

Roj: **AJPI 4/2016 - ECLI:ES:JPI:2016:4A**Id Cendoj: **39075420022016200001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Santander**Sección: **2**Fecha: **08/03/2016**Nº de Recurso: **484/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JAIME FRANCISCO ANTA GONZALEZ**Tipo de Resolución: **Auto**Resoluciones del caso: **AJPI 31/2013,**
AJPI 4/2016,
PTJUE 294/2015

20

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA**NÚMERO DOS DE SANTANDER.**

EJECUCIÓN HIPOTECARIA Nº 484/2013/2.

NIG núm. 3907542120130005328. Sección J.

PETICIÓN DE CUESTIÓN PREJUDICIAL . Clausulas abusivas en contratos celebrados con **consumidores**. Interpretación de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , en conexión con norma nacional concerniente a la cláusula de vencimiento anticipado. Criterios y consecuencias de la apreciación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado.

AUTO

En la ciudad de Santander, martes, a 8 de marzo de 2016.

Vistos por mí JAIME FRANCISCO ANTA GONZÁLEZ, juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander, los **auto** s de EJECUCIÓN HIPOTECARIA nº 484/2013, promovidos por el **Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.** , representado por el procurador D. Isidro Mateo Pérez y defendido por la letrada del ICAC Dña. Beatriz Bermejo Villa y el letrado del ICAM D. Juan- Manuel Rodríguez Cárcamo, contra D. Benedicto y Dña. Crescencia , representados por la procuradora Dña. Eva Álvarez Cancelo y defendidos por la letrada del ICAC Dña. Ana Fernández-Cotero Echevarría, y en consideración a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Se tramita en este juzgado ejecución hipotecaria iniciada por demanda interpuesta por el BBVA, S.A., recibida en el Decanato de los juzgados de Santander el día 8/5/2013, en reclamación de 66.721,68 ? de principal y 20.015 ? para cubrir intereses futuros y las costas.

Segundo. Se da audiencia al Banco para que alegue sobre la abusividad del pacto sobre intereses moratorios dictándose auto de 4/6/2013 que considera nulo el pacto que fija el interés moratorio en 20 %, dejándolo en 0, ante lo que recurre el Banco, y por ello se suscita por auto de 19/11/2013 cuestión prejudicial sobre ese pacto.

Tercero. Con fecha 23/9/2013 se personan los ejecutados formulando oposición a la ejecución hipotecaria pidiendo la declaración como abusiva de la cláusula sobre el vencimiento anticipado, ante lo que se suscita por auto de 19/11/2013 cuestión prejudicial sobre dicha cláusula.

Cuarto. El 11/6/2015 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dicta auto en el asunto C-602/13 resolviendo las cuestiones que se planteaban en dicho auto de 19/11/2013.

Recibido en el juzgado y desde tal base se dicta auto de 2/10/2015 ratificando el auto sobre intereses moratorios.

Respecto al vencimiento anticipado se señala comparecencia para el día 18/12/2015 donde los ejecutados interesan que se sobresea el proceso y el Banco se opone.

En trance de resolverse recae STS del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo del día 23/12/2015, rec. 2658/2013.

Quinto. Por providencia de 26/1/2016 se acuerda oír a las partes sobre la pertinencia de plantear cuestión prejudicial ante las dudas provocadas por la STS de 23/12/2015, rec. 2658/2013, manifestándose a favor la parte ejecutada y en contra el BBVA, que incluso recurre la providencia, recurso desestimado por auto de 8/3/2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Sobre la cuestión prejudicial comunitaria.

1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo TJUE) peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión si lo considera necesario para resolver el litigio que conozca.

2. Conforme a la nota informativa emitida por el Tribunal sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales por órganos de jurisdicciones nacionales (2005/C 143/01, DOUE 11.6.2005) la cuestión que se somete al Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vincula a la interpretación de una norma de derecho comunitario.

Concretamente se trata de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva) sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con **consumidores** (DO L 95, 21.4.93, p. 29), modificada por última vez por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo, de 25/10/11 (DOUE L 304, 22.11.11, p. 304), y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo Carta) (2000/C 364/01, DOUE 18.12.2000).

Segundo. Síntesis del supuesto fáctico.

3. El día 23/6/2008 BBVA Argentaria, S.A. (en lo sucesivo ejecutante o Banco) suscribe con D. Benedicto y Dña. Crescencia (en adelante ejecutados) contrato de préstamo garantizado con hipoteca por el que presta a los ejecutados 79.234,96 €, que se estos comprometen devolver en 204 mensualidades.

El Banco incorpora al contrato esta cláusula contractual:

«Cláusula 6ª bis. Vencimiento anticipado del préstamo. No obstante el plazo pactado, el Banco podrá declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir anticipadamente la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia en los siguientes casos:

a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses ... ».

A fin de asegurar la devolución del préstamo en la cláusula 9ª de dicha escritura se constituyó hipoteca a favor del Banco sobre un inmueble destinado a vivienda propiedad de uno de los ejecutados el Sr. Benedicto .

4. Luego del impago de cuatro cuotas, cada una de 539.61 €, vencidas los días 31/7, 31/8, 30/9 y 31/10/2012, la ejecutante decide el 29/11/2012 el cierre de la cuenta y la liquidación del préstamo. El día 5/12/2012 un representante acude al Notario, que expide acta que da cuenta de que la liquidación es conforme a lo convenido.

Estos puntos configuran un sucinto relato de los hechos a tener en cuenta, que se basa fundamentalmente en un resumen de la cláusula del préstamo hipotecario que más importa y una breve reseña de las actuaciones judiciales.

En conclusión, los ejecutados no pudieron hacer frente a las mensualidades desde julio a octubre de 2012, razón por la cual el Banco decidió dar por vencida anticipadamente la operación y reclamar todo lo debido.

Tercero. Marco normativo y jurisprudencial comunitario. La normativa comunitaria concerniente a **consumidores** y usuarios y la jurisprudencia del TJUE sobre este tema.

5. La Directiva 93/13/CEE del Consejo (desde ahora la Directiva) establece un sistema de protección basado en la idea de que el **consumidor** se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en capacidad de negociación como en información, lo que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

Así lo afirman las sentencias *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* , EU:C:2000:346, ap. 25, *Aziz* , EU:C:2013:164, ap. 44, *Barclays Bank* , EU:C:2015:397, ap. 50, *Sánchez Morcillo* , EU:C:2014:2099, ap. 22, o el auto *Banco Popular Español y Banco de Valencia* , EU:C:2013:759.

Habida cuenta esta inferioridad la disposición del artículo 6.1 de la Directiva según la cual las cláusulas abusivas no vincularán a los **consumidores** debe conceptuarse como una disposición imperativa cuyo objetivo es reemplazar el equilibrio formal del contrato entre los derechos y obligaciones por un equilibrio real.

Así lo sostienen, entre muchas, las sentencias *Mostaza Claro* , EU:C:2006:675, C-168/05, apartado 36 y *Asturcom Telecomunicaciones* , EU:C:2009:615, C-40/08, apartado 30.

En lo que concierne a este auto cabe destacar su artículo 4.1, que señala que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, «*en el momento de la celebración del mismo*», todas las circunstancias que concurran en su celebración, y los artículos 6.1, que recoge el principio de no vinculación del **consumidor** a las cláusulas abusivas y 7.1, que hace lo propio con el principio de eficacia en su protección.

Aparte, dispone el artículo 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante la Carta):

«*En las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los **consumidores***».

6. Al no existir en el Derecho de la Unión una armonización de las medidas nacionales de ejecución forzosa corresponde al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, en virtud del conocido principio de autonomía procesal, establecer la regulación procesal.

Ahora bien, esta libertad de configuración de los Estados miembros no es absoluta sino que está limitada por el principio de equivalencia y el principio de efectividad.

La normativa no puede ser menos favorable que la que regula situaciones similares sometidas al Derecho interno y no puede hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión Europea confiere a los **consumidores**.

En este sentido las sentencias *Mostaza Claro* , C-168/05, EU:C:2006:675, apartado 24, *Asturcom Telecomunicaciones* , C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 38, *Aziz* , EU:C:2013:164, apartado 50, y *Barclays Bank* , EU:C:2014:279, apartado 37.

7. No siendo objeto de esta cuestión analizar la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva tiene sentido llamar la atención sobre las SSTJUE *Aziz* 14/3/2013, EU:C:2013:164, *Kásler y Káslerné Rábai*, 30/4/2014, EU:C:2014:282, y *Unicaja Banco y Caixabank* , EU:C:2015:21, así como el ATJUE de 11/6/2015, C-602/13, EU:C:2015:397.

Cuarto. Marco normativo español.

8. En el Derecho español se ocupaba de la protección del consumo una ley anterior a la Directiva, la Ley 26/1984, de 19/7. La Directiva se incorporó con la Ley 7/1998, de 13/4, sobre condiciones generales de la contratación y después la L 26/84 se refundió en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16/11 (en adelante TRLGDCU, BOE núm. 287 de 30/11/2007, <http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/30/pdfs/A49181-49215.pdf> que aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los **Consumidores** y Usuarios.

Debe destacarse el artículo 83 del TRLGDCU según el cual:

«1. *Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.*

2. *La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.*

*A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el **consumidor** y usuario.*

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato».

Este artículo se ha visto reformado por la Ley 3/2014, de 27/3, BOE 76/14, de 28/3, <http://www.boe.es/boe/dias/2014/03/28/pdfs/BOE-A-2014-3329.pdf> de modo que ahora su contenido es el siguiente:



«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

9. Para acomodar el ordenamiento español a la STJUE Aziz de 14/3/2013, se aprueba la Ley 1/2013, de 14/5 (en adelante L 1/13) de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) nº 116 de 15/5/2013, p. 36373, <http://www.boe.es/boe/dias/2013/05/15/pdfs/BOE-A-2013-5073.pdf> que modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), BOE nº 7, de 8 de enero de 2000, p. 575.

Entre muchas de sus novedades y reformas conviene a la presente cuestión prejudicial destacar algunas de ellas:

El artículo 561.1.3º de la LEC se redacta de este modo:

«3º Cuando se apreciare el carácter abusivo de una o varias cláusulas, el auto que se dicte determinará las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma, sin aplicación de aquéllas consideradas abusivas».

Se incorpora un artículo 575.1bis que dice lo siguiente:

«En todo caso, en el supuesto de ejecución de vivienda habitual las costas exigibles al deudor ejecutado no podrán superar el 5 por cien de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva».

El texto del artículo 579 de la LEC queda de este modo:

«1. Cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados o pignorados en garantía de una deuda dineraria se estará a lo dispuesto en el capítulo V de este Título. Si, subastados los bienes hipotecados o pignorados, su producto fuera insuficiente para cubrir el crédito, el ejecutante podrá pedir el despacho de la ejecución por la cantidad que falte, y contra quienes proceda, y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución.

—

2. 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 ... ».

Tras la Ley 1/13 el artículo 682 de la LEC dispone ahora:

«... 2. 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 realizada conforme a las disposiciones de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario».

De otra parte el artículo 695 de la LEC se modifica así:

«1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas: ... 4º. El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible ... 4. Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución o la inaplicación de una cláusula abusiva podrá interponerse recurso de apelación».

También se reforma el artículo 693 de la LEC que lleva por epígrafe: vencimiento anticipado de deudas a plazos.

«... 2. 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 u 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.

3. En el caso a que se refiere el apartado anterior, el acreedor podrá solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de la deuda, se comunique al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de 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».

La Disposición Transitoria 1ª (en adelante DT 1ª) regula un régimen transitorio para La L 1/13 conforme el cual:

«Esta Ley será de aplicación a los procesos judiciales o extrajudiciales de ejecución hipotecaria que se hubieran iniciado a la entrada en vigor de la misma, en los que no se hubiese ejecutado el lanzamiento».

10. Además de estas reglas de la L 1/13 se deben tener en cuenta los siguientes preceptos del Derecho español:

Artículo 130 de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8/2/1946 (Texto consolidado en la base de datos de legislación del Boletín Oficial del Estado <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1946-2453>):

« El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo ».

Artículo 1.124 del Código Civil , aprobado por Real Decreto de 24/7/1889 (Texto consolidado en la base de datos de legislación del Boletín Oficial del Estado, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1889-4763>):

«La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el 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 le autoricen para señalar plazo ...».

Artículo 1.129 del Código Civil :

«Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: 1. Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda ...».

Artículo 1.258 del Código Civil :

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las obligaciones que, según su naturaleza, sean conformes con la buena fe, al uso y a la ley».

Artículo 561.3 de la LEC :



« Contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación, que no suspenderá el curso de la ejecución si la resolución recurrida fuera desestimatoria de la oposición ».

Artículo 698 de la LEC :

«1. Cualquier reclamación que el deudor, el tercer poseedor y cualquier interesado puedan formular y que no se halle comprendida en los artículos anteriores, incluso las que versen sobre nulidad del título o sobre el vencimiento, certeza, extinción o cuantía de la deuda, se ventilarán en el juicio que corresponda, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento que se establece en el presente capítulo».

Quinto. Planteamiento general. Análisis de la cláusula de vencimiento anticipado. Aplicación de la Directiva 93/13.

11. Para explicar porqué se estima necesario el planteamiento de esta cuestión es necesario partir de que los ejecutados se han constituido como parte débil, como usuarios, en un contrato de préstamo en el que el Banco ha incorporado cláusulas no negociadas individualmente.

En razón a ello les resulta de aplicación la normativa protectora de **consumidores** nacional y también la europea.

12. Los ejecutados cuestionan la cláusula 6ª bis, reseñada en los antecedentes, que permite al Banco declarar el vencimiento total anticipado del préstamo y exigir anticipadamente capital, intereses y gastos ante el impago de «una parte cualquiera» de capital o intereses.

La Disposición Transitoria 1ª de la L 1/13 hace aplicable el artículo 693.2 de la LEC , reformado por la propia L 1/13, conforme al cual puede reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital e intereses pero sólo «si se hubiese convenido» el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales y siempre y cuando «este convenio conste en la escritura» de constitución.

En este caso no existe este convenio, exigido por la Ley.

Con arreglo a esta lógica el proceso debería sobreseerse.

El artículo 130 de la Ley Hipotecaria da base a esa idea.

Pese a ello el Tribunal Supremo español (TS en adelante), órgano superior (artículo 123.1 de la Constitución española), ha desarrollado, en la STS de Pleno de la Sala 1ª de 23/12/2015, rec. 2658/2013 , una interpretación que salva ese efecto, permitiendo que prosiga la ejecución.

Ahora bien, como la cláusula puede no ser conforme con la Directiva se hace preciso solicitar el auxilio del TJUE.

Este juzgador alberga dudas sobre uno de los criterios de apreciación de su carácter abusivo y sobre el alcance de las obligaciones que le conciernen como juez nacional.

Sexto. Primera y segunda cuestiones. Sobre el alcance de las obligaciones del juez nacional caso de apreciar como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado. ATJUE de 11/6/2015, C-602/13 , STS, Sala 1ª, Pleno, de 23/12/2015 .

13. Hora es de decir que esta es la segunda cuestión prejudicial que se plantea en este mismo expediente. La primera fue resuelta por auto de 11/6/2015, C-602/13 , EU:C:2015:397, que, en lo que aquí importa y a propósito de la cláusula de vencimiento anticipado, decidió que:

« ... 2) 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».

14. Se debe tener en cuenta que este auto se inserta en el contexto del intenso debate que hay en España sobre las consecuencias de apreciar como abusivo un pacto contractual, especialmente sobre vencimiento anticipado.

Sobre el vencimiento anticipado tres son las soluciones:

Sobreseer la ejecución al considerar nula la cláusula que le daba fundamento;

Continuar la ejecución sólo por las cuotas vencidas;

Continuar la ejecución por todo en la idea de que un uso razonable por el predisponente sana la nulidad.



Esta última tesis ampara la posición defendida por los Bancos, que arguyen que antes de declarar vencido todo el préstamo han esperado más tiempo - tiempo de incumplimiento - del previsto en el pacto y en la Ley, invocando la nueva redacción del art. 693.2 LEC .

En ese contexto el ATJUE de 11/6/2015 , EU:C:2015:397, al desactivar este último argumento, reforzó la solución que propugnaba que, caso de estimar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado (por prever que el profesional pueda declarar vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía cualquiera que sea la entidad del incumplimiento por parte del deudor), se sigue como consecuencia necesaria el sobreseimiento de la ejecución .

Para ilustrar este hecho se aportan como docs. nº 1 y nº 2 dos autos dictados por las dos Secciones Civiles de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria, que expresan el parecer de la Sala. El TJUE debe tener en cuenta que en España todo los procesos ejecutivos concluyen por autos, resoluciones que no está previsto que el TS pueda revisar y que las Audiencias están dando respuestas divergentes.

15. Ahora bien, el TS se ha pronunciado en la mencionada STS de 23/12/2015 en sentido contrario a ese criterio. Es absolutamente relevante el voto particular concurrente.

A tal efecto se aporta la sentencia como doc nº 3 y link:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=7580921&links=&optimize=20160122&publicinterface=true>

En ella el TS al abordar una acción colectiva (control abstracto de validez) confirma la nulidad de una cláusula idéntica a la enjuiciada «*dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves*» (FJ 5º, motivo 5º, decisión Sala, ap. 3) más, pese a ello, estima que no hay consecuencias (FJ 5º, motivo 5º, ap. 4 y 5) tratando de evitar lo que califica como «*interpretaciones maximalistas*».

El TS arguye que el **consumidor** no resulta perjudicado si sigue la ejecución pese a la nulidad de la cláusula que le da fundamento porque en el marco de un proceso ejecutivo dispone de ventajas que no tiene en el proceso declarativo a que se vería abocado - puede neutralizar la ejecución pagando lo que se deba al momento de pago y unos recargos (art. 693.3 LEC) o reestructurar su deuda tras la adjudicación (art. 579.2 LEC) y juega en su favor que el valor de tasación a efectos de subasta no puede bajar del 75 % del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo (art. 682.2.1º LEC) a diferencia de lo que ocurre en el declarativo - y apela al interés de los **consumidores** en general en acceder al crédito hipotecario en la idea de que si se dificulta la ejecución hipotecaria se elevarán los costes de financiación ante el temor de los Bancos de que, ante el impago del deudor, no disponen de un proceso expeditivo.

Esta circunstancia hace preciso acudir nuevamente al TJUE al generarse un estado de duda que sólo él puede zanjar.

De seguir al TS la ejecución debiera proseguir por todo como si el pacto de vencimiento fuese válido llevando a los ejecutados a su inminente lanzamiento, que tan sólo cabría evitar si las respuestas del TJUE son las que se aventuran. De otro modo inexorablemente pierden su casa.

16. En las resoluciones con que el TJUE ha aplicado la Directiva ha partido siempre de la base de que la apreciación como abusiva de una cláusula predispuesta debe tener consecuencias, y, precisamente, ha dado indicaciones a los jueces para dilucidarlas partiendo de la idea, no discutida, de que debe haber consecuencias.

Sentado esto la primera pregunta es si es posible, como propugna el TS, que la apreciación como abusivo del pacto sobre el vencimiento anticipado carezca de consecuencias.

Estimo que el artículo 7.1 de la Directiva no es compatible con una interpretación que convierta esa apreciación es irrelevante pues dificultaría el objetivo a largo plazo de que «*cese el uso*» de cláusulas abusivas.

Y sobre esas consecuencias debe decidir el juez de la ejecución, a quien el **consumidor** pide su sobreseimiento.

Entre otras razones porque así lo prevé el artículo 695.1.4 LEC , norma que la interpretación del TS deja sin aplicación posible, al igual que el art. 561.1.3 LEC en punto a «*la improcedencia de la ejecución*» . Según el TS nunca podría ser improcedente. Y es muy importante subrayar que ambas previsiones se incorporaron a la LEC por la expresa intención del legislador (cfr. Exposición de Motivos de la L 1/13) de adaptarla a la STJUE Aziz EU:C:2013:164.

Para llegar a tal idea el TS toma en consideración que en otros procesos menos expeditivos que el profesional ha desechado hay una menor protección para el **consumidor** (al que no se le permite rehabilitar el préstamo

pagando lo debido al momento ni la exoneración parcial de su deuda ni hay un tipo mínimo para la subasta) y defiende que por esa razón la ejecución debe proseguir en su beneficio.

Ello suscita, para precisar las obligaciones del juez que aprecia una cláusula como abusiva, la pregunta de si le es dable considerar estas características de otros procesos distintos al escogido por el profesional para integrar el contrato en que se detecta un pacto abusivo.

Se estima que la Directiva no es compatible con esa idea pues ningún artículo y ninguna SSTJUE le dan fundamento.

17. Al contrario el TJUE ha mantenido una interpretación muy rigurosa sobre la integración, que admite el artículo 6.1 de la Directiva, sosteniendo que sólo procede si la eliminación de la cláusula abusiva genera una laguna tal en el contrato que no le permite subsistir y se cuida muy mucho de excluirla si padece el efecto preventivo que estima que es objetivo del artículo 7.1 de la Directiva.

En principio, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva si se estima abusiva no vincula al **consumidor**.

Conforme la norma nacional, el artículo 83.1 del TR 1/07 , si se estima abusiva el efecto será su nulidad absoluta.

Estas previsiones legales obedecen al clásico principio que propugna que lo que es nulo no produce ningún efecto y que suele expresarse en el conocido brocardo en latín:

«*Quod nullum est nullum producit effectum*» .

Ahora bien, también opera otro principio que conduce a un resultado opuesto, a expresar con una fórmula en latín:

«*Utile per inutile non vitiatur*».

A este principio obedece el artículo 6.1 de la Directiva en la parte que dispone que «*Los Estados miembros ... dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*»

También el artículo 83.2 del TRLGDCU permite esa integración y aunque la L 3/2014 lo haya derogado la idea encuentra sustento en el artículo 1.258 del Código Civil .

Ahora bien si el TJUE en su sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, EU:C:2014:282, interpretando el artículo 6.1 de la Directiva, aclara que no se opone a una norma que permite al juez nacional subsanar la nulidad de un pacto abusivo sustituyéndolo por la reglamentación extraída de una norma nacional supletoria condiciona esta inteligencia a que, tras la supresión de pacto abusiva, el contrato entre el profesional y el **consumidor** no pueda sobrevivir.

Así resulta de su tercer pronunciamiento y de los apartados 76, 83 y 85 que reiteran que esta integración mediante aplicación de la norma supletoria se prevé sólo para «*una situación como la que es objeto del litigio principal*».

No es este el supuesto enjuiciado. Aquí el pacto cuestionado no es esencial (*core terms* , *core provisions* o *hauptelemente*) sin él el contrato subsiste perfectamente.

Y, sin embargo, el TS sostiene nuevamente en la sentencia citada (FJ 5º, motivo 5º, decisión Sala, ap. 6) que cabe sustituir el pacto de vencimiento anticipado nulo con la aplicación supletoria de una norma, artículo 693.2 LEC .

Surge la duda de si esta idea es acorde con la Directiva.

Y estimo que no es compatible con la Directiva, tal como ha sido interpretada por la STJUE *Unicaja Banco y Caixabank* , EU:C:2015:21, y el ATJUE de 11/6/2015 , EU:C:2015:397, ap. 45, y más recientemente por el Abogado General en sus Conclusiones en el caso C-421/14, ap. 80.

Cuando la norma nacional comprenda cualquier contrato de préstamo y no específicamente los concertados entre un profesional y un **consumidor** su interpretación nunca puede prejuzgar la apreciación como abusiva de una cláusula ni obstaculizar que el juez nacional excluya su aplicación.

Esta es la sustancia de la segunda cuestión, decisiva para resolver esta causa, referida a la interpretación de una norma europea buscando lograr su aplicación uniforme.

Séptimo.Tercera y cuarta cuestiones. Sobre los criterios que hacen abusivo el pacto de vencimiento anticipado.



18. Cuando el TS interpreta en la STS de 23/12/2015 (FJ 5º, motivo 5º, decisión, ap. 6) que el artículo 693.3 LEC es un remedio enervatorio de la ejecución que neutraliza los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado da a entender que basta con esta previsión normativa para que no haya consecuencias en el proceso en el que se detecta.

19. La STJUE *Aziz*, EU:C:2013:164, ap. 73, y el ATJUE *Banco Popular Español y Banco de Valencia*, EU:C:2013:759, ap. 70, señalan los siguientes criterios (que reiteran las Conclusiones del Abogado General emitidas el 2/2/2016 en la cuestión prejudicial C-421/14) para esclarecer la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado:

Si la facultad del profesional de resolver unilateralmente el contrato depende de que el **consumidor** incumpla una obligación 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 respecto a la duración y cuantía del préstamo;

Si dicha facultad constituye una excepción respecto a las normas aplicables a falta de acuerdo entre las partes, de manera que resulte más difícil para el **consumidor** el acceso a la justicia y su defensa;

Si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al **consumidor** sujeto a la aplicación de ese pacto poner remedio a sus efectos.

Los criterios son claros pero el TJUE no los ha ordenado.

Por ello la interpretación del TS suscita la duda de si tales criterios son cumulativos; esto es, si tienen que darse todos o si es suficiente con el último, que conecta con el criterio del TS sobre el artículo 693.3 de la LEC.

Estimo que la Directiva no consiente esta interpretación.

1. Porque el artículo 693.3 LEC se aplica únicamente a las ejecuciones hipotecarias siempre y cuando la hipoteca recaiga sobre vivienda habitual y no se haya usado en los últimos 3 años, en los restantes casos al deudor no se le permite enervar. 2. Porque la consignación de lo hasta ahora debido no puede sanar la nulidad que es insanable.

En este caso se puede afirmar desde luego que el compromiso incumplido es esencial (en un préstamo la obligación más importante del prestatario es devolver el capital recibido y su precio) y que la facultad de vencimiento anticipado está prevista como excepción a las normas dispositivas (fundamentalmente el artículo 1.124 del Código Civil, asimilando vencimiento a resolución) dejando al **consumidor** en una situación más desfavorable.

Pero no está previsto para un incumplimiento suficientemente grave, sin perjuicio de este incumplimiento grave haya ocurrido pero es otra cuestión.

El incumplimiento de 1 cuota no es suficientemente grave desde el momento en que en el préstamo se previeron 204 ni es grave el impago de 1 mes en un contrato concertado por 204 meses ni puede conceptuarse como grave no restituir 539.61 ? (importe de la cuota pero sólo algo más de 300 ? es principal) en un préstamo de 79.234,96 ?.

Es importante pensar que la aplicación de la cláusula cuestionada produce una profunda desviación del previsible (y previsto) programa contractual al permitir al Banco reclamar todo lo adeudado hasta el momento con varios recargos (intereses, comisiones, gastos y costas) y le habilita para acudir a un proceso judicial en el que se limitan (y aún siguen limitados) los recursos y se evitan interferencias a su fin natural, el lanzamiento.

La gravedad del incumplimiento debe ponerse en relación no sólo con el porcentaje de deuda impagado y el tiempo del préstamo sino también con el poder del Banco para hacer efectivo su crédito y la capacidad del **consumidor** para reaccionar. La STJUE de 14/3/2014 menciona ambos criterios (ad 73) pero no precisa cómo se deben combinar.

Con esta cuestión se solicita del TJUE que se ordenen.

20. Aparte lo dicho surge la duda de si verdaderamente el artículo 693.3 de la LEC es el remedio suficientemente adecuado y eficaz a que hace referencia la STJUE *Aziz*.

Para ello es preciso tener en cuenta dos circunstancias:

1. Que al pago de lo debido se le suma la adición de recargos de magnitud no desdeñable como son intereses y costas. 2. Que aunque se rebaje el impacto de estos recargos (los intereses, apreciada su abusividad, se han dejado en 0 y las costas en el 5 % por la aplicación del artículo 575.1bis LEC) es gracias a parámetros que en el momento de contratar no eran siquiera previsibles y es el momento de contratar el momento de



referencia de la apreciación como abusiva de una cláusula conforme el artículo 4.1 de la Directiva según el ATJUE de 11/6/2015 .

21. Por último conviene tener presente dos reflexiones:

En primer lugar cuando se dice que la obligación de los Estados miembros, derivada de una Directiva, de alcanzar el resultado que ésta prevé, así como su deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de dicha obligación se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, entre ellas se deben incluir las autoridades judiciales.

Así lo dicen las SSTJUE *Von Colson y Kamann* de 10/4/1984, C-14/83 , ap. 26, *Küçükdeveci* de 19/1/2010, C-555/07, ap. 46, o *Antonino Accardo* de 21/10/2010, C-227/09, ap. 49.

Aún más, ante una situación en la que no se haya adaptado el Derecho nacional a una Directiva una jurisprudencia del TJUE uniforme, reiterada y conexas con el caso impone al juez nacional que al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, «haga todo lo posible» , a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, «alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva» y de esa forma atenerse al artículo 189.3 TCEE .

Así lo proclaman, por todas, las sentencias *Marleasing* de 13/11/1990, C-106/89 , ap. 8, *Wagner Miret* de 16/12/1993, C-334/92, ap. 20, *Faccini Dori* de 14/7/1994, C-91/92, ap. 26, y *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* , de 27/6/2000, casos acumulados C-240/98 a C-244/98, ap. 30.

Octavo. Quinta cuestión. Sobre la compatibilidad de la norma española con la Directiva y la Carta de Derechos Fundamentales al restar derechos al consumidor en varios de los procedimientos que el profesional puede escoger.

22. La quinta y última cuestión se pregunta, desde la perspectiva de los artículos 38 de la Carta y 7.1 de la Directiva, si una ley procesal nacional que reserva el ejercicio de determinados derechos del **consumidor** (la posibilidad de rehabilitación del préstamo y de exoneración parcial de la deuda o el tipo mínimo de subasta) a un proceso expeditivo que puede escoger el profesional y la niega en otros respeta el elevado nivel de protección de los **consumidores** que la Carta garantiza.

Estimo que la respuesta debe ser negativa, lo que refuerza que el TJUE haya declarado en las SSTJUE *Banesto* , EU:C:2012:349, ap. 55, *Aziz* , EU:C:2013:164, ap. 62, *Sánchez Morcillo* , EU:C:2014;2099, ap. 47 y *Ku?ionová*, EU:C:2014:2189, ap. 53, entre otras, que las características específicas de los procedimientos judiciales que se ventilan entre los profesionales y los **consumidores** no pueden constituir un elemento que pueda afectar a la protección jurídica de la que estos deben disfrutar en virtud de las disposiciones de la Directiva.

Noveno. Justificación de la necesidad de la cuestión.

23. En refuerzo del planteamiento de esta cuestión hay que tener en cuenta que si la resolución judicial que la provoca y que este auto deja en suspenso pendiente de la decisión del TJUE es desfavorable al **consumidor** este no puede asegurar su vivienda aun cuando recurra dicho auto.

24. El artículo 695.4 de la LEC incorporaba una regla que impedía que el **consumidor** pudiera recurrir la desestimación de su oposición contra cláusulas abusivas.

Al cuestionar este precepto la STJUE *Sánchez Morcillo* , EU:C:2014;2099, se promueve una reforma urgente aprobada por Real Decreto Ley 11/2014, de 5/9, BOE núm. 217 de 6/9/2014. Tras ello y para adaptar la norma española el nuevo artículo 695.4 LEC permite que el **consumidor** recurra en apelación la desestimación de su impugnación.

En principio esa novedad puede llevar a pensar que se ha subsanado el problema que abordaba la STJUE de 17/7/2014 .

Ahora bien, es muy importante advertir que este recurso de apelación carece de efecto suspensivo (así lo dispone el artículo 561.1 de la LEC), que es circunstancia que debe tener en cuenta el TJUE por el peligro que entraña.

En caso de continuar la ejecución aunque el ejecutado aún tiene a su disposición un recurso de apelación este recurso no neutraliza el riesgo de pérdida de su vivienda (por su venta a un tercero) al no tener efecto suspensivo y como quiera que un posible proceso separado (al regirse por el artículo 698.1 de la LEC que no permite suspender la ejecución) llegaría tarde, concediendo al ejecutado sólo una compensación económica, escenario valorado por el TJUE en SSTJUE *Aziz* de 14/3/2013, EU:C:2013:164, ap. 50, y 17/7/2014, EU:C:2014;2099, ap. 43, calificando esa compensación como protección incompleta e insuficiente.

En razón a todo ello

**DISPONGO**

Que debo DISPONER la suspensión del curso de los autos para el planteamiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea de las siguientes cuestiones prejudiciales:

- 1) ¿Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con **consumidores**, son compatibles con que la apreciación como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado, que constituye el fundamento de un proceso de ejecución, no genere ninguna consecuencia en el proceso judicial en el que se detecta?
- 2) ¿Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE son compatibles con una interpretación que condiciona las consecuencias de la apreciación como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado a las concretas características de los procesos por los que puede optar el profesional?
- 3) ¿Es acorde con los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE una interpretación según la cual aunque una cláusula predispuesta permita el vencimiento anticipado en un contrato de larga duración por un incumplimiento no grave y dejando al **consumidor** en peor condición que la resultante de la norma nacional supletoria la cláusula no sería nula únicamente porque exista una regla correctora en la norma procesal nacional sólo aplicable en el concreto proceso escogido por el profesional y sólo si se dan determinadas condiciones?
- 4) ¿Es el artículo 693.3 LEC un remedio adecuado y eficaz que permite al **consumidor** poner remedio a los efectos de un pacto de vencimiento anticipado abusivo teniendo en cuenta que debe pagar los intereses y costas?
- 5) ¿Respeto el principio de efectividad de la Directiva 93/13/CEE y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea una ley procesal nacional que otorga derechos al **consumidor** que puede hacer valer en un proceso de ejecución especialmente expeditivo que el profesional puede escoger entre otros alternativos en los que tales derechos son desconocidos?

ACUMULACIÓN DE ASUNTOS:

25. Antes de concluir, me gustaría llamar la atención del TJUE acerca de la similitud que existe entre la presente cuestión y la planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Fuenlabrada en el caso C-92/16.

26. Si el TJUE estimase pertinente acumular este a aquél asunto se podrían reducir sensiblemente los plazos de resolución, conforme el artículo 54 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (DOUE 6.11.2012).

Notifíquese esta resolución a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que en cualquier caso y con independencia de su firmeza hay que estar a lo acordado, conforme la STJUE *Cartesio* de 16/12/2008, C-210/06, ordenando remitir testimonio de esta resolución y documentación adjunta al TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigido a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925, Luxemburgo, para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, remitiendo copia simple al CGPJ, red REDUE.

Así lo acuerda, manda y firma D. JAIME FRANCISCO ANTA GONZÁLEZ, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Santander.

EL JUEZ. LA LETRADA DE LA ADMÓN DE JUSTICIA.

DILIGENCIA. Seguidamente se cumple lo mandado. Doy fe.