



Roj: **ATS 271/2017 - ECLI:ES:TS:2017:271A**

Id Cendoj: **28079119912017200001**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **08/02/2017**

Nº de Recurso: **1752/2014**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Auto**

Resoluciones del caso: **SAP PO 448/2014,**
ATS 271/2017,
GTJUE 8/2018,
PTJUE 72/2019,
STS 2761/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

AUTO

Presidente Excmo. Sr. D . Francisco Marín Castán

Auto: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Fecha Auto: 08/02/2017

Recurso Num.: 1752/2014

Fallo/Acuerdo: Auto Texto Libre

Ponente Excmo. Sr. D.: Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE PONTEVEDRA SECCION N. 1

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Escrito por: MAJ

Nota:

Auto de petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Alcance de la declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario con consumidores. Separabilidad de la cláusula. Facultades del tribunal nacional

Auto: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Recurso Num.: 1752/2014

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Procurador: D. Rafael Silva López/ Doña María Jesús Nogueira Fos

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

**PLENO****AUTO****Excmos. Sres.:**

D. Francisco Marín Castán presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

En la Villa de Madrid, a ocho de Febrero de dos mil diecisiete.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Ante esta Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en adelante, Tribunal Supremo) está pendiente de resolver un recurso de casación contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2014 por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (recurso de apelación n.º 220/2014); sobre nulidad de cláusulas incluidas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con consumidores.

SEGUNDO.- Las partes en el litigio principal son, como demandante, D. Hermenegildo, representado por la Procuradora Dña. María Jesús Nogueira Fos; y como demandada, Abanca Corporación Bancaria S.A. (en adelante, el banco), representada por el procurador D. Rafael Silva López.

En el recurso de casación es parte recurrente el banco y parte recurrida el Sr. Hermenegildo, que pese a no haber comparecido formalmente ante este Tribunal Supremo, ha sido oído a efectos del planteamiento de la presente petición de decisión prejudicial.

TERCERO.- En el transcurso de la deliberación, votación y fallo del recurso de casación, el Tribunal Supremo consideró procedente el planteamiento de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que de conformidad con lo previsto en el art. 4.2 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, acordó oír a las partes en los siguientes términos:

«La petición estaría referida a las facultades de un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CE, para una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria- poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer este mismo proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor».

CUARTO.- El banco alegó que consideraba adecuado el planteamiento de la petición de decisión prejudicial, si bien debía extenderse a tres cuestiones, cuya redacción sugirió en los siguientes términos:

«a) ¿Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que se exige o al menos admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?».

«b) Debe interpretarse el apartado 3.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que exige que el tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, tenga en cuenta



de forma conjunta los cuatro criterios de enjuiciamiento de este tipo de cláusulas de las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 , y de 26 de enero de 2017, asunto C-421-14, de manera que: a) el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo deba también valorarse atendiendo a las reglas del Derecho nacional que regulan el vencimiento o resolución anticipada en caso de incumplimiento de una obligación contractual; y b) deba atenderse a la posibilidad que el ordenamiento nacional concede al consumidor adherente de la cláusula de dejar sin efecto el vencimiento anticipado por impago abonando las cuotas vencidas e impagadas; o por el contrario, basta con que el tribunal nacional considere que la cláusula no supera el criterio relativo a la gravedad del incumplimiento en atención a la cuantía y duración del préstamo para que deba decretarse la abusividad de la cláusula sin que resulte necesario ponderar los restantes criterios indicados en las Sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C.415-11, y de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14 ?».

«c) ¿Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que se opone a que el tribunal nacional, tras apreciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo o crédito hipotecario celebrado con un consumidor y verificar que, no obstante esta abusividad, el Derecho nacional permite al acreedor iniciar o continuar el proceso de ejecución especial, pueda valorar y decidir que el inicio o continuación de este proceso de ejecución resulta más favorable para el consumidor que permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito hipotecario, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución ordinaria de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?».

QUINTO.- D. Hermenegildo alegó que no se oponía al planteamiento de la petición de decisión prejudicial.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. **Pedro José Vela Torres**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del litigio principal .*

1.- El 30 de mayo de 2008, D. Hermenegildo y Dña. Catalina concertaron con el banco un préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 100.000 €, a interés variable y a devolver en un plazo de treinta años, mediante 360 cuotas mensuales fijas.

El contrato contenía la siguiente cláusula:

«6ª bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito.

La Caja [el banco], sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

a) Falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, solicitando expresamente las partes la constancia de este pacto en los libros del Registro de la propiedad, según lo dispuesto en el artículo 693 de la Ley 1/2000 ».

2.- El Sr. Hermenegildo , que tiene la condición legal de consumidor, presentó una demanda en la que solicitaba que se anulasen varias condiciones generales del préstamo, por ser cláusulas no negociadas de carácter abusivo, entre ellas la antes transcrita sobre el vencimiento anticipado.

3.- La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda y declaró la nulidad, entre otras, de la cláusula referida.

4.- El banco recurrió en apelación la sentencia ante la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada.

5.- El banco interpuso recurso de casación, que está pendiente de sentencia ante este Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- *Cuestiones controvertidas en el litigio principal*

Las cuestiones controvertidas en el litigio principal, relevantes a los efectos de planteamiento y resolución de la petición de decisión prejudicial, se refieren a si la cláusula de vencimiento anticipado es abusiva y al alcance de la ineficacia de dicha declaración de abusividad.

TERCERO.- *Derecho de la Unión Europea.*

Artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que dispone:



«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas».

Artículo 7.1 de la misma Directiva 93/13/CEE :

«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».

CUARTO.- *Pronunciamientos previos del TJUE sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en el Derecho español.*

1.- La sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11), sin hacer un pronunciamiento expreso, indicó que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva *per se* , podía considerarse abusiva en atención a las circunstancias del caso, que debía apreciar el juez nacional. En este sentido, señala en el apartado 73 que:

«En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

2.- Este criterio fue confirmado por el posterior auto del TJUE de 8 de julio del 2015 (asunto C-90/14), que reiteró que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración.

3.- La sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14) estableció -en lo que ahora interesa- los siguientes criterios:

«4. El examen del eventual carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor implica determinar si ésta causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato, teniendo en cuenta las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes, los medios de que dispone el consumidor en virtud de la normativa nacional para hacer que cese el uso de ese tipo de cláusulas, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato en cuestión, y todas las circunstancias que concurran en su celebración.

»6. Por lo que se refiere a la apreciación del eventual carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

»7. La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional».

QUINTO.- *Marco jurídico nacional en el que se inscribe el litigio principal*

1.- En el Derecho español, cuando en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria el prestatario incumple su obligación de devolución de la cantidad recibida, el acreedor tiene las siguientes opciones:



a) Iniciar un juicio declarativo, en el que puede pedir la resolución del contrato por incumplimiento del deudor, con restitución recíproca de las prestaciones, o el cumplimiento forzoso del contrato, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses. A tal, efecto, el artículo 1124 del Código Civil dispone:

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo».

La sentencia firme que recaiga en este juicio declarativo podrá ser objeto de ejecución, en la que se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo su vivienda habitual.

b) Iniciar un proceso especial de ejecución hipotecaria, en el que puede perseguir y enajenar mediante subasta el bien hipotecado, que sirve de garantía a la devolución del préstamo. Cuando ese bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor consumidor, la regulación de este proceso especial de ejecución hipotecaria contempla una serie de beneficios o ventajas, para proteger la conservación de dicha vivienda, o por lo menos, que su enajenación sea menos gravosa para el deudor, que no se contienen en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo.

Estas ventajas previstas para el deudor consumidor en el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, en los arts. 693 . 31 , 579.22 y 682.23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , son, resumidamente, las siguientes:

-El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha.

-Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

-Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria.

-El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación.

1 Art. 693.3. LEC : [e]l acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, antes de que se cierre la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte. A estos efectos, el acreedor podrá solicitar que se proceda conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 578.

Si el bien hipotecado fuese la vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades expresadas en el párrafo anterior.

Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor.

Si el deudor efectuase el pago en las condiciones previstas en los apartados anteriores, se tasarán las costas, que se calcularán sobre la cuantía de las cuotas atrasadas abonadas, con el límite previsto en el artículo 575.1 bis y, una vez satisfechas éstas, el Secretario judicial dictará decreto liberando el bien y declarando terminado el procedimiento. Lo mismo se acordará cuando el pago lo realice un tercero con el consentimiento del ejecutante.

2 Art. 579.2 LEC : Sin perjuicio de lo previsto en el apartado anterior, en el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades:



a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

b) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

Si en los plazos antes señalados se produce una ejecución dineraria que exceda del importe por el que el deudor podría quedar liberado según las reglas anteriores, se pondrá a su disposición el remanente. El Secretario judicial encargado de la ejecución hará constar estas circunstancias en el decreto de adjudicación y ordenará practicar el correspondiente asiento de inscripción en el Registro de la Propiedad en relación con lo previsto en la letra b) anterior.

3 Art. 682.2.1 LEC : Cuando se persigan bienes hipotecados, las disposiciones del presente capítulo se aplicarán siempre que, además de lo dispuesto en el apartado anterior, se cumplan los requisitos siguientes:

1º Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

- Cuando el importe obtenido en la subasta fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución se ajustará a las siguientes especialidades:

i) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación.

ii) En el supuesto de que se hubiera aprobado el remate o la adjudicación en favor del ejecutante o de aquél a quien le hubiera cedido su derecho y éstos, o cualquier sociedad de su grupo, dentro del plazo de 10 años desde la aprobación, procedieran a la enajenación de la vivienda, la deuda remanente que corresponda pagar al ejecutado en el momento de la enajenación se verá reducida en un 50 por cien de la plusvalía obtenida en tal venta, para cuyo cálculo se deducirán todos los costes que debidamente acredite el ejecutante.

2.- En este marco jurídico en el que, ante el incumplimiento contractual del deudor, el acreedor dispone de una acción declarativa de resolución del contrato, o de un proceso especial de ejecución hipotecaria, que le permite dirigirse directamente contra el bien hipotecado sin necesidad de una previa sentencia de condena, aunque pudiera parecer, en principio, que la aplicación del procedimiento ejecutivo especial es más perjudicial para el prestatario-consumidor, y así parecieron entenderlo - aunque de manera no taxativa- la sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13 , C- 485/13 y C-487/13) y el auto del TJUE de 17 de marzo de 2016 (asunto C-613/15), ello no tiene por qué ser necesariamente así.

Es decir, el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual no es más perjudicial para el consumidor que el juicio declarativo seguido de una ejecución ordinaria, porque en la regulación del proceso especial de ejecución hipotecaria se contemplan unas ventajas para el consumidor que no se prevén en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo.

3.- En el ordenamiento jurídico español se permite la posibilidad de que un acreedor pueda reclamar la totalidad de lo debido, cuando el deudor haya incumplido lo pactado sobre el pago aplazado, en cuyo caso el acreedor puede instar la resolución del contrato, con restitución recíproca de las prestaciones (art. 1124 del Código Civil , ya citado). A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el art. 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , siempre y cuando se haya pactado expresamente. Dice este último precepto:



«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, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución y en el asiento respectivo».

Esta regulación, que en el caso del Código Civil es más que centenaria, supone que en la sociedad española sea sobradamente conocido que el impago parcial de un préstamo hipotecario puede dar lugar a la resolución del contrato, al igual que sucede, también, por ejemplo, con el arrendamiento de vivienda y el impago de la renta.

4.- Con carácter general, el Tribunal Supremo había reconocido la validez de las cláusulas que permitían el vencimiento anticipado del contrato de préstamo por incumplimiento del deudor, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista (sentencias 506/2008, de 4 de junio -ECLI:ES:TS:2008:2599 -; o 792/2009, de 16 de diciembre -ECLI:ES:TS :2009:8466).

En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre - ECLI:ES:TS:2015 : 5618 -, y 79/2016, de 18 de febrero - ECLI:ES:TS :2016:626-, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor.

5.- En relación con el antes transcrito art. 693.2 LEC , el Auto del TJUE de 11 de junio de 2015, dijo:

«[l]a 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» .

6.- Tanto de la jurisprudencia española, como de los pronunciamientos del TJUE, cabe deducir que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

7.- Como ya hemos dicho, las especialidades previstas a favor del deudor hipotecario consumidor cuando la ejecución tiene lugar por el proceso especial de ejecución hipotecaria no resultan aplicables en el juicio declarativo, ni en la ejecución ordinaria (no hipotecaria) subsiguiente a una sentencia de condena recaída en dicho proceso declarativo.

De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente y en todos los casos que la decisión de proseguir la ejecución hipotecaria sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución hipotecaria para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo, que contengan cláusulas abusivas de vencimiento anticipado, de una regulación que contempla especiales ventajas, como las de liberación del bien y rehabilitación del contrato, en los términos expresados.

Aparte de la pérdida de estas ventajas, la apertura de un juicio declarativo para declarar vencido o resuelto el préstamo hipotecario por incumplimiento del deudor, conforme al art. 1124 del Código Civil (facultad legal, no contractual), conllevará dos efectos perjudiciales adicionales para el consumidor: la previsible acumulación de condenas al pago de las costas procesales en la fase declarativa y en la ejecutiva, y un incremento de los intereses de demora procesales por el tiempo de duración del procedimiento.

Incluso en el supuesto hipotético de que la entidad acreedora esperase al tiempo completo de amortización pactado y no instase la resolución del contrato, la deuda por intereses de demora del deudor sería extraordinariamente cuantiosa, dados los largos plazos de amortización de estos contratos.



En consecuencia, no es correcta la afirmación de que en la ejecución hipotecaria el prestatario consumidor vaya a perder su vivienda en todo caso, y que la conservaría en caso de que se le reclamara en el juicio declarativo la resolución del contrato o el cumplimiento forzoso del contrato, ya que en estos supuestos también podría acabar perdiéndola, y además, no gozaría de las ventajas que antes se han expuesto que se le conceden en el proceso ejecutivo especial. Es más, no gozaría de la posibilidad de evitar la pérdida de la vivienda pagando solamente las cuotas impagadas, pues en el declarativo no tiene esa facultad, si se allana, y para evitar perder la vivienda, tendría que pagar todo.

Por eso, el sobreseimiento del proceso especial de ejecución hipotecaria en caso de apreciación de abusividad de una cláusula determinante del despacho de ejecución, que se prevé en el art. 695.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no supone en todo caso una mejor solución para el deudor consumidor, que se vería abocado al juicio declarativo, con las consecuencias ya expuestas.

8.- Pese a las ventajas que el proceso ejecutivo especial otorga al deudor, los bancos siguen acudiendo masivamente a él antes que optar por el proceso declarativo, porque es más rápido y les libera de tener que provisionar el crédito fallido durante un largo tiempo. Pero los perjuicios que para los bancos supone acudir al declarativo no se traducen en ventajas de un valor equivalente para el consumidor que es deudor en ese caso concreto, y además encarece el crédito, con perjuicio para los consumidores en general.

9.- Es más, en el ordenamiento jurídico español, el derecho de hipoteca no atribuye a su titular únicamente la facultad de promover la enajenación forzosa del bien hipotecado a través de un procedimiento especial de ejecución, sino que le atribuye también un derecho de preferencia sobre el mismo bien (arts. 1923 y 1927 del Código Civil) y un derecho de ejecución separada en caso de concurso (insolvencia judicialmente declarada) del deudor. Es decir, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, sino que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 del Código Civil).

SEXTO. - *Problemas de interpretación y adecuación del Derecho nacional al Derecho de la Unión Europea que son pertinentes para dictar sentencia en el litigio principal, sobre la primera petición de decisión prejudicial*

1.- Aunque inicialmente este Tribunal Supremo había previsto plantear únicamente la petición de decisión prejudicial que formularemos en segundo lugar, en el plazo de audiencia a las partes, la recurrente sugirió el planteamiento de una primera petición, relativa al alcance de la declaración de ineficacia subsiguiente a la declaración de abusividad, que el Tribunal ha considerado pertinente formular.

2.- Como quiera que no toda cláusula de vencimiento anticipado es *per se* abusiva, puesto que incluso tiene amparo en el Derecho español, puede darse el caso de que lo abusivo no sea todo el contenido de la cláusula enjuiciada, sino únicamente parte de la misma, que se refiere, no a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento, sino al número y entidad de los impagos que determinan el vencimiento anticipado. Como sucede en el caso objeto de enjuiciamiento con el supuesto del impago de una sola cuota de amortización.

La duda, pues, consiste en si puede hacerse una declaración parcial de abusividad de una cláusula, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva (*Teilbarkeit der Klausel* o *blue pencil test*). Es decir, si se permite, al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo del elemento válido, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo.

Este Tribunal Supremo no tiene constancia de que esta cuestión haya sido resuelta por el TJUE y, por tanto, resultaría procedente que se pronunciara sobre la conformidad al Derecho de la Unión y, en particular, al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre la posibilidad de que un tribunal nacional, como este Tribunal Supremo, pueda, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, circunscribir el alcance de la nulidad derivada de la abusividad a un inciso específico de la cláusula enjuiciada, de manera que pueda mantener la validez del resto de la cláusula que no se considera abusivo, siempre que esta parte resulte gramaticalmente comprensible, tenga sentido jurídico y no suponga incorporar una regulación nueva o distinta de la que inicialmente estaba comprendida en la propia cláusula. Tras la segregación de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia se aplica a la cláusula de la manera en que resulta una vez «tachadas» las partes ineficaces; y si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, debe considerarse que es válido y eficaz.

3.- A criterio de este Tribunal, la llamada *blue pencil rule* no tiene por qué oponerse al Derecho de la Unión, ya que no constituye un caso de integración del pacto nulo por ser abusivo, ni de reducción conservadora de su validez. La delimitación y expulsión del elemento abusivo, con mantenimiento del contenido válido de la cláusula, no



supone una integración o sustitución judicial del contenido contractual, sino simplemente la concreción de qué elementos de un pacto son abusivos, y por tanto no pueden vincular al adherente consumidor, y qué otros pueden mantenerse por no ser abusivos y, en consecuencia, ser válidos, vinculantes y útiles para las partes, en el sentido del art. 6.1 de la Directiva (mayor beneficio para el consumidor particular y para los consumidores en general).

No se trata, por tanto, de un supuesto de integración de la cláusula, sino de ineficacia parcial, útil en caso de cláusulas nulas por abusivas, en las que, eliminando la parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula. Es decir, tras la segregación de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia material se aplica a la cláusula de la manera en que resulta una vez tachadas las partes ineficaces. Por tanto, si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, debe considerarse que este es válido y eficaz, de la manera que resuelven los Tribunales Supremos de otros Estados miembros de la Unión, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), entre otras, en su Sentencia de 10 de octubre de 2013 (BGH III ZR 325/12 - NJW 2014, 141), al considerar que la separación en cuanto al contenido de una cláusula y con ello su fraccionamiento en una parte admisible y otra inadmisibile se puede producir, cuando la parte ineficaz de la cláusula admite ser tachada sin que el sentido de la otra parte se resienta.

SÉPTIMO.- *Sobre la segunda petición de decisión prejudicial.*

1.- En segundo lugar, nos encontramos, conforme a la jurisprudencia del TJUE, con la regla de que 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/CEE y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, 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, y entonces el consumidor quede expuesto a consecuencias que representan para éste una penalización.

En opinión del Tribunal Supremo, se produciría un efecto perjudicial equivalente si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en todo caso cerrara el acceso al proceso especial de ejecución hipotecaria, incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado. Conforme hemos expuesto, no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor. Al contrario, consideramos que el art. 693 LEC es la vía más efectiva para asegurar el objetivo de la Unión de proteger al consumidor.

2.- En consecuencia, la cuestión consiste en si es acorde a la Directiva 93/13/CE una decisión de un tribunal nacional que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (incumplimiento superiores a tres meses), valore, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11).

OCTAVO.- *El contexto socioeconómico del préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda en España.*

Según los datos estadísticos del Banco de España, la proporción de viviendas en propiedad en España era, a finales de 2015, del 77% del total; uno de los más altos de la Unión Europea, en comparación, por ejemplo, con Reino Unido (70%), Francia (62%) o Alemania (53,2%).

Entre 1995 y 2007 se constituyeron en España 1.668.000 hipotecas, con un importe medio de 124.389 ? y un plazo de amortización medio de 26 años.

Al comienzo de la crisis económica, que se manifestó a partir de 2008, el crédito hipotecario representaba aproximadamente el 60% del total del crédito privado y equivalía al 82% del Producto Interior Bruto español.

En el mismo periodo antes indicado, la riqueza inmobiliaria neta de las familias españolas experimentó el mayor crecimiento de la historia y entre los países de la Unión Europea, pasando la ratio de endeudamiento familiar del 390% al 770%.

También según los datos estadísticos del Banco de España, el tipo de interés medio aplicado a las operaciones de crédito al consumo en diciembre de 2015 fue del 9,1%, frente al 1,7% de las operaciones hipotecarias. A su vez, el riesgo de impago en el crédito hipotecario concedido a las familias españolas para adquisición de vivienda habitual se situó a finales de 2015 en el 4,8%, muy por debajo del mismo riesgo para el conjunto del crédito bancario.



Es decir, los intereses de los préstamos hipotecarios son significativamente más bajos que los de los créditos ordinarios y el riesgo de impago es mucho menor. En ello influye que en el sistema hipotecario español, la hipoteca no solo produce un efecto de reducción de la morosidad, sino que reduce también las pérdidas derivadas de los créditos fallidos, porque permite la satisfacción forzosa del crédito a través de los procesos de ejecución.

Esta interrelación entre la concesión masiva de créditos hipotecarios a las familias para la adquisición de vivienda y las garantías del prestamista, puede tener como efecto que la imposibilidad de recuperación de los créditos morosos por el proceso especial de ejecución hipotecaria implique una contracción del crédito a futuro, dificultando extraordinariamente el acceso a la vivienda en propiedad.

Esta preocupación no es solo española. El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre la integración de los mercados hipotecarios primario y secundario en Europa, de 2007, instó a los Estados miembros a hacer más eficientes sus procedimientos de enajenación forzosa, por considerar que la ineficiencia de estos procesos es una factor que encarece los costes de los préstamos hipotecarios y de la refinanciación.

Los datos de estadística judicial en España indican que entre los años 2009 y 2015, se iniciaron 587.995 procesos especiales de ejecución hipotecaria. No es aventurado afirmar que en prácticamente todos ellos, ante el incumplimiento del deudor, se hizo uso por el acreedor de la facultad de vencimiento anticipado. Lo que incide en lo expuesto anteriormente sobre el conocimiento generalizado en España de que un incumplimiento parcial relevante en el pago del préstamo puede conllevar su resolución y exigencia anticipada de las cantidades debidas.

NOVENO .- *Necesidad de formulación de la petición de decisión prejudicial.*

Establecido así el debate y dada la naturaleza de la acción ejercitada en el litigio principal, estimamos necesario el planteamiento de las peticiones de decisión prejudicial a que se refiere el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea , a fin de determinar el alcance que debe darse a la declaración de abusividad de la previsión (cláusula separable) de que con un solo plazo impagado se puede dar por vencido anticipadamente el préstamo. Lo que implica pronunciarse sobre:

1. La posibilidad de hacer una declaración parcial de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado, manteniendo la validez de la parte que no se considera abusiva (*Teilbarkeit der Klausel* o *blue pencil test*). Es decir, si se permite, al enjuiciar la abusividad de una cláusula, separar, en determinados casos, el elemento abusivo del elemento válido, de manera que este último pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo.

2. El alcance de las facultades de un tribunal nacional, una vez declarada la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo celebrado con consumidores, de aplicar supletoriamente una legislación interna que pueda resultar más favorable al consumidor. Puesto que, en relación con la cuestión controvertida en el proceso, antes expuesta, resulta determinante para el fallo.

DÉCIMO .- *Conveniencia de que la solicitud se tramite por el procedimiento acelerado. Solicitud de acumulación de otras peticiones.*

Conforme al art. 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia , se considera necesario que la petición de decisión prejudicial se tramite de manera acelerada, puesto que son múltiples los consumidores afectados y está en juego el derecho a la vivienda y las garantías en la ejecución sobre la misma. En ello influye que, siendo planteada la cuestión por el Tribunal Supremo, que conforme al Derecho español (arts. 123 de la Constitución y 1.6 del Código Civil), crea jurisprudencia, mientras no haya una solución clara y una jurisprudencia estable, sin riesgo de ser declarada por el TJUE como incompatible con el Derecho de la Unión, no existe un criterio uniforme que puedan seguir el resto de tribunales nacionales, con la consiguiente inseguridad jurídica en un tema tan sensible como la vivienda familiar.

Además, se da la circunstancia de que ya están planteadas ante el TJUE otras peticiones de decisión prejudicial por otros tribunales españoles: en concreto, en lo que consta a este Tribunal Supremo, la C-92/16 , planteada en febrero de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada; y la C-167/16 , planteada en marzo de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander. Ambas cuestionan la compatibilidad de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en materia de vencimiento anticipado con el Derecho de la UE.

El planteamiento de varias peticiones sobre la misma cuestión jurídica crea una especie de litispendencia, que hace aconsejable un pronunciamiento único, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios.

PARTE DISPOSITIVA



En virtud de lo expuesto,

LA SALA ACUERDA : Formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE , las siguientes peticiones de decisión prejudicial, en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

1.º- ¿Debe interpretarse el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?.

2.º- ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13/CEE, para -una vez declarada abusiva una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria- poder valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución contra el consumidor, resulta más favorable para el mismo que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, y la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria reconoce al consumidor?.

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante correo certificado con acuse de recibo, dirigido a la «Secretaría del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo»; y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea).

Asimismo, al haberse solicitado la aplicación del procedimiento acelerado, envíese por correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y por fax (+352 433766) una copia firmada de la petición de decisión judicial, sin perjuicio de su posterior remisión por correo.

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, de lo que como secretario, certifico