiere la cláusula abusiva. Por ello, mediante el ATS 217/2017, de 8 de febrero, se formulan ante el TJUE dos cuestiones prejudiciales.

-- La primera, si conforme al art. 6.1 de la Directiva cabría una apreciación parcial de la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, de forma que se eliminase la parte reputada abusiva y se mantuviera la parte considerada válida, según el *blue pencil test* de la jurisprudencia y la doctrina alemanas.

-- Y en la segunda se preguntaba si el juez, una vez que aprecia la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, está facultado para poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, que permite iniciar o continuar una ejecución hipotecaria, resulta más favorable para el consumidor que sobreseer dicha ejecución y quedar a expensas de un proceso declarativo de resolución del contrato y de la consiguiente ejecución (ordinaria) de la eventual sentencia de condena, dadas las ventajas que la ejecución hipotecaria reconoce al consumidor.

A estas dos cuestiones se unieron otras distintas planteadas por el JPI nº1 de Barcelona, pero que fueron reconducidas a las anteriores y resueltas por la STJUE de 26 de marzo de 2019 (as. C-70/17 y C-179/17, *Abanca Corporación Bancaria* y *Bankia*).

La primera cuestión prejudicial fue resuelta en sentido negativo, acogiendo las conclusiones del Abogado General (Sr. Szpunar) al respecto. El ap. 55 de la sentencia declara escuetamente que la mera supresión del motivo de vencimiento que convierte en abusivas las cláusulas controvertidas equivaldría a *modificar el contenido esencial* de

⁷ Esta sentencia (ap. 71) se apoya en otras sentencias del TJUE precedentes, como las de 14 de junio de 2012 (ap. 65) y 30 de mayo de 2013 (ap. 57), ya citadas (supra n. 3), además de en la STJUE de 21 de enero de 2015 (as. C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-486/13, *Unicaja Banco* y *Caixabank*, ap. 28), no citada; todas ellas sobre la desvinculación respecto de las cláusulas declaradas abusivas. Y también se basa (ap. 73) en el ATJUE de 11 de junio de 2015 (citado supra n. 5), el cual ya había declarado que las prerrogativas del juez nacional que constata la abusividad de una cláusula “no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica” (ap. 50 y 54).

estas cláusulas, por lo que “no cabe admitir el mantenimiento parcial de dichas cláusulas pues, de otro modo, se menoscabaría directamente el efecto disuasorio” del art. 7 de la Directiva. En sus conclusiones 84 a 109, el Abogado General desarrolla con detalle por qué no es admisible mantener la validez parcial de la cláusula, analizando si resulta aplicable a estos casos la doctrina del *blue pencil test* invocada por el TS, y concluyendo que no lo es⁸.

11. A la segunda cuestión prejudicial se dedican muchos más apartados de la sentencia (ap. 56-64), aunque es de notar que en ella no se responde exactamente a lo que preguntaba el TS, sino que en realidad el TJUE se refiere a cuándo resulta procedente que el juez nacional sustituya la cláusula que se reputa abusiva por lo dispuesto en una norma de derecho interno. En este sentido, el TJUE establece en sustancia lo siguiente: siempre que la declaración de nulidad de una cláusula por abusiva *conlleve la anulación del entero contrato* (requisito que a efectos expositivos podemos llamar A), se examinará si dicha anulación del contrato *expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales* (requisito que llamamos B), y en caso de que concurren los dos requisitos señalados (A y B), se permitirá que el juez nacional remedie la nulidad de la cláusula a través de la *sustitución* de su contenido abusivo por lo dispuesto en una norma de derecho interno (resultado que llamamos C), y en estos casos tal norma sería la versión vigente al tiempo del proceso del precepto legal que inspiró la cláusula nula (art. 693.2 LEC, según la Ley 1/2013). Obsérvese que dicha sustitución (C) solo sería admisible cuando concurren los dos requisitos indicados, y el segundo de estos (B) solo se examinaría cuando constase la presencia del primero (A).

Por tanto, si seguimos el esquema propuesto, lo primero que debe analizarse es si la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado provoca necesariamente o no la anulación del contrato de préstamo hipotecario por completo (requisito A). Sobre este extremo, el TJUE decide no pronunciarse, sino que lo deja a la apreciación de los tribunales nacionales. En realidad, tampoco había sido preguntado por los órganos remitentes al plantear sus cuestiones: el TS parece dar a entender que los préstamos hipotecarios no pueden pervivir sin tales cláusulas, pero no lo afirma de forma expresa; en tanto que el órgano de primera instancia sí manifestó con claridad que, a su juicio, “el

⁸ Esta doctrina admite el mero fraccionamiento de la cláusula que se limita a eliminar (o tachar con un rotulador azul) los elementos de esta que sean abusivos en tanto que se mantienen los demás, siempre que los elementos mantenidos conserven sentido jurídico y no alteren la finalidad inicial pretendida con la cláusula. Tal “fraccionamiento” sí sería compatible con la Directiva, pero no así los cambios en la cláusula que vayan más allá y que supongan una “reducción/modificación conservadora de la validez” de la misma, lo que constituiría una auténtica integración del contrato, vedada por el TJUE. Esto último es lo que sucedería si en el aserto de que “procede el vencimiento anticipado ante el incumplimiento de *cualquiera* de los plazos” se eliminase el término *cualquiera*: sería preciso añadir un número de plazos incumplido que resulte aceptable, y ello ya no es un simple “fraccionamiento” sino una modificación -o integración- de la cláusula en toda regla.

contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado”, por lo que existían criterios enfrentados al respecto⁹. Sin embargo, como decimos, el TJUE en su sentencia (ap. 60) ha preferido diferir esta decisión a los órganos judiciales nacionales, y se ha limitado a indicar que tal examen sobre la pervivencia o no del contrato una vez suprimida la cláusula abusiva habrá de hacerse “*adoptando un enfoque objetivo*”, tal como señala en su anterior sentencia de 15 de marzo de 2012 (as. C- 453/10, *Perenicova y Perenic*, ap. 32).

En segundo lugar, solo si se concluye que los préstamos hipotecarios no pueden subsistir sin las cláusulas de vencimiento anticipado que se declaran abusivas, convendrá el análisis de si la anulación del contrato expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (requisito B). Esta valoración también se relega por el TJUE a los tribunales nacionales; pero en la sentencia (ap. 61) se enumeran las tres ventajas que la ejecución hipotecaria presenta sobre la ejecución ordinaria, a las que se refería el TS (tanto en sus sentencias 705/2015 y 79/2016 como en su auto 217/2017), añadiendo que la pérdida de estas ventajas supondría un “deterioro de la posición procesal de los consumidores”, el cual “podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2 , de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos” (ap. 62). Se insiste en que las *comparaciones* -entre un tipo de ejecución y otra- y las *comprobaciones* -sobre la situación de perjuicio grave en que pueda quedar el consumidor- corresponden a los tribunales nacionales; pero, como se observa, la sentencia no deja de apuntar que en estos casos bien podría concurrir el requisito del que tratamos (B)¹⁰.

⁹ A su vez, el Abogado General en sus conclusiones se había manifestado a favor de que las cláusulas de vencimiento anticipado no son un elemento esencial del contrato, de modo que este puede pervivir sin ellas; por tanto, a su parecer, en estos casos no puede acudirse a la excepción prevista en la sentencia *Kásler*, “ya que las cláusulas controvertidas no entrañan la nulidad de los contratos de préstamo en su conjunto”, por lo que “no es necesario aplicar una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio para evitar que el consumidor quede expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales” (conclusión nº 120).

¹⁰ También en este punto el Abogado General había mostrado un criterio distinto del que después seguirá la sala, pues, a pesar de que entendía que no se cumplía el que hemos llamado requisito A, y por tanto no sería preciso analizar si se cumple B, en sus conclusiones (nº 127-133) examina si las ventajas de los procesos de ejecución hipotecaria justifican su *continuación* en caso de que se estime que la cláusula de vencimiento anticipado que los ha fundado es abusiva. Y considera que la continuación de tales procesos como algo favorable para el consumidor está sujeta a salvedades y depende de las circunstancias concretas de cada caso. Así, una de las ventajas de la ejecución hipotecaria, la enervación dispuesta en el art 693.3 LEC, sólo beneficiará a los consumidores que dispongan de medios económicos para hacer frente a las cuotas efectivamente debidas; y otra, la del art. 579 LEC, únicamente entra en juego cuando ya se ha procedido a la adjudicación en pago del inmueble hipotecado y este sea la vivienda habitual del deudor. Por lo tanto, no puede afirmarse que siempre y en todos los casos la prosecución de la

Así, según esta importante sentencia del TJUE, los órganos judiciales nacionales deben valorar si la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado determina la anulación de todo el contrato, y si esto ocurre, habrán de examinar además si la situación procesal en la que entonces queda el consumidor es más gravosa para él que la anterior a la declaración de la abusividad. Para el supuesto de que no se cumpliera el primero (requisito A), y los tribunales entendieran que los préstamos hipotecarios pueden subsistir sin las cláusulas de vencimiento anticipado reputadas abusivas, la sentencia *Abanca* establece que los tribunales “deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de la ejecución ordinaria” (ap. 63). De este modo, se aplicaría la repetida jurisprudencia del TJUE sobre la necesaria *desvinculación* respecto de las cláusulas abusivas, que tiene como salvedad el que el propio consumidor sea quien prefiera que tenga eficacia y le vincule la cláusula abusiva¹¹.

La sentencia no se refiere al caso de que los tribunales nacionales consideren que sí se cumple el requisito A (que los préstamos no pueden pervivir sin tales cláusulas, de suerte que, anulada la cláusula, se anularía todo el contrato), pero en cambio no se cumple el requisito B (el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria no es más gravoso para el consumidor que su continuación); no se señala si en estos supuestos podría integrarse el contrato con un precepto legal que resulte aplicable, pero hemos de entender que no, ya que esta última solución solo se contempla para cuando concurren ambos requisitos, A y B.

En efecto, la conclusión a la que llega la sentencia de 26 de marzo de 2019 es que, cumpliéndose los requisitos que hemos denominado A y B, cabría la *integración del contrato* que contiene una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, a través de la *sustitución de esta cláusula* por lo dispuesto en una norma de derecho nacional, que es la versión vigente del precepto que regula el ejercicio procesal de dicha cláusula (resultado C). Los términos literales son que los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13 “no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula,

ejecución hipotecaria sea más ventajosa para el consumidor, o que su archivo le provoque un serio perjuicio, en comparación con la situación a la que se expone en otros procesos.

¹¹ En este sentido, dado que el Abogado General entendía que tales contratos podían subsistir sin dichas cláusulas, y que por tanto el efecto de la estimación de la abusividad debía ser la desvinculación de la cláusula, la solución que proponía (conclusión nº 135) era precisamente que se informara al consumidor de las consecuencias que tendría la eventual vinculación a la cláusula abusiva: es decir, que continuaría la ejecución hipotecaria, y cuáles eran sus ventajas; para que fuera él quien eligiera si quería vincularse a la cláusula o no. Y citaba, en apoyo de la tesis de informar al consumidor con este fin, las SSTJUE de 4 de junio de 2009 (as. C-243/08, *Pannon GSM*, ap. 33) y de 21 de febrero de 2013 (as. C-472/11, *Banif Plus Bank*, ap. 27 y 35).

aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales” (ap. 64).

12. Como puede apreciarse, la solución que se propone para salvar la nulidad de la cláusula abusiva, y la del entero contrato (por cuanto se requiere que una nulidad conlleve la otra), es en parte distinta de la ofrecida en la sentencia *Kásler*. En ésta, la integración contractual se realiza con apoyo en “una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional” (ap. 85); por tanto, primero ha de existir una *norma legal que permita al juez efectuar dicha integración*, y después esta debe hacerse aplicando una *disposición supletoria*. En cambio, la sentencia *Abanca* (ver recién cit. ap. 64) se refiere a una integración judicial del contrato que únicamente se autoriza por la jurisprudencia, y que se lleva a cabo con una norma sobre la que el TJUE no se pronuncia respecto de su carácter supletorio o no. Bien es cierto que, al plantear sus cuestiones prejudiciales, los órganos remitentes no aludieron a -ni preguntaron por- el carácter supletorio o no del precepto a cuyo contenido se quería acudir; de hecho, el TS en su segunda cuestión se refiere a la “la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional”¹². Por tanto, se pasa de la aplicación de una norma supletoria -en la sentencia *Kásler*- a la aplicación supletoria de una norma -en la sentencia *Abanca*-, ambas de derecho nacional; lo cual, unido a que ya no se requiere una previsión legal que autorice tal aplicación, supone, a nuestro juicio, una *ampliación del margen de excepción* permitido para obviar la prohibición genérica de integración de los contratos que incluyen cláusulas abusivas, derivada -como hemos visto- de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva y de la jurisprudencia del TJUE que los interpreta.

En consecuencia, se produce una cierta evolución en la jurisprudencia del TJUE, pues si durante tiempo se ha sostenido que el modo de salvaguardar el efecto útil y disuasorio de la protección de los consumidores pasaba por que la *desvinculación* respecto de las cláusulas estimadas abusivas se viera seguida de la *prohibición de integrar* los contratos donde aquellas figuraban (pe., en sus sentencias *Banco Español de Crédito*, *Asbeek Brusse*, *Kásler*, *Banco Primus*, entre otras), ahora se posibilita una

¹² Por su lado, el Abogado General afirmaba al respecto (conclusión nº 121): “En lo que atañe a la aplicación del artículo 693, apartado 2, de la LEC, del auto de remisión del Tribunal Supremo no se desprende que esa disposición revista carácter supletorio. En efecto, la simple lectura de dicha disposición permite constatar que para su aplicación se requiere un pacto expreso entre las partes y, en consecuencia, la citada disposición no puede aplicarse sin dicho pacto. En cambio, el Tribunal Supremo alude a la posibilidad de aplicar esa disposición «supletoriamente» sin pronunciarse sobre su carácter supletorio. En todo caso, incumbe al juez nacional apreciar si tal disposición tiene o no carácter supletorio”. Ya hemos dicho (supra n. 6) que para nosotros dicho precepto no es de carácter supletorio.

integración judicial de estos contratos mediante la aplicación de reglas legales que se refieran a la materia afectada por la cláusula abusiva y que vengan a sustituirla. Incluso (con la sentencia Abanca), ya no se requiere que el precepto empleado sea una disposición que ordene dicha materia de forma supletoria, sino que se echa mano de preceptos, como el art. 693.2 LEC, que no tienen una naturaleza sustantiva sino procesal (por cuanto regulan cuándo se puede ejercitar por el proceso de ejecución hipotecaria la facultad contenida en la cláusula), y que no estaban vigentes cuando se celebró el contrato y quizá tampoco cuando comenzó el proceso en el que se aplican (en caso de que este comenzara antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2013).

Entendemos que el punto que puede servir de nexo entre esta nueva orientación y la doctrina anterior está en que los tribunales nacionales aprecien que la nulidad de la cláusula declarada abusiva conlleva también la nulidad de todo el contrato, pues el propio art. 6.1 de la Directiva condiciona la obligatoriedad del resto del contrato, suprimida la cláusula abusiva, a que sea jurídicamente posible la subsistencia de aquel sin esta (*“que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”*). Así, solo si los tribunales estiman que los contratos de préstamo hipotecario no pueden pervivir si se suprime de ellos la cláusula de vencimiento anticipado, y que la ineficacia del entero contrato coloca al consumidor en una situación más gravosa que la precedente a que se declare la abusividad de tal cláusula, solo entonces, estaría justificado que se buscara una regla legal que pueda aplicarse en lugar de la cláusula que se reputa nula y que venga a salvar así la vigencia del contrato. Por el contrario, si los tribunales entendieran que los contratos referidos pueden subsistir sin dichas cláusulas, por no constituir estas una parte esencial del negocio jurídico de que se trata, en tal caso el efecto derivado de la declaración de abusividad no podría ser otro que la mera desvinculación -o aplicación- de la cláusula de vencimiento anticipado, sin que cupiera ninguna clase de sustitución de la misma o de integración del contrato; y si la ejecución hipotecaria se ha despachado en virtud de tal cláusula, habría que cerrarla.

13. Las primeras resoluciones dictadas por nuestras AAPP tras la sentencia *Abanca* fueron en su mayoría en la última línea apuntada. En ellas se estimó que los contratos de préstamo hipotecario podían subsistir sin problema, aunque se eliminase de ellos la cláusula de vencimiento anticipado, y que el resultado había de ser el sobreseimiento de las ejecuciones basadas en tales cláusulas. Así, entre otros, el AAP de Gijón (Secc. 7ª) 119/2019, de 24 de junio; el AAP de Guipúzcoa (Secc. 2ª) 89/2019, de 27 de junio; y el AAP de Sevilla (Secc. 8ª) 343/2019, de 27 de junio. En este último, pe., se declara que como: “la supresión total de dicha cláusula de vencimiento anticipado no da, en ningún caso, lugar a la nulidad del contrato contenido en el título, es por lo que procede

sobreseer la ejecución instada, al quedar reducida la ejecución a las cantidades realmente debidas hasta la presentación de la demanda ejecutiva, no siendo posible reclamarse en la ejecución, sin resolución previa del contrato, todo el capital prestado cuya ejecución se pretende con dicha demanda ejecutiva” (FJ 2.5)¹³.

En las resoluciones anteriores se alude a que la ejecución podría continuar si, pese a la declaración de abusividad de la cláusula, el consumidor quisiera quedar vinculado por ella, en aplicación de la jurisprudencia del TJUE, incluida la sentencia *Abanca* (ap. 63). Pero en tales casos sucede que, o bien el propio consumidor ha solicitado la no aplicación de la cláusula al requerir que se declare su abusividad, o bien el órgano judicial ha deducido que el consumidor prefiere no quedar vinculado por la cláusula en la medida en que no ha pedido que se produzca tal efecto. Como ejemplo de lo primero, el cit. AAP de Guipúzcoa: “habiendo solicitado la referida parte de forma expresa la inaplicación de dicha cláusula, por su eliminación, ante su declaración de nulidad, que por ella ha sido solicitada” (FJ 10, *i.f.*); y como ejemplo de lo segundo, el cit. AAP de Sevilla: “No pudiendo tampoco ser conservada en su totalidad dicha cláusula, en cuanto el prestatario-ejecutado-consumidor, en ningún momento del procedimiento, ha mostrado su oposición a que no sea suprimida la cláusula de vencimiento anticipado del título, que se ha pretendido ejecutar, a que se refiere el párrafo 63 de la referida sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019” (FJ 2.6). Y aunque no se contemple en los autos citados, otra opción sería que el juez preguntara expresamente al consumidor sobre la posibilidad de que consienta que se le aplique la cláusula, informándole de los beneficios que le supondría la prosecución de la ejecución hipotecaria, como se menciona en algunas de las sentencias del TJUE referidas (*supra* nota 11).

En cualquier caso, esta orientación de la jurisprudencia menor ha de concluir a la vista de las valoraciones que realiza el TS en su sentencia 463/2019 sobre los extremos de los que depende la integración judicial de los contratos con cláusulas de vencimiento anticipado abusivas, y de las pautas que señala en consecuencia, según veremos.

4. Los autos del TJUE de 3 de julio de 2019 y la extensión de la integración contractual a un segundo proceso

¹³ O en el cit. AAP de Guipúzcoa (FJ 10): “resulta evidente que dicho contrato puede subsistir sin la referida cláusula, dado que su declaración de nulidad tan solo conlleva que la entidad bancaria no podrá declarar vencido anticipadamente el crédito, pero quedan subsistentes las obligaciones de las partes contratantes, entre ellas la obligación de la parte prestataria de abonar los mencionados vencimientos y los que sigan devengándose en el futuro”. En esta resolución se analizan si concurren los requisitos exigidos en la STJUE de 26 de marzo de 2019 para poder sustituir la cláusula abusiva por una disposición legal (los que hemos llamado A y B); y no solo se considera que no concurre A, sino que también se estima que no se cumple B, como citaremos más adelante (*supra* n. 19).

14. Pero antes de entrar en el análisis de esta sentencia, aún debemos referirnos a tres autos del TJUE de 3 de julio de 2019, dictados en los asuntos C-92/16 (entre *Bankia* y Rengifo Jiménez y Felix Caiza), C-167/16 (entre *BBVA* y Quintano Ujeta y Sánchez García), y C-486/16 (entre *Bankia* y Sánchez Martínez y Sánchez Triviño); todos ellos resuelven cuestiones prejudiciales planteadas por tribunales españoles y relativas a las consecuencias que deben seguir a la estimación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado. En los tres casos se trataba de préstamos hipotecarios de larga duración (300, 204 y 420 mensualidades, respectivamente) en los que se pactó el vencimiento anticipado de toda la obligación ante el impago de alguna de las cuotas acordadas. En los as. C-92/16 y C-167/16 se formularon diversas cuestiones, pero el TJUE entendió que podían identificarse con las planteadas en los as. C-70/17 y C-179/17, y en los autos resolutorios de los primeros reprodujo -con distinta numeración- los diferentes apartados y la conclusión de su sentencia de 26 de marzo. En cambio, en el auto relativo al as. C-486/16 se va más allá, y aunque se justifique que se emplea un auto porque se deciden cuestiones idénticas a las ya resueltas en otras sentencias (ap. 33 y 34), en realidad se abordan aspectos distintos, no tratados en la sentencia referida.

En este último sucedió lo siguiente. Primero hubo una ejecución hipotecaria planteada por una entidad bancaria que había concedido un préstamo hipotecario de larga duración (35 años) a dos esposos consumidores. El contrato se celebró en 2006 y hasta 2012 el banco no lo declaró vencido, cuando constató el incumplimiento del primer tramo del préstamo (tramo A). En 2013 se instó la ejecución hipotecaria, que fue despachada, pero los deudores se opusieron alegando la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que recogía el contrato, la cual -aunque no había sido aplicada en sus términos- permitía declarar tal vencimiento ante el impago de cualquiera de las cuotas. La oposición fue estimada y el juez sobreseyó el proceso; el ejecutante recurrió, pero la AP confirmó el resultado anterior, que adquiría así firmeza en octubre de 2014. En mayo de 2015, el banco presentó una nueva demanda de ejecución hipotecaria, ya que los prestatarios seguían sin pagar las cuotas debidas del tramo A, al igual que las devengadas desde 2012 correspondientes al tramo B. Esta segunda ejecución fue denegada, pues el juzgador entendió que el art. 552.3 LEC no permitía abrir un nuevo proceso de ejecución basado en el mismo título y seguido entre las mismas partes, habiéndose cerrado el anterior mediante resolución firme. El auto que denegaba el despacho de la ejecución fue recurrido en apelación, y la AP estimó el recurso, ordenando al órgano de primera instancia que reabriera la segunda ejecución solicitada. Este juzgado planteó ante el TJUE si no sería contrario al principio de efectividad previsto en el art. 7.1 de la Directiva despachar ejecución con apoyo en una cláusula de vencimiento anticipado que ha sido declarada abusiva previamente mediante resolución

firme, a pesar de que esta resolución no tenga eficacia positiva de cosa juzgada material, según el ordenamiento procesal español, pero en tanto que este sí contempla que no cabe un nuevo proceso de ejecución fundado en el mismo título que una ejecución cuyo despacho se ha denegado de manera firme (en referencia al invocado art. 552.3 LEC).

El TJUE responde a la cuestión partiendo de lo establecido en la sentencia *Abanca*. Se recuerda (en el ap. 40 del auto resolutorio del as. C-486/16) la doctrina según la cual, si un préstamo hipotecario *no puede subsistir* tras la supresión de la cláusula abusiva (el que hemos llamado requisito A), y esto provoca un *deterioro de la posición procesal* del consumidor al verse expuesto a una ejecución ordinaria, sin las ventajas de la ejecución hipotecaria (requisito B), el juez nacional podrá *sustituir la cláusula abusiva* por la versión del art. 693.2 LEC posterior a la celebración del contrato -en alusión a la dada por la reforma de la Ley 1/2013 - (resultado C). Pues bien, el TJUE entiende ahora que esta misma solución tiene cabida en los casos en que se plantee una segunda ejecución hipotecaria. Es decir, el juez del nuevo proceso habrá de comprobar “que concurren las circunstancias mencionadas en el anterior apartado 40”, se dice en el ap. 49 (en referencia a nuestros requisitos A y B), para que, cuando así suceda, proceda la sustitución de la cláusula abusiva por “la nueva redacción de la disposición legal que había inspirado esa cláusula” (resultado C)¹⁴.

Ocurre que, en estos últimos casos, la sustitución de la cláusula abusiva por lo dispuesto en un precepto legal opera en supuestos respecto de los que ya ha habido un proceso de ejecución hipotecaria, cerrado con una resolución *firme* que ha estimado la abusividad y ha decretado el sobreseimiento; y en nuestro ordenamiento, el art. 552.3 LEC establece que: “*Una vez firme el auto que deniegue el despacho de la ejecución, el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente, si no obsta a éste la cosa juzgada de la sentencia o resolución firme en que se hubiese fundado la demanda de ejecución*”. El órgano judicial remitente se apoyó en este precepto para denegar el despacho de la segunda ejecución; y este órgano entiende que el auto que sobreseyó la primera ejecución carece de fuerza de cosa juzgada material en su vertiente positiva o prejudicial (a la que se refiere el art. 222.4 LEC y que se predica de las sentencias firmes), pero sí despliega una eficacia negativa o excluyente de una nueva ejecución cuando esta se funde en el mismo título -y se siga entre las mismas partes-, como considera tal juzgador que sucede en el caso, y que se deriva del precepto citado. Según se aprecia, dicha norma reconduce a los acreedores hacia el proceso declarativo, cuando quieran volver sobre el mismo título al que no se ha conseguido dar

¹⁴ En el ap. 44 del auto sólo se menciona el requisito A (que el juez compruebe “si el contrato de préstamo controvertido en el litigio principal puede subsistir sin la cláusula abusiva en cuestión”, para que, en caso negativo, acuerde la sustitución indicada); en tanto que en el ap. 49, como decimos, se requieren ambos requisitos, A y B.

eficacia ejecutiva (salvo que lo que quieran plantear ya haya sido objeto de un proceso declarativo anterior, resuelto por sentencia firme, con fuerza de cosa juzgada material). El órgano remitente se plantea si, a la vista de esta regulación, el inicio o la continuación de una segunda ejecución hipotecaria podrían ser lesivos del principio de efectividad propio del Derecho de la UE.

El principio de efectividad vela para que los ordenamientos nacionales -o la interpretación que se realice de ellos- “no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión” (como se recuerda en el ap. 37 del auto del que tratamos, que cita a su vez el ap. 50 de la sentencia *Aziz*). El auto del pasado 3 de julio considera que la normativa procesal española que entra en juego en este asunto no presenta ningún conflicto con dicho principio (ap. 46-49), pues, a pesar de que nuestras normas no reconozcan fuerza de cosa juzgada a la resolución que archiva la primera ejecución, esto no representa un problema desde la perspectiva del principio de efectividad, ya que la demanda de la segunda ejecución “no tiene su fundamento en la cláusula abusiva en cuestión, sino en la nueva redacción de la disposición legal que había inspirado esa cláusula, y tal sustitución llevada a cabo por el juez nacional es conforme con el Derecho de la Unión, siempre que concurren las circunstancias mencionadas en el anterior apartado 40” (ap. 49). De manera que, para el TJUE, aunque el auto que cerrase la primera ejecución excluyera una nueva ejecución sobre el mismo título y entre las mismas partes, no habría inconveniente, puesto que la acción de la segunda ejecución se basaría en un *fundamento distinto* (como declara no solo en el ap. 49 sino también en los ap. 43 y 45). De este modo, el juez de la nueva ejecución estaría prescindiendo de la cláusula reputada abusiva, por lo que no estaría derivando efectos vinculantes para el consumidor de una cláusula así, respetando los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva¹⁵.

15. Según se aprecia, el TJUE considera que, en supuestos como el mencionado, la segunda ejecución se apoya en un *fundamento distinto* de la primera, sin que se pronuncie de forma expresa sobre si este cambio supone que la nueva ejecución se basa en un *nuevo título ejecutivo*; aunque parece darlo a entender, ya que, si la segunda

¹⁵ Este auto acoge así el punto de vista del Gobierno español, como señalaba el Abogado General (Sr. Szpunar) en sus conclusiones de 13 de septiembre de 2018, “según el cual los dos procedimientos de ejecución hipotecaria fueron iniciados con base en dos fundamentos distintos. Así, el Gobierno español sostiene que la primera ejecución hipotecaria fue iniciada con fundamento en la cláusula de vencimiento anticipado abusiva mientras que el segundo procedimiento se inició sobre la base del artículo 693, apartado 2, de la LEC, con arreglo a la sentencia n.º 705/2015 del Tribunal Supremo” (ap. 52). Sin embargo, este Letrado entiende que en los dos procesos se está acudiendo al mismo fundamento, por lo que en la segunda ejecución se estaría dando eficacia a la cláusula reputada abusiva en la primera, lo cual sería lesivo del principio de efectividad del Derecho de la Unión (ap. 61).

ejecución se fundara en el mismo título, tendría como obstáculo el art. 552.3 LEC. La realidad es que el *título ejecutivo* es el *fundamento* -o punto de apoyo necesario- de la acción ejecutiva: *nulla executio sine titulo*, por lo que cabe considerarlos términos equivalentes a los efectos a los que nos referimos. En los casos de que tratamos, el título es la escritura pública que recoge el contrato de préstamo garantizado con hipoteca, y la escritura de la garantía se redactará e inscribirá en el Registro conforme a las previsiones del art. 682 LEC. El planteamiento del presente auto de 3 de julio implica una modificación en el contrato del que trae causa, al sustituir uno de sus elementos, la cláusula reputada abusiva, por una disposición legal, el art. 693.2 LEC en su versión de 2013 y según lo interpreta el TS desde su sentencia de 2015. Por lo tanto, puede entenderse que el título ha cambiado, por cuanto el contrato ha sido reformado -o si se quiere "subsano" en lo relativo a su elemento inválido-; no tenemos así un título completamente nuevo, pero sí un título parcialmente distinto, y quizá lo suficientemente diferente al anterior como para que su efectividad ejecutiva no choque con la eficacia excluyente que quiera otorgarse a la resolución que cerró la ejecución precedente. De este modo, se prescinde de la cláusula abusiva pero no del contrato de préstamo hipotecario; es más, tal cláusula se sustituye precisamente para conservar la vigencia del contrato y que pueda servir -modificado- como título de la nueva ejecución.

Ahora bien, la tesis anterior supone una nueva ampliación de las posibilidades de *integrar judicialmente los contratos* que adolecen de cláusulas abusivas. Si con la sentencia de 26 de marzo se permite que el juez que conoce de una ejecución hipotecaria supla la cláusula reputada abusiva por lo dispuesto en una norma que: es de carácter procesal y no sustantivo, tenía otra redacción distinta cuando se celebró el contrato, el mero tenor de la versión que se emplea resulta insuficiente para regular de forma equilibrada la facultad a que se refiere, y su aplicación requeriría un acuerdo válido de las partes que cabe entender que no concurre (dada la abusividad de la cláusula que la haría aplicable), y esto con el fin de salvar la vigencia del contrato y evitar que la anulación de este exponga al consumidor a consecuencias más penosas; ahora, con idéntica finalidad, el auto de 3 de julio extiende esas posibilidades de integración contractual -a base de aplicar la misma norma legal- a los jueces que conozcan de una segunda ejecución hipotecaria, aun cuando la primera se haya cerrado de manera firme. Y si, conforme a la jurisprudencia del propio TJUE, la regla general era la prohibición de integrar los contratos en los que se apreciaran cláusulas abusivas, y la excepción era permitir dicha integración, de forma limitada y ajustada a ciertos requisitos, la realidad es que el TJUE entiende cumplidos estos requisitos de modo cada vez más amplio, con lo que se agrandan los márgenes para la referida integración contractual; con el consiguiente riesgo de poner en entredicho el efecto útil y el efecto disuasorio de la

protección de los consumidores (de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva). Es más, podría considerarse que tal integración, antes de a los jueces, se confía a los acreedores hipotecarios, pues aunque vean archivadas sus demandas de ejecución a causa de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, se les está facultando para obviar esta cláusula e instar una nueva ejecución por el total de la obligación, esta vez apoyada en que el incumplimiento del deudor, grave y persistente, tiene encaje en la versión del art. 693.2 LEC vigente al comenzar este segundo proceso.

III. ALCANCE Y VALORACIÓN DE LA DOCTRINA DE LA STS 463/2019, DE 11 DE SEPTIEMBRE

1. Carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado

16. Llegamos así a STS de Pleno 463/2019, de 11 de septiembre, que decide los recursos extraordinarios en cuya tramitación se plantearon las cuestiones prejudiciales resueltas por la sentencia *Abanca*. Como adelantamos, dicha resolución es muy importante, de un lado, porque reafirma -y concreta más- la jurisprudencia de la Sala 1ª sobre cuándo debe entender un órgano judicial que una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva; y de otro lado, porque va a establecer unas pautas u orientaciones jurisprudenciales para que se apliquen en la multitud de ejecuciones hipotecarias que estaban pendientes y a la espera de esta resolución, relativas a las consecuencias procesales que deben seguirse de estimar como abusiva una de tales cláusulas. Lo primero se aborda principalmente en el FJ 7, con el rótulo “Doctrina jurisprudencial sobre el vencimiento anticipado”, aunque se completará con lo indicado en el FJ 8.10; y lo segundo se expondrá en el extenso FJ 8, titulado “Asunción de la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los AATJUE de 3 de julio de 2019”. De este modo, y tal como se declara en la propia sentencia del TS, en ella se toma como base de partida la doctrina derivada tanto de sus sentencias 705/2015 y 79/2016 como de la sentencia y los autos del TJUE de 2019 referidos.

En cuanto al primer aspecto, para responder al interrogante de cuándo un órgano judicial debe considerar que una cláusula de vencimiento anticipado es abusiva, el TS acude en esta sentencia -como ya hiciera en las de 2015 y 2016- a lo dispuesto en el ap. 73 de la sentencia *Aziz*, donde se afirma -como sabemos (ver supra n. 2)- que tales cláusulas incluidas en contratos de larga duración no son abusivas de por sí, sino que esto dependerá del modo en que hayan sido predisuestas por el empresario; y pueden entenderse admisibles si se prevén para cuando el consumidor haya incumplido una obligación de carácter esencial y su incumplimiento sea suficientemente grave, y el ordenamiento establezca mecanismos para que el deudor ponga remedio a los efectos

del vencimiento anticipado del préstamo. El TS señala que esta doctrina fue confirmada por el ATJUE de 8 de julio de 2015 (as. C-90/14), y como resumen de ella indica que: “En suma, para que una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y de la cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación” (FJ 7.1, *i.f.*).

Con ello, parece que el TS centra el examen de la abusividad en lo que disponga la cláusula: en los términos en que la condición general esté predispuesta en el contrato; y además cita también el ATJUE de 11 de junio de 2015 (as. C-602/13), en el que se asienta que “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”. Sin embargo, justo a renglón seguido, reitera su criterio de que el control de abusividad habrá de proyectarse sobre cómo ha ejercitado el acreedor “en el caso concreto” la facultad de dar por vencida toda la obligación; de suerte que superará dicho control si esta facultad se ha ejercitado respetando el *mínimo referido en el art. 693.2 LEC* en su versión previa a la Ley 5/2019 (es decir, en la dada por la Ley 1/2013, que exigía el impago de al menos tres cuotas), y si esto además se ha hecho de manera *justificada*, en función de los tres elementos de la cit. sentencia *Aziz*: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del préstamo, y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia (ver FJ 7.2). De este modo, la STS 463/2019 reproduce en este punto lo ya manifestado en las SSTS 705/2015 y 79/2016. Pero sucede que, a nuestro juicio, lo primero que parece afirmarse y el auto del TJUE que se invoca resultan contradictorios con la conclusión a la que se llega, porque, o bien se analiza el tenor de la cláusula, con independencia de cómo se aplique, y se está por un *control abstracto* de la abusividad (como hace el TJUE en su cit. auto de 2005, o en la sentencia *Banco Primus*, entre otras: ver *supra* n. 5 y 9), o bien se está por un control basado en el *ejercicio concreto* que se haya hecho de la facultad recogida en la cláusula, como sin duda se sitúa el TS.

En efecto, para el TS, el control de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado no ha de detenerse en cómo esté predispuesta, sino que, si por su tenor merece ser calificada de abusiva (porque permita al acreedor declarar tal vencimiento ante cualquier impago), el juez podrá atender a cómo dicha cláusula haya sido aplicada en la práctica. Si resulta que su ejercicio se ha adecuado a lo que se acaba de exponer, de forma que se ha declarado el vencimiento anticipado cuando el deudor no solo ha impagado tres cuotas sino que ha incurrido en un incumplimiento suficientemente grave atendiendo a la duración y cuantía del préstamo, entonces, no es tanto que el órgano

judicial pueda reputar tal cláusula como válida, cuanto que se le permite remediar la nulidad que se derivaría de estimar su abusividad, *sustituyendo* el contenido de la cláusula abusiva por una determinada aplicación del art. 693.2 LEC en su versión dada por la Ley 1/2013, interpretado de conformidad con su propia jurisprudencia y con las resoluciones del TJUE de 2019 (que hemos visto supra). A esto se refiere el TS en su FJ 8.9, es decir, no en el FJ 7, relativo a cuándo debe considerarse abusiva una cláusula de vencimiento anticipado, sino en el FJ 8, dedicado a las consecuencias que deben seguir a la declaración de abusividad y a cómo se acoge la doctrina reciente del TJUE sobre la materia.

17. Así, la interpretación del art. 693.2 LEC a que alude el TS es el resultado de integrar la jurisprudencia propia (de las ya cit. SSTS 705/2015 y 79/2016) con la doctrina del TJUE tanto de su sentencia *Aziz* como de la sentencia de 26 de marzo y los autos del 3 de julio de 2019. Y en este sentido, en el FJ 8.10, se asienta el criterio de que los órganos judiciales podrán entender que el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado ha sido *justificado y proporcionado*, siempre que, en el caso concreto, el acreedor haya esperado para declarar tal vencimiento a que el consumidor haya llegado al grado de incumplimiento señalado en el art. 24 LCCI. Según esta norma, se producirá el vencimiento anticipado de los préstamos recogidos en su ámbito de aplicación, cuando el deudor se encuentre en mora respecto del pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo que sea equivalente a un 3% del capital concedido o a 12 cuotas mensuales, si la mora tiene lugar dentro de la primera mitad de la duración del préstamo; o bien al 7% del capital o a 15 mensualidades, si se produce en la segunda mitad. Por tanto, si el vencimiento se declara una vez alcanzados estos parámetros de impago, aunque la cláusula esté redactada en términos que la harían abusiva, se salvará la vigencia del préstamo, al entender que tal cláusula se sustituye por esta concreta aplicación del art. 693.2 LEC¹⁶.

Nótese que el TS acude al art. 693.2 LEC en su versión dada por la Ley 1/2013 como norma que se aplica en sustitución de la cláusula abusiva, y no directamente al art. 24 LCCI (ni tampoco al art. 693.2 en su versión dada por la LCCI, que remite al art. 24 de esta Ley), aunque se empleen los parámetros de incumplimiento de este precepto para medir lo razonable del ejercicio de la facultad regulada en tal cláusula; se quiere así que el art. 24 LCCI se tome como “un elemento orientativo de primer orden”, según se

¹⁶ Como afirma LOZANO GAGO (ob. cit., p. 8): “Una vez más se vuelve a partir de la aplicación concreta de una cláusula en función de los meses impagados para determinar los efectos de una cláusula abusiva, lo cual no parece del todo conforme con la Jurisprudencia reiterada al respecto del TJUE”.

señala en la sentencia¹⁷. Lo cual es una explicación algo engañosa, ya que, al tratarse de un criterio muy objetivo, apenas deja margen de valoración al juez que esté examinando cómo se ha llevado a la práctica la cláusula referida. Pero entendemos que el TS ha optado por esta solución puesto que la Disposición transitoria primera de la LCCI dispone que *“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”*. Por tanto, la LCCI impide la aplicación directa de su art. 24 a los contratos a que nos referimos, que son aquellos que cuentan con una cláusula de vencimiento anticipado que se ha ejercitado antes del inicio de la vigencia de dicha ley (el 16 de junio de 2019) y que ha motivado una ejecución hipotecaria en la que se ha apreciado -o se va a controlar- la abusividad de tal cláusula.

Por otra parte, la consideración anterior también permite despejar otra duda que puede surgir, y es si, cuando el TS declara que el juez podrá “comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019” (FJ 8.10), se está refiriendo únicamente a los citados parámetros de incumplimiento, o si alude también a los demás requisitos de este precepto. Para nosotros es claro que únicamente se refiere a lo primero, no solo porque así se expresa en el tenor de las pautas señaladas a continuación (en el FJ 8.11)¹⁸, sino también y sobre todo porque, como decimos, la ley establece de manera directa y específica (en su DT 1ª.4) que no se aplique dicha norma a los casos de que tratamos. Singularmente, entendemos que no cabe exigir en estos supuestos que se haya cumplido con el requisito mencionado en la letra c) del art. 24.1 LCCI, que pide: *“Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo”*. Podría considerarse que, si el acreedor ha observado este requisito, estaría dando cumplimiento al tercero de los elementos que la sentencia Aziz (ap. 73) requiere para dar por válida una cláusula de vencimiento anticipado, esto es, que el consumidor cuente con algún remedio legal para evitar las consecuencias de tal vencimiento, y así sucedería sin duda; pero, si el prestamista ha declarado vencido el préstamo antes de la entrada en vigor de la LCCI,

¹⁷ Los términos literales de la sentencia en esto son (FJ 8.10): “Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (*OTP Bank Nyrt*) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda)”.

¹⁸ Así, en estas pautas se señala: en la pauta b., que “el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos”; y en la pauta c., que “el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI”.

es difícil imaginar que haya cumplido con una obligación nueva, incorporada en esta ley, y que no le puede ser exigida (más aún por mandato de la DT 1ª.4). Por ello, pensamos que en las ejecuciones hipotecarias abiertas en estos casos solo puede exigirse el requerimiento de pago regulado en el art. 686 LEC; y que el mencionado remedio para evitar los efectos del vencimiento anticipado se verifica con la posibilidad de enervación recogida en el art. 693.3 LEC.

2. Análisis de los requisitos para que proceda la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición legal

18. Como bien sabemos, para que tenga aplicación la solución permitida en las resoluciones del TJUE de 2019, según las cuales el juez nacional podrá *sustituir* la cláusula que se repute abusiva por la disposición legal que inspiró dicha cláusula y que esté vigente al sustanciarse el proceso (el llamado resultado C), se hace preciso que el tribunal compruebe que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no puede subsistir si se suprime la citada cláusula (requisito A) y que la anulación del contrato en su conjunto expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (requisito B); así se señala especialmente en el ap. 64 de la sentencia del 26 de marzo. Pues bien, la STS 463/2019 analiza si concurren ambos requisitos, con carácter general en todos los préstamos hipotecarios, y lo resuelve de forma afirmativa en los dos casos.

Así, si en sus sentencias 705/2015 y 79/2016 el TS no se pronunció expresamente sobre si los contratos de préstamo hipotecario pueden pervivir una vez eliminada la cláusula de vencimiento anticipado, sino que solo pareció dar a entender que esto no era posible, en cambio, en la STS 463/2019 se manifiesta al respecto de forma clara y extensa (en los n. 1-9 del FJ 8). Como se aconseja en la sentencia *Abanca* (ap. 60), el TS parte de lo establecido en la STJUE de 15 de marzo de 2012 (as. C-453/10, *Perenicová y Perenic*, ap. 32), en la que se aboga por adoptar un *enfoque objetivo* del estudio de la viabilidad del contrato sin la cláusula abusiva. Esta resolución sigue las conclusiones de la Abogada General en el asunto, y en particular su ap. 68, donde se declara que lo relevante no ha de ser tanto “la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo”, cuanto “la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato”. Esto último podría negarse si, declarada la abusividad de la cláusula, “hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de

ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas”.

El TS entiende que lo anterior es lo que sucede cuando se anula una cláusula de vencimiento anticipado en un préstamo hipotecario de larga duración: aunque no desaparece del todo la facultad de instar la ejecución sobre el bien que actúa de garantía, sí se restringe de manera importante, hasta el punto de que cabe pensar que se ha desnaturalizado o ha perdido en gran parte su sentido la garantía hipotecaria. Y como el TS considera que el préstamo hipotecario es un *negocio jurídico unitario o complejo*, con dos facetas distintas: el préstamo (contrato) y la garantía (derecho real), de modo que ni se trata solo de un contrato sin más -ya que este se subsume en un derecho real de hipoteca- ni este derecho real tiene sentido desligado de la obligación a la que garantiza (ver la doctrina de las recientes SSSTS 46/2019 , 47/2019 , 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero), ocurre que la seria limitación en el modo de hacer efectiva la garantía -que supondría suprimir la facultad de vencimiento anticipado- afecta a un elemento esencial de este negocio complejo que es el préstamo hipotecario. Lo cual lleva al Alto Tribunal a afirmar que “no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa”¹⁹.

Estamos de acuerdo con la valoración que realiza el TS. Bien es cierto que, cuando un préstamo se ha garantizado con hipoteca, aun prescindiendo del vencimiento anticipado (del art. 693.2 LEC), el acreedor siempre podrá acudir al art. 693.1 LEC e instar una ejecución hipotecaria -para actuar sobre la garantía- con la que reclame únicamente los plazos impagados hasta el momento de presentar la demanda y aquellos que vayan venciendo durante el transcurso del proceso (según el art. 578 LEC), y esto cuando medie un incumplimiento del deudor que la ley considere suficiente (y que la Ley 1/2013 cifró en un mínimo de tres cuotas). Al igual que la entidad prestamista podrá presentar una demanda de ejecución ordinaria por lo que efectivamente se le deba, al disponer de un título ejecutivo del art. 517.2.4^a LEC, donde haga valer la preferencia derivada de su derecho real de hipoteca. O podrá esperar a que venzan todos los plazos del préstamo, para reclamar mediante una ejecución, ordinaria o hipotecaria, la totalidad de lo adeudado (siempre más intereses moratorios y costas). De manera que, en efecto, la garantía hipotecaria no se pierde del todo en caso de que se elimine la cláusula de

¹⁹ Y añade: “Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario” (FJ 8.8).

vencimiento anticipado; pero sin duda su virtualidad quedaría muy mermada, y las posibilidades recién mencionadas resultan muy insatisfactorias para las entidades prestamistas. Por ello, coincidimos con el TS cuando concluye que “el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas”, y estima que estaríamos, pues, ante el supuesto referido en el as. *Perenicova*, “en que procedería la nulidad total del contrato” (FJ 8.9).

19. Sentado así que *la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado conllevaría la nulidad de todo el contrato* de préstamo hipotecario, el TS entiende que la nulidad del contrato *expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales*, por lo que, a su juicio, también se cumple la segunda condición para que pueda sustituirse la cláusula reputada abusiva por una disposición legal que resulte aplicable. Con respecto a este segundo requisito, el TS da por hecha su concurrencia y se limita a recordar cuáles serían esas consecuencias desfavorables, citando su jurisprudencia anterior sobre las mismas: “la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero- y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC -sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio-, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo” (FJ 8.9).

Y si entendemos que la primera condición se cumple en los términos empleados por el TS, como hemos apuntado (en el n. anterior), al considerar que la cláusula de vencimiento anticipado realmente afecta a un elemento esencial del negocio en el que se enmarca, y sin ella estos negocios ni se celebran en la práctica ni se celebrarían en hipótesis (a diferencia de lo que ocurre con otras cláusulas controvertidas, como la cláusula suelo, o la de intereses moratorios...); sin embargo, con relación al segundo requisito, vemos conveniente hacer algunas matizaciones, para lo que seguiremos el orden en el que dichas consecuencias desfavorables para el consumidor aparecen mencionadas en la sentencia del TS.

1ª) Parece claro que, si se anula un contrato de préstamo hipotecario y debe retornarse a la situación previa al negocio realizado, el consumidor prestatario tendrá que devolver a la entidad prestamista todo el capital que le haya prestado, pero solo el principal, descontando las sumas ya pagadas. Y ocurre que, si nos encontramos en una ejecución hipotecaria en la que se reclama el vencimiento anticipado (en virtud del art. 693.2 LEC), con ella lo que pretende el acreedor es precisamente que se le satisfaga - mediante la realización forzosa del bien objeto de garantía- toda la obligación que aún

resta por cumplir al deudor, sin derecho a los plazos acordados, pero tanto el principal como los intereses remuneratorios del préstamo, más los intereses moratorios y las costas; por tanto, la consecuencia que se considera perjudicial para el deudor y efecto de la anulación del contrato -y que parece que habría que evitar- puede entenderse incluida en lo que se persigue con la subsistencia del contrato y la continuación de la ejecución emprendida y, además, en una cuantía mayor a favor de la entidad prestamista.

2ª) Es cierto que la ley prevé una serie de ventajas presentes en la ejecución hipotecaria y que no entran en juego en la ejecución ordinaria, como son las derivadas de los arts. 682.2.1ª, 693.3 y 579 LEC, según indica el TS en las referidas sentencias 705/2015 y 79/2016 (y examinamos supra n. 6). Ahora bien, sobre estas ventajas vemos lo que sigue.

a) En cuanto a la primera, que lleva a que la tasación del bien -que actúa como precio de salida en la subasta- no descienda de una determinada valoración (ver art. 682.2.1ª LEC), cabe entender que *beneficia a ambas partes*, pues cuanto más alto sea el precio de la venta forzosa, más cantidad de deuda quedará cumplida para el deudor, pero también más cantidad de crédito verá satisfecho el acreedor.

b) Pensamos que la segunda ventaja citada (ver art. 693.3 LEC) sí representa una solución claramente beneficiosa para el consumidor, pues si se le permite enervar la ejecución hipotecaria dirigida contra él por el total adeudado, consignando únicamente la cantidad relativa a los plazos impagados, con ello lograría detener la ejecución, conservar el bien y mantener la vigencia del contrato, todo lo cual sin duda le beneficia. Sin embargo, es de notar que *el alcance de esta medida es limitado*: primero, porque, solo cuando el bien hipotecado sea su vivienda habitual, podrá el consumidor ejercitar tal facultad sin necesidad de que el acreedor previamente se lo ofrezca; segundo, porque, aun en tales casos, existe una limitación temporal, de forma que el deudor puede acudir a este remedio cada tres años (desde la liberación del bien y hasta un nuevo requerimiento de pago); y, tercero, porque (como señalaba el Abogado General en sus conclusiones relativas a la sentencia *Abanca*, n. 127-133), esta posibilidad supone una ventaja exclusivamente para los consumidores que disponen de medios económicos para poder afrontar la referida consignación.

c) Y sobre la ventaja que encierra el art. 579 LEC, tiene también una *aplicación limitada* y además opera en un escenario muy perjudicial de por sí para el consumidor, puesto que la rebaja en la responsabilidad que contempla solo se establece para cuando el bien hipotecado sea igualmente la vivienda habitual del deudor, y a pesar de que esta se ha adjudicado en pago al acreedor, no ha sido suficiente para satisfacer su crédito, de modo que continuará con su reclamación a través de una ejecución ordinaria.

3ª) Por último, el TS argumenta que la anulación del contrato de préstamo hipotecario también supondría como consecuencia desfavorable para el consumidor que se vería expuesto a la ejecución de una eventual sentencia de condena, dictada en un proceso declarativo en el que se haya ejercitado la acción de resolución del contrato del art. 1124 CC, puesto que el propio TS ha declarado, en la sentencia de Pleno de 2018 que cita, que tal clase de acciones tienen cabida en los contratos de préstamo hipotecario, lo cual había sido puesto en duda. El TS considera que padecer dicho proceso declarativo seguido de un proceso de ejecución ordinaria, en el que no se apliquen las ventajas que conlleva la ejecución hipotecaria, sería un riesgo para el consumidor, que habría que conjurar. Sobre este punto, nosotros entendemos que el resultado que quiere evitarse resulta gravoso no solo para el consumidor, sino también y quizá principalmente para el acreedor que se ve abocado a instar dichos procesos, el primero de ellos con una posible segunda instancia, lo que conduce a alargar mucho en el tiempo la hipotética satisfacción de su crédito.

Por lo anterior, nos parece más atinada la visión del AAP de Guipúzcoa de 27 de junio de 2019 (ya cit. supra n. 13), cuando, acerca de la resolución del contrato, señala que se trata de “una opción a la que puede acudir o no el banco prestamista, sin que pueda afirmarse a priori que ello va a exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, porque, ni se puede anticipar que la demanda del banco prestamista vaya a ser estimada (deberá valorarse si el incumplimiento del prestatario puede calificarse como esencial y, como tal, justificativo de la resolución pretendida), ni puede concluirse que sea más beneficioso para el prestatario que continúe la ejecución ya iniciada con el riesgo cierto de perder en un futuro inmediato la finca hipotecada o disfrutar de la misma durante un plazo más prolongado (duración del nuevo proceso declarativo y posterior ejecución) y verse privado de unos privilegios procesales (posibilidad de que el deudor libere el bien hipotecado antes del cierre de la subasta mediante la consignación de la cantidad debida y posibilidad de obtener una reducción parcial de la deuda) de los que no ha hecho uso hasta el momento presente”.

En conclusión, sobre las consecuencias desfavorables que se derivarían de la anulación del contrato de préstamo hipotecario, y cuya prevención vendría a justificar que se prosiguiese con la ejecución hipotecaria iniciada, vemos que: “la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo” no se elimina con la continuación de esta ejecución sino que -al contrario- es un resultado que se busca con ella; “el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato” es, en realidad, un efecto gravoso para ambas partes y en especial para el acreedor; y acerca de “la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria”, pensamos que ni son tantas ni tan intensas como para sostener que el cierre de la

ejecución hipotecaria y el quedar abierto a una ejecución ordinaria suponen una situación *especialmente perjudicial para el consumidor*. Francamente, nos parece que este resultado a quien siempre perjudicará es a la entidad prestamista, la cual tendrá que conformarse con iniciar una nueva demanda de ejecución -ordinaria o hipotecaria- pero solo por la parte adeudada hasta la fecha; o, si quiere reclamar el total de la obligación, tendrá que esperar a que se produzca su vencimiento completo, o buscar el título ejecutivo judicial consistente en la sentencia de condena referida, opciones ambas que pueden dilatarse mucho en el tiempo. Siendo así, el acreedor puede quedar en una situación muy desfavorable, que puede ser lesiva del equilibrio entre las partes, y que por tanto habría que procurar evitar. Pero no se afirme que se busca favorecer al consumidor si en realidad se pretende proteger a las entidades prestamistas; no es este último un objetivo vergonzoso, que haya que camuflar, sino más bien algo necesario, en su justa medida, si quiere tutelarse la concesión de créditos a medio o largo plazo, como resulta vital para la economía de un país.

20. En cualquier caso, para el TS está claro que la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado conlleva no solo su nulidad sino también la del contrato donde se inserta (requisito A de la sentencia *Abanca*), y que esta nulidad arrastraría al consumidor a una situación particularmente gravosa (requisito B), por lo que establece que el juez que aprecie tal abusividad podrá *sustituir la cláusula afectada* por cierta aplicación del art. 693.2 LEC en su redacción otorgada por la Ley 1/2013 (resultado C). Como hemos adelantado (supra n. 17), esta norma no se aplicará en su literalidad sino según una *interpretación conjunta* de la jurisprudencia propia del TS (derivada de las sentencias 705/2015 y 79/2016) y de la doctrina contenida en las resoluciones del TJUE de 26 de marzo y de 3 de julio de 2019; interpretación que lleva al TS a determinar que procederá dicha *sustitución* cuando el acreedor haya ejercitado la cláusula en cuestión, en el caso concreto, habiendo mediado un incumplimiento del deudor que revista la gravedad señalada en el art. 24 LCCI (FJ 8.9 y 8.10).

Para llevar a término la sustitución propuesta, el TS adopta una serie de “pautas u orientaciones jurisprudenciales” (recogidas en el FJ 8.11) a fin de que sean aplicadas en los procesos de ejecución hipotecaria que están en curso (y que se encontraban a la espera de esta resolución), “en los que todavía no se haya producido la entrega de la posesión al adquirente”, dice la sentencia.

Estas pautas se establecen sin previa solicitud de parte y van más allá del objeto de los recursos extraordinarios que se resuelven por medio de la presente resolución²⁰. Se

²⁰ Señala ADÁN DOMÉNECH (ob. cit., p. 3) que “los razonamientos contenidos en la resolución sirven para dar respuesta a los interrogantes planteados respecto de un proceso declarativo, pero

apoyan en lo dispuesto en las recientes SSTJUE de 7 de agosto de 2018 (as. C-96/16 y C-94/17, *Banco Santander y Escobedo Cortés*, ap. 68) y de 14 de marzo de 2019 (as. C-118/17, *Dunai*, ap. 63), que facultan a los tribunales superiores de un Estado para que, dentro del respeto a la Directiva 93/13, elaboren determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales (FJ 8.2). Por tanto, en principio no serían doctrina jurisprudencial en sentido estricto hasta que no sean asumidas por más de una sentencia del Alto Tribunal en sentido coincidente y como fundamento de sus decisiones. Pero no cabe duda de su enorme valor orientativo de las próximas resoluciones de los órganos judiciales de primera y de segunda instancia, los cuales mantenían criterios diversos entre sí y contrarios, mayoritariamente, a lo que ahora se dispone (como puede comprobarse supra n. 13). Así, en el ámbito de las AAPP van dictándose acuerdos de unificación de criterios para asumir o concretar -en mayor o menor medida- las pautas que el TS ha establecido en su sentencia²¹.

Cinco son las pautas del TS, con las letras **a.** a **e.**; de las cuales las tres primeras tienen aplicación, en efecto, en las ejecuciones hipotecarias aún abiertas, en tanto que las dos últimas se orientan a la posible apertura de nuevos procesos de ejecución una vez que se han cerrado los anteriores.

3. Orientaciones jurisprudenciales relativas a las ejecuciones abiertas: interrogantes que plantean

21. Comencemos analizando las tres primeras pautas, cuyo tenor reproducimos de seguido para facilitar la comprensión de lo que se expone: “**a.** Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite. **b.** Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos. **c.** Los procesos

obiter dictum, el Tribunal Supremo hace extensibles los razonamientos contenidos en la sentencia a los procesos de ejecución hipotecaria”.

²¹ Hasta la fecha, nos constan los siguientes acuerdos: la Junta de magistrados de la AP de Madrid (secciones civiles y mercantil), entre los acuerdos de unificación de criterios que adoptó el pasado 19 de septiembre, incluyó varios sobre aspectos dudosos derivados de las orientaciones jurisprudenciales de la STS 463/2019; por su parte, los presidentes de las secciones civiles de la AP de Barcelona decidieron por unanimidad, el 20 de septiembre, asumir de forma literal y sin más concreciones, como acuerdos de unificación de criterios, las cinco pautas señaladas por el TS en su sentencia; en cambio, la AP de Murcia, en su Pleno no jurisdiccional del pasado 9 de octubre, aprobó diferentes acuerdos sobre cuestiones varias necesitadas de concreción, todas “en relación con los procedimientos de ejecución hipotecaria anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019”.

referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación”.

A nuestro juicio, el tenor de estas pautas ofrece algunas dudas y omite algunas explicaciones. En primer lugar, según su tenor literal, cabría la duda sobre qué debe ser anterior a la vigencia de la Ley 1/2013, si la declaración del vencimiento anticipado del contrato por parte del acreedor o el comienzo del proceso para hacer efectivo tal vencimiento, y pensamos que el TS se refiere a la fecha de inicio del proceso, pues es la que determina qué normas procesales serán aplicables (en virtud del art. 2 LEC) y en particular qué versión estará vigente del art. 693.2 LEC.

-- Así, si el proceso ha comenzado antes de que esté en vigor la versión de este artículo dada por la Ley 1/2013, no se dispondrá de una norma vigente a la que acudir a fin de sustituir la cláusula que se repute abusiva por la aplicación -y una concreta interpretación- de dicho precepto; y esto es lo que sucede en los casos de la letra **a.**, razón por la cual, aunque no se explicita, los procesos *deberían ser sobreseídos sin más trámites*.

-- En cambio, cuando la ejecución hipotecaria se haya iniciado estando vigente el art. 693.2 LEC en su versión dada por la citada Ley 1/2013, el juez tendrá una norma en vigor que puede aplicar de forma supletoria en lugar de la cláusula abusiva, pero entonces deberá atender a cuándo el acreedor ejercitó la facultad de dar por vencido todo el préstamo de forma anticipada, es decir, a si lo hizo ante un incumplimiento del deudor suficientemente grave, midiendo este extremo conforme a los parámetros señalados en el art. 24 LCCI (y que ya hemos referido), o bien si lo hizo sin que el deudor hubiera alcanzado un incumplimiento así. En caso de que ocurriera esto último, los procesos *deberían ser igualmente sobreseídos*, como indica la letra **b.**, pues, aunque exista una norma que podría emplearse de forma supletoria, no se ha aplicado según la interpretación que el TS requiere (en su FJ 8.10) para que proceda la sustitución de la cláusula abusiva.

-- Sin embargo, si el acreedor declaró el vencimiento anticipado habiendo alcanzado el deudor el volumen de impago indicado, en tales casos, previstos en la letra **c.**, los procesos *podrán continuar su tramitación*, pues se entenderá que cabe suplir la cláusula abusiva por la aplicación e interpretación del art. 693.2 LEC exigidas por el TS.

Como se aprecia, el resultado del proceso de ejecución en el que se estime la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado será distinto -el sobreseimiento o la continuación- según cuál haya sido la fecha de inicio de aquel y, en algunos supuestos, según cuándo haya ejercitado el acreedor en el caso concreto la facultad regulada por tal cláusula. En este sentido, las pautas tampoco dejan claro cuál es el *momento para “medir”* si en dicho ejercicio el acreedor ha esperado o no al grado de

incumplimiento que se requiere, esto es, si debe atenderse a la fecha en que aquel haya declarado el vencimiento anticipado del préstamo y se lo haya comunicado al deudor, o si el momento de referencia será al formular la demanda ejecutiva, en la que se supone que habrá de concretar las cuotas impagadas hasta ese momento, a pesar de que reclame el total del préstamo adeudado. Nos inclinamos por lo primero, ya que desde el punto de vista contractual el vencimiento anticipado tendrá efectos desde el momento en que se declare por el acreedor y se comunique de forma efectiva al deudor, por lo que la fecha relevante habría de ser aquella en que se produzca esta comunicación, siempre que quede debidamente acreditada. Y en este sentido, favorable a fijarse en la fecha en que el prestamista ha declarado el vencimiento anticipado, se han pronunciado los Acuerdos de algunas AAPP²²; pero pensamos que sería muy conveniente que el propio TS sentara un criterio claro al respecto.

22. Antes de pasar a las dos últimas pautas, hemos de referirnos a otro punto dudoso relativo a las pautas anteriores y es que no queda claro hasta qué momento preciso podrán aplicarse, pues como hemos adelantado se establecen para “los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente”. Por tanto y como es lógico, la decisión de *sobreseer* la ejecución, o de que esta *prosiga*, deberá adoptarse en el marco de una ejecución abierta y viva, pues si el proceso ha terminado de forma definitiva no tendrá cabida una decisión así. El problema es que el límite temporal para adoptar estas resoluciones viene fijado por la *entrega de la posesión* al adquirente, y no se especifica cuándo debe entenderse producida esta entrega de la posesión: si al recibir el testimonio del decreto de adjudicación, al que se refiere el art. 673 LEC y con el que se permite la inscripción registral del nuevo titular, o solo cuando el adquirente haya tomado posesión efectiva y material del inmueble, si es preciso mediante la intervención del tribunal y el lanzamiento regulados en el art. 675 LEC.

Es cierto que algunas leyes recientes aluden de forma expresa a este último precepto cuando quieren fijar el ámbito al que extender su régimen transitorio: así, pe., la DT 4^a.2 de la Ley 1/2013, o la DT 3^a.4 de la Ley 5/2019, indican que lo dispuesto en ellas “se aplicará a todo procedimiento ejecutivo que no haya culminado con la puesta en

²² En la Junta de magistrados de la AP de Madrid (secciones civiles y mercantil) del 19 de septiembre de 2019, “se establece por unanimidad que para valorar la gravedad del incumplimiento, debe estarse al momento en el que el Banco declara el vencimiento” [acuerdo 10^o, a)]. Y en la misma línea se expresa el Pleno no jurisdiccional civil de la AP de Murcia, de 9 de octubre de 2019 [acuerdo 7, a)]: “El control del alcance del incumplimiento en los procedimientos cuyos préstamos fueron vencidos después de la entrada en vigor de la ley 1/2013 en relación con el artículo 24 LCCI debe de realizarse sobre el *número de cuotas del préstamo hipotecario que el deudor hubiera impagado a la fecha en la que la entidad de crédito aplicó la cláusula de vencimiento anticipado* declarada nula, esto es, a la fecha del cierre de la cuenta y no a las cuotas que pudieran ser debidas a la fecha de presentación de la demanda o cuando se lleve a cabo el control de oficio o a instancia de parte por el juez” (lo resaltado está en el original).

posesión del inmueble al adquirente conforme a lo previsto en el artículo 675 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Y quizá en esto mismo estaba pensando el TS cuando señaló tal límite para la aplicación de sus pautas, pero la realidad es que no vincula la entrega de la posesión con ningún precepto concreto. De hecho, en los acuerdos adoptados por algunas AAPP, unas -como la de Madrid- identifican dicha entrega “con el lanzamiento (entrega de llaves) y no con la fecha del testimonio del Decreto de adjudicación”; y otras -como la de Murcia- consideran que “debe equiparse al momento en que se dictó el auto o decreto de adjudicación de conformidad con lo previsto en el artículo 1462 CC y la STS 414/2015”.

El citado art. 1462 CC dispone que la cosa vendida se entenderá entregada cuando se ponga en poder y posesión del comprador, y si la venta se realiza mediante escritura pública, “*el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”. Pues bien, según la aludida STS 414/2015, de 14 de julio, cuando el bien se transmite a través de una realización forzosa, no se requiere la mencionada escritura pública y el bien se considerará entregado a partir del testimonio del decreto de adjudicación (del LAJ); dice así: “En nuestro sistema se hacía coincidir la consumación de la venta de bienes inmuebles en subasta con el otorgamiento de la escritura pública, porque el otorgamiento de dicha escritura equivale a la entrega de la cosa, en virtud de la tradición instrumental a que se refiere el artículo 1462 del Código Civil (sentencia, entre otras, de 10 diciembre 1991), pero una vez sustituida la necesidad de otorgar escritura pública por el auto de adjudicación, y ahora por el testimonio del secretario judicial del decreto de adjudicación, que comprende la resolución por la que se aprueba el remate y se expresa que se ha consignado el precio (artículo 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre²³), éste será el momento en que debe entenderse producida la transmisión del bien de acuerdo con lo dispuesto en la legislación civil”. Y reitera lo dicho por esta sentencia la posterior STS 139/2017, de 1 de marzo.

Por tanto, desde el momento en que el adquirente de un bien hipotecado y realizado recibe el testimonio del decreto del LAJ que se lo adjudica, se entenderá que se ha

²³ El art. 674 LEC según la reforma de la Ley 13/2009, al que se refiere esta sentencia, pasó a ser el art. 673 LEC, a raíz de la reforma de la Ley 19/2015, de 13 de julio. En su redacción actual, esta última norma señala que: “*Será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Letrado de la Administración de Justicia, del decreto de adjudicación, comprensivo de la resolución de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada, y en el que se exprese, en su caso, que se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias necesarias para la inscripción con arreglo a la legislación hipotecaria*”. Y el actual art. 674 LEC regula la posible cancelación de las cargas que pesan sobre el bien adquirido, y que el nuevo titular también podrá instar.

producido la *entrega* y en consecuencia la *transmisión* del bien, y esto conllevará que aquel ya podrá tanto *inscribir su titularidad* en el Registro, como solicitar la *cancelación de la hipoteca y de las cargas posteriores* (arts. 673 y 674 LEC, respectivamente). Si el piso no está ocupado y se le entregan las llaves sin problema, o estando ocupado se produce el desalojo voluntario de los ocupantes, el nuevo titular dispondrá de la posesión efectiva del inmueble de forma pacífica; y solo solicitará el auxilio del tribunal cuando no se le entreguen las llaves del piso desocupado, o precise del lanzamiento de los ocupantes, en los términos previstos en el art. 675 LEC. De suerte que no siempre se acudirá a este precepto, sino que la ejecución puede terminar sin tener que aplicarlo, por lo que no es preciso ligar ineludiblemente el final del proceso, y de las posibilidades de sobreseerlo debido a las pautas del TS (a. y b.), con que se lleve a efecto el lanzamiento de los ocupantes del inmueble adquirido²⁴.

Además, téngase en cuenta que algunos lanzamientos pueden encontrarse suspendidos en virtud del art. 1 de la Ley 1/2013, que decretó la suspensión de aquellos que afectasen a bienes hipotecados adjudicados en pago y que fueran la vivienda habitual del deudor, cuando este se hallase en los supuestos de especial vulnerabilidad y en las circunstancias económicas definidos en la misma norma; esta suspensión se extendía hasta siete años después de la entrada en vigor de tal ley, es decir, hasta el 20 de mayo de 2020. Por tanto, aún se demoraría más el final del proceso en estos casos, si este se anuda con la efectiva toma de posesión del inmueble por el adquirente; y cuanto más se retrase el final del proceso, más se amplían las posibilidades de que se sobresea. Si el sobreseimiento tiene lugar cuando ya se ha adjudicado el bien, incluso se ha cambiado su titularidad en el Registro y se han cancelado la hipoteca y las cargas posteriores, puede ser muy gravoso tener que “deshacer” estos cambios, procediendo a la cancelación de estas últimas anotaciones; todo lo cual no solo perjudica al ejecutante, también al adquirente cuando este sea un tercero y tenga que hacer valer que su adquisición ha sido de buena fe, a fin de que le proteja la fe pública registral²⁵.

²⁴ Así, PEITEADO MARISCAL, P. (<http://adarvecorporacion.com/la-transmision-de-la-posesion-del-inmueble-adquirido-en-un-proceso-de-ejecucion/>), para quien “es discutible que esa intervención judicial forme parte del proceso de ejecución. Más bien, lo que sucede es que el legislador tiene con el adquirente la deferencia de permitirle el ejercicio de la acción de lanzamiento ante un tribunal y en el seno de un proceso que no son los legalmente previstos. Esta deferencia, como es lógico, está sometida a una condición, y es que la acción se ejercite en el plazo de un año desde la adquisición, «transcurrido el cual la pretensión de desalojo sólo podrá hacerse valer en el juicio que corresponda». El proceso de ejecución puede cerrarse, pues, sin esta actuación, de manera que, si no forma parte necesaria de él, no puede ser la que determine su final” (fuente consultada por última vez el 15 de diciembre de 2019).

²⁵ CACHÓN CADENAS y SABATER SABATÉ se refieren a las distintas situaciones que pueden plantearse, y parten de que “la entrega de la posesión ha de interpretarse como entrega de la posesión material o efectiva del bien” (ob. cit., p. 9). Consideran que, si el sobreseimiento se acuerda una vez dictado el decreto de adjudicación, y esta se ha realizado e inscrito a favor de un

Para nosotros, es más acorde a la realidad de las cosas y menos entorpecedor entender que el final de la ejecución hipotecaria -y de la posibilidad de sobreseimiento a causa de las pautas del TS- se hallan ligados con el momento en que se considera que el bien hipotecado es *entregado y transmitido* al nuevo adquirente, sea este el acreedor ejecutante a quien se le adjudica en pago, sea un tercero que resulte el mejor postor en la subasta (o que lo compre a través de otro medio de realización forzosa); y tal momento se produce, como hemos dicho, *cuando el adquirente recibe el testimonio del decreto de adjudicación* del LAJ (art. 673 LEC). A partir de entonces, el nuevo titular tiene plena disponibilidad sobre el bien, lo puede inscribir a su nombre y, si es preciso, podrá pedir al tribunal que lo auxilie para tomar posesión material del mismo cuando esto no sea posible de forma pacífica; pero estas actuaciones, aunque cabe solicitarlas ante el mismo órgano que ha tramitado la ejecución hipotecaria, no son parte necesaria ni propia del proceso de ejecución, el cual habrá alcanzado su fin -de satisfacer al ejecutante- desde que se ponga a su disposición el precio que haya consignado un adquirente tercero, o bien el propio inmueble en caso de que se le adjudique en pago. Por todo ello entendemos que *la entrega de la posesión* que condiciona la aplicación de las pautas primeras del TS ha de referirse a la entrega en sentido jurídico o puesta a disposición del bien transmitido, sin que esto incluya necesariamente la adquisición material del inmueble.

4. Orientaciones jurisprudenciales sobre la apertura de nuevas ejecuciones: confusiones en torno al nuevo título ejecutivo

23. Por otra parte, en los casos en que el juzgador tenga que *sobreseer* el proceso de ejecución hipotecaria, ya porque no haya una norma vigente con la que suplir la cláusula abusiva (pauta **a.**), ya porque, existiendo tal norma, la facultad en ella regulada no se haya ejercitado según la interpretación requerida por el TS (pauta **b.**), el mismo TS permite que la entidad prestamista inste una *nueva ejecución*. Y lo hace en las pautas d. y e., cuyo tenor es el que sigue: “**d.** Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-

tercer adquirente, “el efecto inherente al sobreseimiento de la ejecución, que consiste en reintegrar al ejecutado a la situación anterior a la ejecución (art. 561.2 LEC), entra en conflicto en estos supuestos con las exigencias del principio de fe pública registral (art. 34 LH). En consecuencia, los efectos del sobreseimiento de la ejecución hipotecaria no podrán aplicarse forma inmediata o automática, sino que requerirán de un indispensable trámite procesal en el que se pueda dar audiencia al tercero adquirente que aparece como titular registral del bien”; y por ello, proponen que se abra un incidente para determinar si procede la cancelación o no de la inscripción practicada a favor del tercero adquirente (ob. cit., pp. 11-13).

486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de la ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo). e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019...²⁶.

Puede apreciarse que el TS (en su pauta d.) trata de salir al paso de dos posibles reproches, relacionados entre sí, respecto a las nuevas demandas ejecutivas que se posibilitan, sosteniendo que estas pretensiones ni chocan con la eficacia de cosa juzgada de los autos de sobreseimiento de las primeras ejecuciones, de los que se afirma que no producen tal eficacia, ni son contrarias al art. 552.3 LEC, que, como sabemos (ver supra n. 14), impide que, una vez cerrada la ejecución que se basa en un concreto título, pueda abrirse una nueva con apoyo en idéntico fundamento. Y la razón que aduce para ambas cosas es la misma, y es que las nuevas ejecuciones hipotecarias tendrán un fundamento distinto: “la aplicación de disposiciones legales”, y en particular “las contenidas en la Ley de Crédito Inmobiliario” (añade en la pauta e). Este planteamiento del TS merece una serie de consideraciones.

24. En primer lugar, el TS alude a la ausencia de cosa juzgada de los autos de sobreseimiento de las ejecuciones en las que se estime que la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva y no puede suplirse. Estas resoluciones han podido dictarse, bien como resultado del control de oficio de posibles cláusulas abusivas, que se ordena en el art. 552 LEC y es aplicable en las ejecuciones hipotecarias en virtud del art. 681.1 LEC, o bien al resolver un incidente de oposición donde el ejecutado haya alegado la abusividad de tal cláusula (art. 695.1.4.ª LEC). En estos casos, dado que la cláusula que se reputa abusiva ha fundamentado la demanda ejecutiva y afecta a un elemento esencial -no separable- del resto del contrato de préstamo hipotecario en el que se

²⁶ Esta pauta concluye con dos razones que se añaden para justificar tal entendimiento. La primera: “El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa”. Y la segunda: “La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma”. Respecto a la primera razón, ya hemos dicho nuestra opinión sobre el carácter del art. 693.2 LEC (supra n. 7). Y en cuanto a la segunda, nos parece que lo esgrimido por el TS no justifica que haga una interpretación de dicha disposición transitoria que contradiga su tenor literal, como diremos enseguida en el texto principal.

incluye, se decretará el sobreseimiento de la ejecución (arts. 552.1, II y 561.1.3.^a , y 695.3, II LEC), que conllevará el alzamiento de las medidas ejecutivas que se hubieran adoptado en su caso y la reintegración al ejecutado en la situación previa al despacho, si este se hubiera producido (arts. 561.2 y 681.1 LEC). Frente a estos autos, la ley prevé recurso de apelación (arts. 552.2 y 695.4, I LEC); y una vez firmes, cabe preguntarse si tienen eficacia de cosa juzgada en sentido material, porque desde luego sí la tendrán en sentido formal, según el art. 207.3 LEC.

Para responder a esta cuestión, recordamos que tanto la eficacia negativa o excluyente de un segundo proceso con un objeto idéntico, como la eficacia positiva o prejudicial respecto de un nuevo proceso con objeto conexo, se predicán solo de las sentencias firmes de los procesos declarativos, en los apartados 1 y 4 del art. 222 LEC respectivamente. Con relación a los procesos de ejecución, la LEC señala, de un lado, que el auto que deniega el despacho, una vez firme, tiene como consecuencia que “*el acreedor sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente*” (art. 552.3), lo que supone una suerte de efecto negativo o excluyente de nuevos procesos de ejecución, al menos si se basan en el mismo título y se intentan entre las mismas partes. Pero también añade, de otro lado, sobre el alcance de las decisiones sobre motivos de fondo que impiden que prospere la ejecución -como ocurre con la estimación de una cláusula abusiva-, que dichos autos se dictarán “*a los solos efectos de la ejecución*”, según dispone el art. 561.1 respecto de los autos resolutorios de oposiciones por motivos de fondo, al que también se remite el art. 552.1, II para los autos que deniegan el despacho de oficio por concurrir cláusulas abusivas. Sin embargo, a pesar del tenor del cit. art. 561.1 LEC, el TS mantiene desde hace décadas una doctrina jurisprudencial (calificable de *contra legem* pues se opone claramente a este precepto), según la cual los autos que resuelven incidentes de oposición por motivos de fondo -y lo mismo cabe decir de los dictados al amparo del art. 552.1, II LEC- despliegan fuerza de cosa juzgada material. Así lo ha manifestado muchas veces, y de forma reciente, pe., en la 576/2018, de 17 de octubre, con cita de otra anterior, donde estima que opera la función negativa o excluyente en un proceso declarativo posterior respecto de la abusividad de una cláusula que pudo denunciarse -y no se hizo- en una ejecución precedente²⁷.

²⁷ En el FJ 3 de la STS 576/2018 se declara: “Este tribunal, en su sentencia 462/2014, de 24 de noviembre, ha considerado que el auto previsto en el art. 561 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que resuelve el incidente de oposición a la ejecución tiene efectos equivalentes a la cosa juzgada de las sentencias firmes respecto de las cuestiones susceptibles de ser planteadas en dicho proceso de ejecución. Y que en el caso de que, pudiendo haber sido planteadas en el incidente de oposición, por estar prevista como causa de oposición en el art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no lo fueran, precluye la posibilidad de que el ejecutado plantee la cuestión en un proceso declarativo posterior, dado el carácter de principio general de lo dispuesto en el apartado 2 del art.

Y dado que una segunda ejecución hipotecaria basada en el mismo título ejecutivo iría en contra, no solo del art. 552.3 LEC sino también de su doctrina jurisprudencial recién apuntada -sobre los autos del art. 561.1.3ª, extensible a los del art. 695.3, II ambos LEC-, el TS ahora (en sus pautas d. y e.) se ve necesitado de “buscar” un *título diferente* para estas *nuevas ejecuciones*.

25. En siguiente lugar: vemos que el TS permite que se planteen nuevas ejecuciones hipotecarias porque estas se basarán “en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16)”, de modo que su nuevo título ejecutivo será “la ley” (pauta d.), y en concreto los preceptos de la LCCL (pauta e.); pues bien, llama la atención este grueso error de concepto en el que incurre el TS, ya que “la ley” -a secas- no constituye ningún título ejecutivo en nuestro ordenamiento procesal.

Como es bien sabido, los títulos ejecutivos se prevén en nuestra LEC en su art. 517.2, norma que enumera el elenco de títulos judiciales y extrajudiciales con los que se permite instar el despacho de la ejecución; los primeros consisten en *resoluciones judiciales* -o laudos arbitrales o acuerdos de mediación, equiparados a las anteriores- y que contienen una obligación de dar, hacer o no hacer para los afectados (n.º 1.º a 3.º más el 8.º, que tiene una naturaleza peculiar), en tanto que los segundos son *documentos* que recogen acuerdos entre partes relativos a obligaciones dinerarias -que cumplan los requisitos del art. 520 LEC- y en cuya creación ha intervenido un fedatario público (n.º 4.º a 7.º). Después, en el último apartado (n.º 9.º) se señala de manera abierta que también serán títulos ejecutivos: “*Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución*”. De modo que solo la ley -y no los tribunales- podrá atribuir fuerza ejecutiva a la obligación que conste en uno de los dos soportes mencionados, bien una resolución procesal, bien un documento (o más bien un acuerdo documentado), pero en todo caso habrá de hacerlo de forma directa e inequívoca. Así sucede, pe., con los autos que recogen un allanamiento parcial, según el art. 21.2 LEC, o con las resoluciones relativas a la tasación de costas -pueden ser decretos del LAJ, si no resultan impugnados ante el juez-, según el art. 242.1 LEC; o, en cuanto a documentos, con el conocimiento de embarque, del que el art. 253 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, indica sin ambages que “*tendrá aparejada ejecución de la obligación de entrega de las mercancías entregadas al porteador para su transporte*”. Sin embargo,

400 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con su art. 222”. En este FJ se analiza que coinciden los tres elementos identificativos de la pretensión que se ejercita en el declarativo actual -sujetos, causa de pedir y petitum- y de la que pudo ejercitarse en el proceso de ejecución anterior, para entender que procede la función negativa o excluyente antedicha.

esto no es lo que ocurre con las disposiciones legales a las que se refiere el TS en sus pautas²⁸.

Ni siquiera es muy claro el TS a la hora de señalar qué disposiciones concretas de la LCCI serán las que se erijan en el nuevo título ejecutivo de las segundas ejecuciones; aunque en la pauta e. alude al art. 24 y a la Disposición transitoria primera de dicha ley, relacionada con tal precepto. Ahora bien, la simple lectura del art. 24 LCCI muestra que esta norma no configura legalmente ningún título ejecutivo, sino que viene a establecer una regla legal imperativa que determina cuándo se entenderán vencidos de forma anticipada los contratos de préstamo garantizados con hipoteca que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, y esto se producirá cuando se cumplan los tres requisitos que en ella se mencionan (la mora del deudor, el grado de incumplimiento de este ya referido, y el requerimiento de pago que se exige); pero nada hace pensar que en estos casos el título que sirva para instar la ejecución de tal vencimiento sea algo distinto de la escritura pública que contiene dichos contratos con su garantía (arts. 517.2.4.º y 682.2 LEC)²⁹.

Pero es que, además, la DT 1ª, que se refiere a los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI (el 16 de junio de 2019), establece expresamente en su ap. 4 con relación al art. 24 que: *“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”*. Por lo tanto, no es -como señala el TS en su pauta e.- que “pueda haber alguna discordancia” entre esta disposición transitoria y el entendimiento de que sea el art. 24 el que sirva de nuevo título ejecutivo, es, sencillamente, que dicha DT prohíbe o impide que se aplique tal norma a los contratos de los que tratamos, que son aquellos respecto de los que ya ha habido una ejecución hipotecaria, motivada por el ejercicio previo (y desde luego

²⁸ Así, CACHÓN CADENAS y SABATER SABATÉ (ob. cit., p. 7): “la ley es dueña y señora a la hora de determinar qué documentos, resoluciones o, en general, elementos de la realidad serán títulos ejecutivos, tendrán fuerza ejecutiva, pero lo que no puede hacer la ley es convertirse, por sí misma, en un título ejecutivo, al contrario de lo que parece sostener el TS”. O PEITEADO MARISCAL, P.: “Los títulos ejecutivos están tasados en el artículo 517 LEC, y, aunque en su número 9º contiene una cláusula abierta que permite que sus disposiciones sean ampliadas por otras normas, “la ley” está conceptualmente muy lejos de la categoría de instrumento jurídico que constituyen los títulos ejecutivos regulados en la LEC” (fuente consultada por última vez el 15 de diciembre de 2019: <http://adarvecorporacion.com/sobre-la-relacion-entre-el-modo-en-que-la-sala-primer-del-tribunal-supremo-interpreta-la-eficacia-de-cosa-juzgada-en-los-procesos-de-ejecucion-y-los-criterios-de-la-sts-2761-2019-de-11-de-septiembre/>).

²⁹ Como señala FERNÁNDEZ SEIJO: “Un contrato firmado en un documento privado en el que se incluyera una cláusula de vencimiento anticipado acorde con lo previsto en el art. 693 de la LEC [actual], o en el artículo 24 de la Ley 5/2019, no se convierte en un título ejecutivo por el incumplimiento de la previsión legal de incumplimiento” (ob. cit., p. 22); sino que la fuerza ejecutiva “la da el que el título se incluya en escritura pública debidamente intervenida” (ob. cit., p. 20).

anterior a la fecha señalada) de una cláusula de vencimiento anticipado que, por lo demás, se ha reputado abusiva³⁰.

En consecuencia, la propuesta que realiza el TS de emplear el art. 24 LCCI como título ejecutivo de las nuevas ejecuciones que quieran abrirse, a nuestro juicio, no solo carece de apoyo legal y se desmarca de la regulación y el concepto relativos a los títulos ejecutivos, también resulta manifiestamente contraria a un mandato muy determinado de una disposición legal, aunque esta sea de naturaleza transitoria.

26. Por añadidura, la solución que adopta el TS (en sus pautas d. y e.), aunque cite y se apoye en el ATJUE de 3 de julio de 2019 (as. C.486/16), es parcialmente distinta de lo que se indicaba en esta resolución. Pues recordamos que en este auto se permite una segunda ejecución que se fundamente, no en la cláusula reputada abusiva, “sino en la nueva redacción de la disposición legal que había inspirado esa cláusula” (ap. 49), en referencia al art. 693.2 LEC en su versión posterior a la firma del contrato (ap. 43 y 45), la de la Ley 1/2013, pues esta versión era la vigente -y por tanto resultaba aplicable- cuando comenzó el segundo proceso. Y se acude a la citada norma para *sustituir* con ella la cláusula abusiva, y de este modo poder *conservar la validez del contrato* de préstamo hipotecario, al eliminar de él su elemento inválido -la cláusula que se reputa abusiva- e integrar el vacío que deja con el precepto aplicable; desde el auto de 3 de julio y como añadido principal respecto de la sentencia de 26 de marzo, tal sustitución podrá hacerse incluso en un segundo proceso de ejecución hipotecaria, tras el archivo de otro anterior (ver supra n. 14 y esp. 15). En consecuencia, hay dos diferencias relevantes entre lo propuesto en este auto y las últimas pautas del TS, pues en estas: *ni se acude a una norma vigente y aplicable*, sino a un precepto cuya aplicación estaría vedada para los contratos con los que quiere emplearse; *ni se utiliza tal norma con el fin de conservar el contrato*, del que manifiestamente se quiere desligar, al señalar que la segunda ejecución se basará en la ley y no en el contrato. Pensamos que este empeño del TS obedece a que en párrafos anteriores ha insistido en que la nulidad de la cláusula -por abusiva- ha de conllevar la anulación de todo el contrato (como se ha visto supra n. 18), y estamos ante supuestos donde no ha sido posible sustituir la cláusula abusiva, lo que ha determinado que se sobresea el proceso; y como el propio TS viene dando eficacia de cosa juzgada material a las resoluciones firmes que aprecian cláusulas abusivas, parece que, una vez estimado que la cláusula en cuestión no debe producir

³⁰ “Es decir, el Tribunal Supremo pretende aplicar una norma a las ejecuciones hipotecarias suspendidas, la cual establece radicalmente lo contrario, al sostener su inaplicación a los procesos ya judicializados como son las ejecuciones hipotecarias suspendidas. Es por ello, que podríamos aventurarnos a afirmar que el contenido de la resolución del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019, es *contra legem*” (ADÁN DOMÉNECH, ob. cit., p. 3). O con palabras de MIÑANA LLORENS (ob. cit., p. 13), cabría “pensar que el TS está actuando más como legislador que como intérprete”.

efectos, si el contrato en el que se inserta no puede subsistir sin ella, no le queda más remedio que buscar un título enteramente distinto de dicho contrato.

A nuestro juicio, el planteamiento del TS no sólo difiere y va más allá del cit. ATJUE de 3 de julio, sobre todo nos parece contrario a la realidad, ya que, cuando se plantea una segunda ejecución hipotecaria en la que se reclama el total del préstamo pendiente de devolución -con sus intereses y las costas-, por supuesto que se está tomando como fundamento el contrato y el título ejecutivo no es otro que la escritura del préstamo hipotecario: ¿de dónde se deriva, si no, la obligación que se pretende ejecutar, sino de dicho contrato? ¿Acaso de un precepto que regula cómo se produce uno de los efectos de tal contrato, aunque sea el efecto que se quiere hacer valer, pero cuando esa norma no tiene voluntad alguna de constituir un título que se añada (o sustituya) al que ya existe y sobre el que opera, tratándose además de una norma que la ley que la contiene ha dispuesto que no se aplique a estos casos? Entendemos que sostener lo anterior es forzar en exceso las cosas. Más bien nos parece que, si se intenta una segunda ejecución por el mismo acreedor contra el mismo deudor, y para hacer efectiva la deuda garantizada con hipoteca aún pendiente, realmente se está ejecutando el contrato de préstamo hipotecario existente entre las partes, pero *modificado*: eliminando de él la cláusula abusiva e integrándolo con una disposición que se aplique de forma supletoria³¹. El problema es que el precepto al que se acude con esta finalidad sustitutoria -de la cláusula- e integradora -del contrato- no resulta legalmente aplicable, al menos *de lege lata*.

IV. REFLEXIONES FINALES

27. Adviértase que, con lo dispuesto en sus últimas pautas (d. y e.), el TS da un giro en la línea que ha venido caracterizando la jurisprudencia tanto europea como interna de los últimos años en materia de cláusulas de vencimiento anticipado, pues se abandonan los intentos de *integrar* -y así *salvar*, para poder *ejecutar*- los contratos de préstamo hipotecario que incorporan tales cláusulas cuando estas son abusivas.

Como hemos visto en los antecedentes jurisprudenciales de la STS 463/2019 : 1º) A partir de la sentencia *Kásler* de 2014, el TJUE empieza a contemplar excepciones a la prohibición genérica de integrar los contratos que adolecen de cláusulas abusivas, permitiendo que el juez sustituya una cláusula reputada abusiva -distinta a la del

³¹ En este sentido se expresan CACHÓN CADENAS y SABATER SABATÉ (ob. cit., p. 7): “Lo que ocurre es que el contenido de ambos títulos [el del primer proceso y el del segundo] es parcialmente distinto, porque en el segundo proceso una parte del título ejecutivo, es decir, la cláusula de vencimiento anticipado considerada abusiva, es sustituida por determinadas normas legales, que, de esta forma, pasan a integrar el título ejecutivo junto a la parte de la escritura de préstamo hipotecario que sigue siendo válida. Es esa diferencia parcial de contenido la que justifica que no se produzca la cosa juzgada a que se refiere el TS”.

vencimiento anticipado- con una norma genuinamente supletoria, que regulaba la cuestión sustantiva a la que se refería la cláusula, y ello con el fin de salvar la vigencia del contrato correspondiente, lo que claramente beneficiaba al consumidor afectado. 2º) Con apoyo en esta sentencia, nuestro TS desde 2015 acude al art. 693.2 LEC en su versión de 2013 para suplir la cláusula abusiva -ya de vencimiento anticipado- pero no toma como elemento de sustitución el tenor de esta norma (que ni era supletoria ni resultaba aplicable a los procesos en cuestión) sino que se sirve de un ejercicio razonable -y con proporción a la gravedad de lo adeudado- de la facultad regulada por la cláusula a que alude dicho precepto, y de este modo integra -ficticiamente- el contrato y permite que prosiga la ejecución hipotecaria derivada del mismo. 3º) El TJUE en su sentencia *Abanca* de 2019 acepta estas sustituciones, siempre que el juez constate que los contratos en cuestión no podrían subsistir sin tales cláusulas -y por ello estas deben suplirse- y que el archivo de la ejecución hipotecaria empeoraría la situación procesal del consumidor; y 4º) poco después (en el auto del as. C-486/16), amplía la posibilidad de integrar los contratos que contienen una cláusula de vencimiento anticipado abusiva, a través del mencionado precepto, a los casos en que se haya cerrado la primera ejecución y se haya abierto una nueva. Pues bien, así como el TS es coherente con esta trayectoria jurisprudencial en sus tres primeras pautas, en cambio, en las dos últimas cambia el planteamiento y ya no pretende ninguna *integración contractual*, sino que parece dejar de lado los contratos que incluyen cláusulas calificadas de abusivas y se inclina por fundar las nuevas ejecuciones en un título ejecutivo completamente distinto.

Hemos visto cómo la jurisprudencia del TJUE ha evolucionado en estos últimos años y ha ido ampliando las posibilidades de integrar judicialmente los contratos que contienen cláusulas que se estiman abusivas. La razón por la que el propio TJUE rechazaba tal integración era para evitar que se eliminase el efecto disuasorio del art. 7.1 de la Directiva 93/13: si se permitía que el juez supliera lo previsto en la cláusula reputada abusiva, se corría el riesgo de que se continuaran utilizando estas cláusulas por las empresas predisponentes para regular -aún con desequilibrio- la materia a que se referían. Sin embargo, debe reconocerse que, con nuestra regulación actual, este riesgo no concurre ya -y en consecuencia no hay que prevenirlo- respecto al vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, al tratarse de una materia que desde la vigencia de la LCCI estará excluida de la negociación de las partes (ver art. 24.2) y, por tanto, quedará fuera del control de abusividad.

28. Para terminar, podemos preguntarnos qué puede hacer un acreedor que ve cerrada la ejecución hipotecaria que ha instado en virtud de una cláusula de vencimiento anticipado, la cual se ha estimado abusiva y no ha podido suplirse por el art. 693.2 LEC en su versión de 2013, al no estar vigente esta norma cuando comenzó el proceso

(pauta a.) o, aun estando vigente, por cuanto se ha ejercitado la facultad referida en tal cláusula sin que el deudor haya alcanzado un incumplimiento suficientemente grave (pauta b.). Si descartamos acudir al art. 24 LCCI como título ejecutivo distinto y desligado del contrato de préstamo hipotecario en el que se inserta esa cláusula, como proponemos, hemos de pensar qué remedios le quedan al acreedor para hacer efectivo su crédito.

Para ello partimos de la base de que, pese al auto de sobreseimiento dictado, el contrato de préstamo hipotecario continúa vivo y eficaz, ya que, aunque se haya estimado que la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva y esta cláusula alude a un aspecto esencial de estos negocios jurídicos, pensamos que la nulidad del contrato, con todos sus efectos sustantivos y registrales, solo puede decretarse a través de un proceso declarativo en el que se discuta de modo pleno -con plenas posibilidades de alegación y de prueba para las partes, y de cognición para el tribunal- precisamente sobre la validez o la nulidad, o sobre la subsistencia o la resolución del contrato en cuestión. No sabemos si los autos que resulten de aplicar las pautas a. y b. se pronunciarán sobre la pervivencia del contrato una vez declarada la abusividad de la cláusula, pero entendemos que si aluden a su eficacia habrá de ser exclusivamente “a los solos efectos de la ejecución” (art. 561.1 LEC).

Como hemos ido diciendo, el acreedor que se encuentre en la situación descrita al menos podrá:

a) Reclamar las cuotas pactadas que estén vencidas y no satisfechas por el deudor, las cuales han podido ir aumentando desde que se dio por vencido el préstamo y se instó la ejecución hipotecaria hasta su sobreseimiento, y que se unirán a los intereses moratorios generados y las costas. Esta *reclamación parcial* podrá hacerse efectiva por medio de un proceso de *ejecución ordinaria*, ya que aquel dispone de un título del art. 517.2.4.º LEC, donde se contiene una obligación exigible por vía de ejecución forzosa; o bien podrá acudir a una nueva *ejecución hipotecaria*, pero esta vez no por el total de la obligación sino con apoyo en el art. 693.1 LEC y en el título regulado en el art. 682.2 LEC que se continúa teniendo. En esta nueva ejecución tanto el *petitum* como la fundamentación fáctica y jurídica de la demanda serán distintos de la anterior, por lo que no existirán problemas relacionados con el art. 552.3 LEC o con la eficacia de cosa juzgada que quisiera otorgarse al auto recaído de sobreseimiento (en aplicación de la referida doctrina del TS).

b) Lógicamente, por elevado que sea el incumplimiento ya acumulado del deudor, la reclamación solo parcial puede ser muy poco satisfactoria para el

acreedor. Para poder reclamar la totalidad de la obligación, este siempre podrá *esperar a que se produzca el vencimiento completo de esta a su tiempo*; pero si se trata de un préstamo de larga o muy larga duración -como es habitual en estos casos- será una opción muy ingrata para sus intereses. No obstante, y por descontado, en esta solución también se estará ante una ejecución distinta de la sobreseída anteriormente, pues a pesar de que se apoye en el mismo contrato de préstamo hipotecario y en las escrituras que lo recogen, no se estará ejercitando la cláusula que se reputó abusiva (ni lo dispuesto en el art. 693.2 LEC), sino que la nueva demanda se basará en unos hechos y argumentos jurídicos claramente diferentes.

c) El acreedor también podrá formular una *demanda de resolución del contrato* de préstamo hipotecario, con la que reclame la condena a la devolución de todo lo aún no devuelto, para obtener así un título ejecutivo judicial, esta vez sí completamente nuevo y válido, pero con el mismo inconveniente de tal resultado puede hacerse esperar varios años, que se añadirán a los ya sumados de incumplimiento y de proceso previos.

Debe reconocerse, por tanto, que todas las posibilidades anteriores son poco ventajosas para los acreedores. Cabría pensar, en fin, si existe alguna norma aplicable a la que pudiera acudir con el fin de integrar con ella el contrato del que se ha eliminado la cláusula declarada abusiva, tal como permiten las resoluciones del TJUE de 2019: pues ni se ha podido emplear a tales efectos el art. 693.2 LEC en su versión anterior a la actual (si estamos en los supuestos de las pautas a. y b.), ni cabe utilizar, como ya hemos dicho, el art. 24 LCCI en los contratos en que se ha declarado el vencimiento anticipado antes de la entrada en vigor de esta ley. Una solución sería reformar la tan cit. DT 1ª.4, suprimiendo su inciso final, de forma que el art. 24 fuera aplicable también en esos casos; lo cual permitiría instar una nueva ejecución hipotecaria en la que se reclamase toda la obligación una vez que esta hubiera vencido de forma completa y anticipada, cuando el deudor hubiera alcanzado el nivel de incumplimiento señalado en dicho precepto. En tal circunstancia, cabría formular una nueva demanda ejecutiva apoyada en la versión actual del art. 693.2 LEC y que tomase como título ejecutivo la escritura de préstamo hipotecario, que recoge el contrato garantizado subsistente, pero prescindiendo de la cláusula que se ha estimado abusiva, dado que el efecto regulado por ella habría pasado a regirse por una norma de carácter indisponible (art. 24.2 LCCI). De este modo, el acreedor tendría un título ejecutivo diferente al empleado en el primer proceso, que no sería “la ley”, el art. 24 LCCI, ya que no puede serlo, sino “el contrato”

anterior, aunque modificado: sin la cláusula abusiva e integrado con lo dispuesto en este precepto, que se aplicaría por mandato expreso y claro de la ley.