



Roj: **STS 626/2016 - ECLI:ES:TS:2016:626**

Id Cendoj: **28079110012016100087**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/2016**

Nº de Recurso: **2211/2014**

Nº de Resolución: **79/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Zamora, núm. 2, 20-02-2014,**

SAP ZA 182/2014,

STS 626/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil dieciséis.

Esta Sala ha visto el recurso de casación, interpuesto por "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, **SS.A.**", representado por la procuradora D.^a Ana Espinosa Troyano, bajo la dirección letrada de D. Pedro Gómez de Agüero Ramírez; contra la sentencia dictada el 4 de junio de 2014, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zamora, en el recurso de apelación núm. 95/2014, dimanante del juicio ordinario núm. 241/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Zamora. Sobre nulidad de cláusulas de interés de **demora** y de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Han sido parte recurrida D. Juan Luis y Dña. Macarena, representados por la procuradora D.^a Victoria Rodríguez-Acosta Ladrón de Guevara y bajo la dirección letrada de D. Luis Felipe Gómez Ferreiro.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero .- *Tramitación en primera instancia.*-

1. - El procurador D. Luis Ángel Turiño Sánchez, en nombre y representación de D. Juan Luis y D.^a Macarena, interpuso demanda de juicio ordinario contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria **SS.A.**, en la que solicitaba se dictara sentencia «en la que: 1.- Se declare la nulidad de la estipulación 6.^a y 6.^a BIS del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de julio de 2.006 y las equivalentes en el de 15 de junio de 2007.

2.- Se condene a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso desde el inicio de la relación hipotecaria.

Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada.»

2.- La demanda fue presentada el 14 de junio de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Zamora y fue registrada con el núm. 41/2013. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Elena Fernández Barrigón, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria **SS.A.**, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba «se acuerde desestimar las pretensiones planteadas de contrario en esta demanda de juicio ordinario, con expresa Imposición de costas.»

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado- Juez de Primera Instancia del Juzgado n.º 2 de Zamora, dictó sentencia de fecha 20 de febrero de 2014, con la siguiente parte dispositiva:

«FALLO.



Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador D. Luis Ángel Turiño Sánchez en nombre y representación de D. Juan Luis y D^a Macarena , contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA **SS.A.**, declaro la nulidad de la estipulación 6^a y 6^a bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de julio de 2006 suscrito entre las partes, y las equivalentes en el de 15 de junio de 2007, y condeno a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieren podido cobrar en exceso desde el inicio de la relación hipotecaria por intereses moratorios, sin imposición de costas a ninguna de las partes».

Segundo.- *Tramitación en segunda instancia.-*

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, **SS.A.**

La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zamora, que lo tramitó con el número de rollo 95/14 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 4 de junio de 2014 , cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Estimamos parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la procuradora, doña Elena Rosa Fernández Barrigón, en nombre de BANCO BILBO VIZCAYA ARGENTARIA, **SS.A.**, contra la sentencia de fecha veinte de febrero de dos mil catorce, dicta por el Ilmo. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia Número Dos de Zamora .

Revocamos parcialmente dicha sentencia en el sentido de que la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula 6, bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de julio de 2.006 se circunscribe exclusivamente a la causa del vencimiento anticipado de la letra a) de la indicada cláusula, en los términos establecidos en el párrafo final del fundamento de derecho tercero.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Devuélvase el depósito constituido por la parte para recurrir.»

Tercero.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.-*

1.- La procuradora D^a Elena Fernández Barrigón, en representación de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria **SS.A.**, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero. - Al amparo del artículo 477.1 de la LEC , por infracción del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria y de la Disposición Transitoria Segunda de la ley 1/2013 , en relación con el enjuiciamiento de la validez y la determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses de **demora** del contrato de préstamo hipotecario, justificándose el interés casacional por tratarse de normas que no llevan más de cinco años en vigor del modo en que se ha acreditado en el apartado 4^o.1.4 de los requisitos de admisibilidad.

Segundo. - Al amparo del artículo 477.1 de la LEC , por infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo contenida en las sentencias núm. 792/2009 de 16 de diciembre , núm. 1124/2008 de 12 de diciembre y núm. 506/2008 de 4 de junio , por declarar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado del contrato de préstamo hipotecario en cuestión, justificándose el interés casacional por la vulneración de esa doctrina del modo en que se ha acreditado en el apartado 4^o.2 de este escrito, al tratar de los requisitos de admisibilidad.»

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó Auto de fecha 5 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria **SS.A.**" contra la sentencia dictada el día 4 de junio de 2014, por la Audiencia Provincial de Zamora, en el rollo de apelación nº 95/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 241/2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Zamora».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 30 de noviembre de 2015 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 28 de enero de 2016, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Resumen de antecedentes.-

1.- El 19 de julio de 2006 los demandantes suscribieron escritura de préstamo con garantía hipotecaria sobre un inmueble de su propiedad con "BBVA, **SS.A.**", por importe de 180.000 ? (contrato ampliado y novado en escrituras de 15 de junio de 2007 y 27 de noviembre de 2008). Entre otras estipulaciones, se incluían en el contrato una cláusula de intereses moratorios del 19% anual, y una cláusula de vencimiento anticipado que permitía al banco la resolución unilateral del contrato por impago de una sola cuota.

2.- Los prestatarios interpusieron una demanda en la que solicitaban la nulidad, por abusivas, de las mencionadas estipulaciones contractuales. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda, declaró la nulidad de las indicadas condiciones generales de la contratación y ordenó la restitución de los intereses moratorios indebidamente cobrados.

3.- Interpuesto recurso de apelación por la entidad bancaria, el mismo fue parcialmente estimado por la Audiencia Provincial, que precisó que la declaración de abusividad y correlativa nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado se refería únicamente a la primera causa prevista en la misma -impago de una sola cuota-; confirmándola en todos sus demás pronunciamientos.

SEGUNDO.- Recurso de casación.-

Primer motivo (intereses moratorios del préstamo hipotecario):

Planteamiento:

1.- Se residencia el motivo en el art. 477.1 LEC , por infracción del art. 114.3 de la Ley Hipotecaria y la Disposición Transitoria 2ª de la Ley 1/2013 , en cuanto regulan la limitación legal al tipo pactado para los intereses moratorios en los contratos de préstamo hipotecario.

La cláusula declarada nula es del siguiente tenor:

*«Las obligaciones dinerarias de la parte prestataria, dimanantes de este contrato, vencidas y no satisfechas, devengarán desde el día siguiente al de su vencimiento, sin necesidad de requerimiento alguno y sin perjuicio de la facultad de vencimiento anticipado atribuida al Banco en la cláusula 6ª bis, un interés de **demora** del 19% nominal anual, calculado y liquidable por meses naturales o fracción en su caso y siempre por periodos vencidos. Los intereses vencidos y no satisfechos devengarán y se liquidarán en igual forma nuevos intereses al tipo de interés moratorio aquí establecido.*

*Las cantidades resultantes como intereses de **demora** se considerarán firmes en el momento en que se perciban, sin perjuicio del derecho del Banco a exigir los intereses moratorios devengados hasta cada momento, y quedarán garantizadas exclusivamente con cargo a la cantidad máxima consignada en el apartado b) de la cláusula 9ª».*

2.- Tras justificar el interés casacional en que las normas citadas como infringidas llevan menos de cinco años en vigor, se argumenta que la sentencia no ha tenido en cuenta los máximos legales previstos en las mismas, al extender la declaración de nulidad a la totalidad de la cláusula; así como que ese máximo legal imperativo impediría la abusividad de un determinado tipo de interés.

Decisión de la Sala:

1.- La cuestión planteada en el motivo y respecto de una cláusula idéntica a la ahora examinada, incluida en sus escrituras de préstamo hipotecario por la misma entidad recurrente, ha sido resuelta por esta Sala en su sentencia de Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre .

2.- Decíamos en dicha resolución que la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, reformó el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer apartado, que establece un máximo legal al pacto de intereses moratorios en los contratos de préstamo para la adquisición de vivienda habitual, de manera que no pueden ser superiores al triple del interés legal del dinero. A su vez, la Disposición Transitoria Segunda de la misma Ley permitía el recálculo de los intereses moratorios establecidos en aquellos contratos concertados con anterioridad, con la finalidad de ajustarlos al mencionado tope legal.

3.- No obstante, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el artículo 114.3 LH prohíbe que, en los préstamos para adquirir la vivienda habitual, se pacten intereses superiores a los que indica, pero no excluye el control del carácter **abusivo** de aquellas cláusulas de intereses moratorios que, aunque no sean contrarias al precepto, porque respetan ese límite máximo del triple del interés legal del dinero, puedan implicar la " *imposición de*



una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones", en los términos del artículo 85.6 TRLGDCU.

4.- Así, el Auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 (Asunto C- 602/13) no admite que, una vez declarada la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, sea directamente aplicable el interés previsto en el citado art. 114.3 LH :

«...El contrato de que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas,... (el juez no puede)... reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula ..., si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13 (al)... eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales.... Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva "por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato"».

5.- Asimismo, 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) ha negado la posibilidad del juez nacional de aplicar supletoriamente la normativa nacional, salvo para los casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligara al juez a anular el contrato en su totalidad en detrimento de la posición jurídica del consumidor, diciendo: «Es cierto que el Tribunal de Justicia también ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. No obstante, esta posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligaría al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización».

6.- En este mismo sentido se ha pronunciado esta Sala en la sentencia 265/2015, de 22 de abril , al decir: «[l]a consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil , salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de **demora**, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Asimismo, el antes referido Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 ha dispuesto:

«...Así pues, el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del art. 4, apartado 1, del Decreto-ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del art. 1108 del Código Civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter **abusivo** de una cláusula que fija los intereses moratorios.

»Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.

»Los arts. 6, apartado 1 , y 7, apartado 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, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

no prejuzgue la apreciación del carácter "**abusivo**" de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es "abusiva" en el sentido del art. 3, apartado 1, de la citada Directiva».



7.- Además, el mismo auto TJUE reitera la imposibilidad del juez nacional de integrar, moderar o aplicar supletoriamente cualquier norma interna que vaya en contra de la Directiva 93/13, cuando se aprecia la abusividad de una cláusula de intereses moratorios; debiendo por tanto, el juez nacional declarar la nulidad absoluta de la cláusula, teniendo los intereses moratorios por no puestos. Es más, el TJUE declara que, en la medida que la cláusula predispuesta en el contrato con el consumidor es abusiva, debe declararse su nulidad absoluta con independencia de que se haya aplicado o no. A cuyo efecto proclama: *«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" -en el sentido del art. 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».*

8.- Conforme a la doctrina fijada en el tan mencionado auto del TJUE, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114.3 de la Ley Hipotecaria (triplo del interés legal del dinero) no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad de la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo, o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual, entre otras posibles. De tal manera que el límite cuantitativo del citado precepto de la Ley Hipotecaria no tiene como función servir de pauta al control judicial de las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas. Así como también constituir un óbice para el planteamiento de demandas en que se pida el cumplimiento forzoso del contrato de préstamo o se ejecute la garantía, en las que no se podrá reclamar un interés moratorio superior al indicado tope legal.

9.- Por estas razones el art. 114.3 Ley Hipotecaria no puede servir como derecho supletorio tras la declaración de abusividad de la cláusula de intereses moratorios conforme a la normativa sobre protección de consumidores. Además, resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual. Es decir, respecto de los préstamos hipotecarios debe mantenerse el mismo criterio establecido en la mencionada sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales, de manera que la nulidad afectará al exceso respecto del interés remuneratorio pactado.

10.- En cuanto que la sentencia recurrida no se aparta de las conclusiones establecidas tanto por la jurisprudencia comunitaria como por la nacional, este motivo de casación debe ser desestimado.

Segundo motivo (vencimiento anticipado).-

Planteamiento:

1.- Se formula a tenor del art. 477.1 LEC, por infracción de la doctrina jurisprudencial establecida en las SSTs 792/2009, de 16 de diciembre; 1124/2008, de 12 de diciembre; y 506/2008, de 4 de junio. En síntesis, se aduce que el vencimiento anticipado previsto para el supuesto de incumplimiento por el prestatario de su obligación de pago es válido, al concurrir justa causa.

2.- La cláusula cuestionada dice: *«No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, 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».*

Decisión de la Sala:

1.- Al igual que sucedía con la otra condición general de la contratación examinada al resolver el precedente motivo de casación, la cuestión planteada ha sido ya resuelta, respecto de una misma cláusula impuesta por la entidad bancaria recurrente, en la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 705/2015, de 23 de diciembre.

2.- Hemos dicho en tal resolución que, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor «pierde» el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.



En términos generales, esta Sala no ha negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que esté claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podrá dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pueda quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil (sentencias de 2 de enero de 2006 , 4 de junio de 2008 , 12 de diciembre de 2008 ó 16 de diciembre de 2009 , entre otras).

Así, la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre , con base en el art. 1255 CC , reconoció la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos *«cuando concurra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial-, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo»*.

A su vez, en la sentencia de 17 de febrero de 2011 , señalamos:

« Esta Sala tiene declarado en sentencia número 506/2008, de 4 de junio , que si ciertamente la doctrina del Tribunal Supremo abogó inicialmente (en la sentencia que cita la parte recurrente de 27 marzo 1999) por la nulidad de tales cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, con invocación de la legislación hipotecaria y con referencia también a los artículos 1125 y 1129 del Código Civil , no puede desconocerse que este pronunciamiento, que no tuvo acceso al fallo y se emitió obiter dicta, en un supuesto además en que se estipularon una serie de condiciones que desvirtuaban el contenido del préstamo y suponían prerrogativas exorbitantes y abusivas para el Banco prestamista, no fue seguido por otras resoluciones posteriores en las que esta Sala, con carácter general, ha mantenido como válidas estas cláusulas; por ejemplo, en sentencia de 9 de marzo de 2001 y también, en el ámbito del contrato de arrendamiento financiero, en la de 7 de febrero de 2000».

La citada sentencia 506/2008, de 4 de junio , precisó que, atendiendo a los usos de comercio, y vista la habitualidad de dichas cláusulas en la práctica bancaria reciente, existían argumentos para defender la validez de tales estipulaciones al amparo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), cuando concurra justa causa para ello, es decir, cuando nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, entre las que se incluye el impago de las cuotas de amortización de un préstamo.

3.- En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 , sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva per se, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso. En este sentido, señala en el apartado 73: *«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»*.

4.- Sobre estas bases, la cláusula controvertida no supera tales estándares pues, aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - art. 693.3, párrafo 2, LEC , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación.

5.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable. Pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC , cuando



afirma que «[P]odrá 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 en el asiento respectivo"; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[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».

Es decir, 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).

6.- La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

7.- Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.

Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el art. 693.3 LEC, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, 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; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aún más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo art. 693 LEC, éste no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el art. 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para



el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el art. 682-2-1ª LEC , al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los arts. 681 y siguientes LEC , que no resultarían aplicables en el juicio declarativo. En el cual, ni siquiera es claro que la posición procesal del consumidor fuese más favorable, puesto que los medios de defensa respecto de posibles cláusulas abusivas serían los mismos que en el proceso de ejecución hipotecaria, una vez que el vigente art. 695.1.4 LEC le permite oponerse alegando «*el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible*», y mientras se sustancia, se seguirían devengando nuevos intereses y aumentando la deuda.

8.- De ahí que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor. Al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar a todos los compradores de viviendas mediante préstamos hipotecarios a largo plazo anteriores a la Ley 1/2013, 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.

TERCERO.- Costas y depósitos.-

1.- De conformidad con lo previsto en los artículos 394.1 y 398.1 LEC , deben imponerse las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

2.- Procede acordar también la pérdida del depósito constituido, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1.º DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, **SS.A.**" contra la sentencia núm. 96/2014, de 4 de junio de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Zamora, en el recurso de apelación núm. 95/14 .

2.º Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación, así como la pérdida del depósito constituido al efecto.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmada y rubricada.

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:28-01-2016

Voto particular concurrente con el fallo que formula el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno.

CUESTIÓN PREVIA. Dado que la presente sentencia, fundamento de derecho segundo, segundo motivo (vencimiento anticipado), reproduce la doctrina jurisprudencial de la sentencia de Pleno de esta Sala núm. 705/2015, de 23 de diciembre , creo necesario formular este voto particular concurrente reiterando, con idéntica finalidad, lo ya expuesto en el voto particular formulado a la citada sentencia. Máxime, teniendo en cuenta, que en el presente caso se trata del ejercicio de una acción individual interpuesta por los consumidores, y habida cuenta de las conclusiones del Abogado General de 2 de febrero de 2016, en el asunto C- 421/14, en donde claramente sostiene el sobreseimiento de la ejecución tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Introducción, contexto valorativo de la discrepancia y planteamiento metodológico del voto particular formulado.

PRIMERO.- 1.Introducción.



Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados y compañeros de Sala debo indicar, desde ahora, que el voto particular concurrente que formulo, aunque necesariamente discrepante con la doctrina jurisprudencial de la cuestión objeto de examen, se realiza desde la finalidad primordial de que sea útil para la mejor comprensión y estudio de la naturaleza y alcance del control de abusividad, y su conexión con la dinámica del fenómeno jurídico de la contratación bajo condiciones generales.

Esta cuestión, es de suma trascendencia para la correcta comprensión del fenómeno jurídico en toda la integridad o unidad que presenta pues, sin duda, en la naturaleza y alcance del control de abusividad, como control de legalidad en orden a la valoración de la eficacia resultante de la reglamentación predispuesta, radica la "especialidad" de la contratación bajo condiciones generales como auténtico "modo de contratar", diferenciado del modelo del contrato por negociación. Calificación ya otorgada por esta Sala en numerosas sentencias, entre otras, SSTS de 18 de junio de 2012 (núm. 464/2014).

La centralidad de esta cuestión en el estudio del fenómeno jurídico comporta, a su vez, que su correcta comprensión no sólo sirva para la necesaria tuición del adherente, parte débil en el contexto de este modo contratar, sino también para la mejor defensa y equilibrio de todos los bienes e intereses jurídicos concurrentes en este importante sector del tráfico patrimonial. Desde el incremento de la seguridad jurídica hasta la mejora de la competencia a través de la "calidad de negociación" de la reglamentación predispuesta, pues la cláusula abusiva constituye, per se, el hecho determinante de la lesión de estos bienes e intereses jurídicos objetos de tutela; de ahí el deber de suprimirlas y expulsarlas del tráfico patrimonial.

Por otra parte, y en el marco de estas líneas introductorias, debo indicar que la formulación de este voto particular también responde a un compromiso de coherencia interna con la doctrina que he sustentado, desde el principio, a la hora de abordar este complejo fenómeno jurídico, claramente reconocible en la sentencia citada de 18 de junio de 2012 . Por lo que el desarrollo de la fundamentación técnica que acompaña a este voto particular, dada la unidad y sistematización señalada del fenómeno, guarda una estrecha y necesaria razón de lógica-jurídica con los anteriores votos particulares formulados en el ámbito de esta materia. Principalmente respecto del voto particular de la Sentencia de 25 de marzo de 2015 (núm. 139/2015), a propósito del control de transparencia y la razón de ineficacia contractual derivada del ejercicio de una acción individual de impugnación. Pero también, y con igual oportunidad y fundamento, con el que anteriormente formulamos varios Magistrados a las sentencias de esta Sala de 15 y 21 de abril de 2014 (números de recursos 2274 y 1228, respectivamente, relativas al denominado caso "Polaris Word"), respecto de la necesaria autonomía que presenta el control de abusividad, y su valoración o control de la reglamentación predispuesta, con relación al momento de la celebración del contrato, sin que pueda extenderse o condicionarse dicha valoración al momento o plano diferenciado de la ejecución o cumplimiento que resulte del contrato.

2. Contexto valorativo de la discrepancia. La naturaleza y alcance del régimen de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y su consiguiente incidencia en el sobreseimiento del procedimiento de ejecución de la garantía hipotecaria .

El voto particular que se formula no cuestiona el fallo de la sentencia, de ahí su carácter concurrente, pues apoya decididamente la desestimación de los recursos interpuestos por los recurrentes y, con ella, la calificación de abusiva de la cláusula predispuesta que configura el vencimiento anticipado de la obligación. Abusividad que la sentencia de la Audiencia valora de forma muy correcta y cumplida.

El voto particular, por tanto, no cuestiona el resultado de la abusividad declarada, ni la amplitud de los criterios interpretativos que resulten aplicables para alcanzar dicha valoración o calificación [fundamento de derecho quinto de la sentencia, "apartado e) quinto motivo (vencimiento anticipado)", números 1 a 3 de la "Decisión de la Sala"], sino la doctrina jurisprudencial que sienta, tras haber declarado la nulidad de la cláusula y su consiguiente inaplicación, en favor de la procedencia en estos casos de la continuidad del proceso de ejecución conforme a la aplicación del artículo 693. 2 LEC (número 4 de la "Decisión de la Sala").

Dicha doctrina jurisprudencial, de un modo frontal y con carácter general, desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este ámbito.

3. Planteamiento metodológico del voto particular. Delimitación de los planos de valoración.

Conforme a la finalidad enunciada, el voto particular estructura su hilo discursivo de acuerdo a un planteamiento metodológico que discurre inicialmente desde la mayor abstracción que refieren las perspectivas analíticas, que configuran conceptualmente la naturaleza y alcance del control de abusividad, hasta alcanzar perspectivas más concretadas o detalladas propias del contexto interpretativo objeto de análisis y, sobre todo, de la doctrina jurisprudencial del TJUE aplicable en esta materia.



Las conclusiones que se obtienen del correcto planteamiento metodológico resultan frontalmente contrarias a la doctrina jurisprudencial que desarrolla la sentencia en aspectos conceptuales claves o esenciales de la cuestión planteada. Aspectos metodológicos que llevan a la necesaria diferenciación de los distintos planos valorativos que subyacen en la dinámica de aplicación del control de abusividad y, a su vez, a establecer con claridad el fundamento que justifica, en su caso, que pueda operarse una integración contractual consistente en que el juez nacional sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional. Fundamento que condiciona, en todo caso, a que dicha integración se opere sólo en beneficio de los intereses del consumidor adherente.

Así, respecto de la necesaria diferenciación señalada hay que distinguir de una parte, el plano pertinente a la calificación del carácter **abusivo** de la cláusula en cuestión. Plano que compete a los jueces y tribunales nacionales y cuyo ámbito conceptual permite la labor interpretativa a tales efectos. Con la posible aplicación de un elenco flexible de criterios de valoración según las circunstancias del caso, bien referenciados en la propia doctrina jurisprudencial del TS o TJUE, o bien inferidos de la propia legislación nacional (caso del artículo 693.2 LEC). Plano que la sentencia aplica correctamente cuando precisamente, con cita de la STJUE de 14 de marzo de 2013, tiene en cuenta los criterios previstos en el artículo 693.2 LEC para valorar el carácter **abusivo** de la cláusula del vencimiento anticipado (apartado 2 de la "Decisión de la Sala").

Sin embargo, y de otra parte, este plano valorativo de calificación del carácter **abusivo** de la cláusula debe diferenciarse, nitidamente, del plano pertinente a las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión, propiamente dicho. Plano cuyo objeto es el régimen de la ineficacia derivada de la declaración de abusividad y cuyo ámbito conceptual no permite la anterior tarea interpretativa, pues su aplicación queda conformada por la propia norma que ya refiere, imperativamente, el alcance o efectividad de dicho régimen de ineficacia de las cláusulas declaradas abusivas.

Consecuentemente, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, que la presente sentencia cita, pero desvirtúa en el fondo, sólo autoriza que pueda operarse excepcionalmente la integración de la cláusula abusiva, por una disposición supletoria de Derecho nacional (caso del artículo 693.2 LEC), cuando dicha integración, conforme a la finalidad y al efecto disuasorio perseguidos por la Directiva 93/13, y afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de éste sólo en beneficio de los intereses del consumidor adherente. En términos de la propia sentencia citada del TJUE, apartado 83: "En cambio, si en una situación como la del asunto principal no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (restitución del capital prestado), de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse".

Como se observa fácilmente, planteamiento completamente opuesto a la integración que realiza la sentencia de esta Sala en el presente caso, en donde dicha integración, sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la aplicación del artículo 693.2 LEC, sólo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria. Pues el despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor, que no sólo viene obligado a la restitución del capital prestado, hipótesis que valoraba la citada sentencia del TJUE, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas que acompañan a esta situación jurídica; frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Precisamente, si se analiza con detenimiento este deslinde de los planos valorativos, se observa que este plano del régimen de ineficacia, como expresión de una plena "desvinculación" del consumidor con los efectos de la cláusula declarada abusiva, constituye la "especialidad" tuitiva que incorpora el control de abusividad en el marco de los consumidores, pues la exigencia de que concurra una "justa causa" que justifique el vencimiento anticipado de la obligación, como criterio de valoración, resulta aplicable a todo contrato o procedimiento de ejecución que se deriven del mismo. De ahí, su alcance de "orden público económico" en la interpretación de la Directiva 93/13 respecto de la efectividad de dicho régimen de ineficacia sobre los efectos producidos por la cláusula declarada abusiva.

El régimen de ineficacia de la cláusula abusiva como parte integrante del orden público económico y de la razón de efectividad del control de abusividad. Consideraciones centrales y complementarias.

SEGUNDO.- La sentencia objeto de este voto particular no tiene en cuenta esta necesaria delimitación de los planos que concurren en la dinámica del control de abusividad. De forma que, tras confirmar el carácter **abusivo** de la cláusula de vencimiento anticipado, y su correspondiente nulidad e inaplicación, declara que "habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC". Con la consiguiente continuación de todos aquellos procesos de ejecución hipotecaria que, aun contando con la cláusula declarada abusiva, caigan dentro de la previsión del citado precepto (tres plazos mensuales de impago, o un número de cuotas impagadas que



suponga el incumplimiento de la obligación por un plazo, al menos, equivalente a los tres meses). Pasando, a continuación, a justificar esta doctrina señalando que esta decisión resulta: "conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho del TJUE en el auto de 11 de junio de 2015".

En nuestra modesta opinión, como ya se ha señalado, esta doctrina jurisprudencial desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad y choca frontalmente con la doctrina jurisprudencial del TJUE en esta materia.

Con relación a los aspectos indicados, conviene exponer las principales objeciones que se infieren de las perspectivas analíticas que conceptualmente vienen a configurar la naturaleza y alcance del control de abusividad. A modo de síntesis, pueden resaltarse las siguientes consideraciones.

1. El régimen de ineficacia derivado del control de abusividad como parte integrante del orden público económico. El principio de efectividad del artículo 6 de la Directiva 93/13 .

La objeción, de por sí concluyente, que debe destacarse en el marco de referencia que ofrecen estas perspectivas de análisis es que el régimen de ineficacia, que se deriva de la declaración de abusividad de la cláusula, constituye un elemento conceptual que forma parte integrante del concepto de orden público económico, pues proyecta el "principio de efectividad" con el que ha de aplicarse, necesariamente, la Directiva 93/13; particularmente a tenor de lo dispuesto en su artículo sexto en donde, con claridad meridiana, se establece que las cláusulas abusivas "no vincularán" al consumidor. Desvinculación que está en la esencia del carácter sancionador de la ineficacia declarada y que, a su vez, informa la función disuasoria que también descansa en el interés público que subyace en la declaración de abusividad de la cláusula.

Esta concepción, como fundamento de la objeción realizada, resulta incontestable a la luz de la doctrina jurisprudencial del TJUE que tiene declarado, reiteradas veces, que el artículo sexto de la directiva debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tiene rango de normas de orden público. Entre otras resoluciones, SSTJUE de 6 de octubre de 2009, asunto C 40/08 y de 30 de mayo de 2013, asunto C 488/11 , así como el ATJUE de 16 de noviembre de 2010 .

En consecuencia, confirmando el carácter **abusivo** de la cláusula de vencimiento anticipado, la declaración de la vigencia y aplicación de estos casos del artículo 693. 2 LEC constituye una infracción de una norma imperativa de la Directiva y, a su vez, una vulneración de la doctrina jurisprudencial del TJUE que, en el ámbito de su competencia (STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C 34/13), lo interpreta y desarrolla. De suerte, que la transposición del "principio de efectividad", con el valor de norma integrante del orden público económico, informa necesariamente a todo nuestro ordenamiento jurídico incluido, claro está, tanto la aplicación analógica realizada, como resultado de la misma, es decir, la aplicación del artículo 693.2 LEC . Que no puede resultar aplicable, paradójicamente, para la vulneración del citado principio dando lugar a una clara vinculación de la cláusula abusiva, de sus efectos y consecuencias, en perjuicio del consumidor adherente; consistente en la validez del procedimiento de ejecución hipotecaria, que trae causa de la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, en todos aquellos casos en donde dicha ejecución se ajuste a la previsión del citado precepto. Pues no cabe otra respuesta legal que no comporte el sobreseimiento del mismo, esto es, una desvinculación plena y absoluta respecto de las consecuencias jurídicas que se deriven directamente de la cláusula declarada abusiva.

2. El concepto de "no vinculación" como expresión de la ineficacia resultante de la declaración de abusividad. Su proyección temporal y material sobre los efectos de la cláusula abusiva.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el fundamento de la objeción planteada encuentra un lógico desarrollo conceptual en la valoración de la naturaleza jurídica de la ineficacia resultante tras la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión; particularmente en atención al concepto de "no vinculación" que contempla el citado artículo 6 de la Directiva, en relación con el artículo 7 de la misma.

En efecto, este desarrollo ya ha sido objeto de interpretación por el TJUE que ha concluido, a tenor de la función tuitiva que lo informa, que su aplicación en los ordenamientos jurídicos nacionales debe "garantizar", en cualquier caso, que las cláusulas declaradas abusivas no vinculen o afecten en modo alguno a los consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-680/10). De forma que esta función garantista, en los términos expuestos, se consigue en aquellos regímenes jurídicos que sancionan las cláusulas abusivas con la figura jurídica de la nulidad de pleno derecho (STJUE de 26 de abril de 2012, asunto C-472/10).

Este resultado interpretativo es el que sustento en mi anterior voto particular a la sentencia de esta Sala de 25 de marzo de 2015 (núm. 139/2015). En donde se analiza el fenómeno de la ineficacia contractual en el plano del control de transparencia derivado del ejercicio de una acción individual de impugnación de la validez de la denominada "cláusula suelo", llegando a la conclusión de la necesaria eficacia "ex tunc" de la obligación de



restitución de la entidad prestamista respecto de los intereses cobrados en exceso (fundamento de derecho tercero del citado voto particular).

Este mismo resultado de la interpretación es el que también defiende la Comisión Europea en su informe al asunto prejudicial C- 154/15 que trae causa de la citada sentencia de 25 de marzo de 2015 . En dicho informe, la Comisión, de forma clara y resolutive, argumenta que el concepto "de no vinculación", referido al artículo 6. 1 de la Directiva, y aplicado a la ineficacia derivada de la abusividad de la cláusula suelo: "surte efectos ex tunc y no sólo desde la declaración de la abusividad de la cláusula en cuestión". Y señala que cualquier otra interpretación, caso de la ineficacia meramente "ex nunc", pondría en peligro el objetivo protector de la Directiva y la "vaciaría de contenido". De modo que la ineficacia resultante debe ser entendida conforme a la sanción de nulidad de pleno derecho prevista en el ordenamiento jurídico español, artículo 83 RDL 1/2007, Ley 3/2014, de 27 de marzo , Ley 7/1998, de 13 abril y artículo 1303 del CC .

Doctrinalmente, por tanto, hay que sustentar que la interpretación del concepto de "no vinculación" que contempla la Directiva no admite cualquier otra valoración que restrinja o condicione el alcance de su función protectora respecto del consumidor adherente. De forma que su proyección en la ineficacia derivada de la cláusula abusiva comporta, necesariamente, una "desvinculación plena" de los efectos y consecuencias jurídicas que directamente despliega la cláusula abusiva en el marco del contrato celebrado. Desvinculación plena que afecta tanto al ámbito "temporal" de la ineficacia resultante (desde el momento de la celebración del contrato), como al ámbito "material" de la misma, esto es, a la propia ineficacia del acto o negocio realizado cuya validez y eficacia traiga causa o se sustente directamente en la cláusula declarada abusiva. Caso, incuestionable, de la ejecución hipotecaria instada por el acreedor al amparo de la cláusula de vencimiento anticipado declarada judicialmente nula e inaplicable.

Cuestión distinta, a la aquí tratada, es que la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado comporte, indefectiblemente, el perjuicio de la garantía hipotecaria que, tras el sobreseimiento de la ejecución así planteada, podría solicitarse judicialmente en el proceso declarativo en donde se haga valer el incumplimiento definitivo del deudor.

3. Régimen de la ineficacia derivada y cumplimiento del contrato: su debida diferenciación y proyección en el contrato accesorio de garantía hipotecaria.

Aunque la anterior objeción planteada, como se ha indicado, resulta por sí sola determinante o concluyente al respecto, no obstante, en la línea de la finalidad del voto particular que se formula, es decir, la mejor comprensión del control de abusividad, también hay que tener en cuenta la debida diferenciación que procede realizar, a estos efectos, entre el plano propiamente dicho del régimen de ineficacia derivado y el plano del cumplimiento del contrato y, en su caso, de las circunstancias que acompañen el ejercicio de la garantía hipotecaria, supuesto objeto de análisis.

Esta diferenciación, también como se ha señalado, ya ha sido inicialmente tratada en los votos particulares que varios Magistrados formulamos conjuntamente las sentencias de esta Sala de 15 y 21 abril 2014 (caso "Polaris Word").

En síntesis, en dichos votos se argumenta que conforme a la naturaleza y alcance del control de abusividad, y a la doctrina jurisprudencial del TJUE que lo interpreta, particularmente de las SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013 , entre otras, la valoración del posible carácter **abusivo** de la cláusula en cuestión no puede extenderse al plano de las circunstancias que acompañan el cumplimiento o ejecución del contrato, o a meras hipótesis inferidas del mismo, sino que debe ceñirse necesariamente al ámbito de las circunstancias concurrentes "en el momento de la celebración del contrato". A los efectos, precisamente, de ponderar tanto el carácter predispuesto de la cláusula en cuestión, como su posible carácter **abusivo** en el marco de la reglamentación predispuesta.

Esta consideración es igualmente aplicable al supuesto que nos ocupa.

En efecto, así como las circunstancias que acompañan al cumplimiento del contrato (retrasos injustificados, incumplimientos parciales, etc.) no pueden ser tenidos en cuenta en el plano autónomo y diferenciado de la valoración del carácter **abusivo** de la cláusula, conforme a la valoración de la reglamentación predispuesta en el momento de la celebración del contrato, objeto propio del control de abusividad, tampoco las circunstancias concretas que acompañan el curso de la ejecución hipotecaria, al margen de su configuración en la cláusula predispuesta, y entre éstas las previstas en el artículo 693. 2 LEC , pueden ser valoradas en orden al régimen de ineficacia derivada que se aplica también de un modo autónomo y diferenciado respecto de los efectos que directamente se derivan de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión. Régimen de ineficacia que no puede atender o proyectarse sobre otras circunstancias distintas de las que configuraron la cláusula declarada abusiva. Consideración que no ha seguido la presente sentencia vulnerando con ello la doctrina



jurisprudencial del TJUE, particularmente la contenida en su Auto de 11 de junio de 2015, que a continuación se analiza.

4. La declaración de abusividad de la cláusula del vencimiento anticipado y la aplicación del artículo 693.2 LEC . Contexto interpretativo: la incorrecta aplicación supletoria sustentada por la Sentencia. El ATJUE de 11 de junio de 2015 .

La sentencia de la Sala también debe ser objetada desde la perspectiva analítica, más detallada, de la clara incompatibilidad de la aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC .

Esta aplicación supletoria del citado precepto no sólo resulta contraria a la lógica jurídica que informa la ineficacia de una nulidad de pleno derecho, sino también a la misma doctrina del TJUE en esta materia

Así, *en primer lugar*, hay que señalar que los supuestos de protección al consumidor, cuando se produce la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión, no dan lugar a una "laguna contractual", tal y como se infiere de la argumentación de la sentencia, sino a la aplicación imperativa de régimen de ineficacia derivado, esto es, al plano estricto de las consecuencias que comporta la nulidad de "pleno derecho" de la cláusula declarada abusiva. Se produce, por tanto, la consecuencia jurídica contraria a la que propugna la sentencia, es decir, no se habilita al juez nacional para que pondere dicha "laguna contractual", como si estuviéramos ante una cuestión pertinente al plano de la interpretación contractual del contrato por negociación, y hubiera que integrar el "vacío" dejado por la cláusula declarada abusiva, pues precisamente, y esto hay que resaltarlo dicha integración contractual es lo que se prohíbe frontalmente como medida de protección específica del régimen de tuición del consumidor en este modo de contratar.

Tan es así, que la reciente Ley 3/2014, de 17 de marzo, siguiendo la doctrina del TJUE contemplada en su sentencia emblemática de 14 de junio de 2012, modificó el texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, para subrayar, precisamente, esta consecuencia jurídica en su nuevo artículo 83. En donde se recalca la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas, "que se tendrán por no puestas", y la vigencia del contrato siempre que pueda subsistir "sin dichas cláusulas". Borrando cualquier posibilidad de integración de los efectos derivados de las cláusulas abusivas. De ahí que sólo excepcionalmente, en los términos vistos de la STJUE de 30 de abril de 2014, se permita la integración contractual cuando resulte imprescindible para no perjudicar al consumidor por los efectos derivados de la nulidad del contrato.

En segundo lugar, con mayor rotundidad si cabe, el fundamento de esta aplicación supletoria también resulta contrario a la doctrina del TJUE en esta materia. En este sentido, la sentencia hace decir al ATJUE de 11 de junio de 2015, lo contrario de lo que realmente sustenta, a los solos efectos de adoptarlo a su fundamentación. Por el contrario, de su lectura, conforme a la doctrina ya asentada por el propio TJUE, de ahí su pronunciamiento a través del citado Auto y no por la vía de una propia Sentencia, se comprende, también de un modo claro y resolutivo, que dicho Auto diferencia cabalmente lo que no diferencia la sentencia. En efecto, como se ha precisado, una cosa es el plano de valoración o calificación del carácter **abusivo** de la cláusula. Cuestión que pertenece al plano de la interpretación y en donde el juez nacional puede valorar los criterios que señala la sentencia (esencialidad de la obligación objeto de la cláusula, gravedad de su incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato, posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; inclusive la previsión contemplada por el propio artículo 693.2 LEC, es decir, el mínimo de tres incumplimientos de los plazos mensuales). Y otra cuestión, bien distinta, es que el juez nacional venga habilitado para integrar las consecuencias derivadas de la cláusula una vez ésta ha sido declarada abusiva. Plano valorativo que resulta vedado a la interpretación del juez nacional. Primero, porque su alcance viene ya determinado por el "principio de efectividad" que pertenece al ámbito del orden público de la Directiva (artículo 6 de la mismas). Segundo, porque la interpretación de la propia Directiva al respecto, artículo 3.1, resulta concluyente y unívoca en su sentido, esto es, ordena al juez nacional que "*deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter **abusivo** de la cláusula en cuestión*". Mandato que ha sido reiterado por el TJUE en el sentido del concepto de "no vinculación", anteriormente analizado, es decir, de procurar la "total desvinculación" para el consumidor de los efectos perjudiciales derivados de la aplicación de la cláusula abusiva. Que en el caso que nos ocupa no puede ser otro que los producidos por el despacho indebido de la ejecución. De ahí que, conforme a este mandato, no quepa otra solución jurídica que el sobreseimiento de la ejecución instada. Pues de igual forma que contra dicho mandato no cabe alegar una disposición nacional, tampoco se pueden alegar mecanismos de aplicación analógica o supletoria que conduzcan finalmente a la aplicación de una disposición nacional que comporte una vulneración de este mandato.

Pero, además, y en la línea de la rotundidad manifestada, debemos pararnos a pensar que si se otorga validez al argumento que desarrolla la sentencia la conclusión que se obtiene no es otra que la "total desnaturalización del control de abusividad". En efecto, pensemos, por un momento, que si el argumento de la sentencia es válido, esto es; "pero ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición



general predispuesta permite el vencimiento anticipado, *no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita*, la desnaturalización señalada del control de abusividad está asegurada pues dicho control, según este razonamiento, no se realiza de acuerdo, como es lógico y ordena la jurisprudencia del TJUE, conforme a la configuración específica de la cláusula en cuestión en el marco de la reglamentación predispuesta, y en el momento de la celebración de contrato (SSTJUE de 21 de febrero y 14 de marzo de 2013), sino de acuerdo a la previsión abstracta que ofrezcan, nada menos, que los propios institutos jurídicos tomados como referencia. Con lo que ninguna cláusula específica de vencimiento anticipado, de resolución convencional o de pena convencional, por más que resultara claramente abusiva, daría lugar al régimen de la ineficacia derivada de pleno derecho de la misma y, por tanto, a la prohibición de no moderación o integración de dicha cláusula, porque siempre se podría argumentar, tal y como hace la sentencia, que la previsión de los institutos del vencimiento anticipado, de la resolución o de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento no son "per se" ilícitos. El objeto del control de abusividad no es, por tanto, como no puede ser de otra forma, la licitud de los institutos jurídicos, sino la concreta configuración de la cláusula predispuesta.

Como se observa, un círculo vicioso que oculta lo que realmente resulta obvio: que la cláusula abusiva no lo es en abstracto sino en la concreta configuración que adopte en la reglamentación predispuesta. Consecuencia, por cierto, ya declarada por esta Sala en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 . De forma que una vez declarada abusiva la cláusula en cuestión no cabe moderar o integrar los efectos de la misma, que en el presente caso no son otros, dada la específica configuración de la cláusula de vencimiento anticipado en el título de ejecución, referida a "cualquier incumplimiento del deudor", que el sobreseimiento de la ejecución instada conforme a esta cláusula declarada abusiva. En ningún caso, con referencia al instituto del vencimiento anticipado. Que por lo demás, conforme al art. 1129 del Código Civil , dado su necesario fundamento de aplicación legal, al faltar el título convencional declarado nulo, exigiría el correspondiente pronunciamiento judicial al respecto en el procedimiento declarativo de que se trate. Razón, por la que, ni siquiera en este supuesto de referencia abstracta al instituto del vencimiento anticipado, cabe la aplicación supletoria que sustenta la sentencia, pues como se ha señalado, el artículo 693.2 LEC parte de supuestos de ejecución hipotecaria de títulos no judiciales con relación a específicas cláusulas de vencimientos anticipados expresamente contemplados en los títulos constitutivos de las garantías hipotecarias, según la propia previsión literal del precepto. Lo contrario, también sería hurtarle al deudor de un necesario pronunciamiento judicial al respecto, con la consiguiente vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE .

En tercer lugar , tomando como punto de partida un criterio de interpretación sistemática del precepto, dada su ubicación, se evidencia su claro y limitado alcance procesal en la medida en que permite despachar la ejecución hipotecaria de un título no judicial y abrir este procedimiento, siempre que en la propia escritura de constitución de la **hipoteca** exista ese convenio que permita el vencimiento anticipado por el incumplimiento de tres mensualidades y así conste además en el asiento registral. Con lo que el pacto acerca de la configuración de la cláusula de vencimiento anticipado y su pertinente reflejo expreso en la escritura de constitución de la **hipoteca** " *constituyen presupuestos para la aplicación del citado precepto*". Sin duda, y como resulta obvio del indiscutible tenor del artículo, la aplicación analógica que "rige" para la sentencia resulta imposible de sustentar dado que no sólo no se da una mínima base de identidad para su aplicación analógica, la cláusula en cuestión está configurada con relación "a cualquier incumplimiento del deudor", sino que además su configuración comercial o pactada ha sido calificada de nula y, por tanto, inaplicable a todos los efectos. Es decir, se carece de título de ejecución. Por lo que el supuesto normativo del artículo 393.2 LEC deviene, a todas luces, inaplicable.

Por último , en cualquier caso, debe resaltarse que el planteamiento que defiende forma parte de la doctrina consolidada del TJUE y como tal ya ha sido aplicado por nuestros tribunales de forma correcta y acertada. En esta línea deben citarse los autos de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 14 de julio de 2015 , de la Audiencia Provincial de Zamora, Sección 1ª, de 29 de septiembre de 2015 , de La Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, del 21 de octubre de 2015 y de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 16ª, de 27 de noviembre de 2015 . Valga, como referencia de todos ellos, la argumentación del reciente auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, que, entre otros extremos, declara: "Más concretamente, el art. 693.2 LEC no contiene una disposición imperativa, sino que se trata de una norma procesal orientada a aclarar la admisibilidad de un pacto extraprocesal por el que las partes acuerdan conceder al acreedor el derecho a declarar vencido el préstamo en determinadas condiciones. No se impone nada, sino que se recoge una mera posibilidad o facultad.

Y, por otra parte, una cosa es que el art. 693.2 LEC exija que las partes hayan pactado expresamente en la escritura el reconocimiento de tal facultad a favor del acreedor y que el pacto acceda al Registro de la Propiedad, como requisitos "sine qua non" para el acreedor pueda reclamar el importe total a través del procedimiento de ejecución hipotecaria, y otra cosa muy distinta que semejante previsión implique, primero, que el ejercicio de dicha facultad es un trasunto de una disposición legal (tan no es así que, si no se recoge



expresamente en la escritura, el acreedor no puede dar por vencida la totalidad del préstamo), y, segundo, que se legitima o ampara legalmente, siempre y en todo caso, el vencimiento anticipado.

No es que el precepto dé por bueno o valide el pacto que recoge la facultad de vencimiento anticipado, con independencia de las concretas condiciones en que se materialice, sino que, partiendo de que la estipulación sea válida desde el punto de vista de su contenido, exige que conste y se recoja en la escritura y en el Registro para que desencadene los efectos pretendidos.

De otra manera no se entenderían las sucesivas sentencias del Tribunal Supremo en las que exige que "nos encontremos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas", como tampoco la sentencia del TJUE de 13 de marzo de 2013, que establece los parámetros con arreglo a los cuales examinar si la cláusula es abusiva.

En definitiva, al contrario de lo que sucede con el supuesto analizado en la STS de 7 de septiembre de 2015, en que la cláusula se limitaba a copiar una norma contenida en la Ley 28/1998, de 13 de julio, en el caso discutido no se trata de la transcripción de un precepto, sino de la plasmación de un pacto al que, si es materialmente válido (cuestión en la que la Ley de Enjuiciamiento Civil no entra), la Ley atribuye unas consecuencias jurídicas determinadas".

En todos estos casos, la aplicación de la Directiva 93/13 y de la doctrina jurisprudencial del TJUE que la interpreta, especialmente de la plasmada en el ATJUE de 11 de junio de 2015, ha sido la causa determinante del cambio de criterio operado dejando claro, al menos, la "*duda interpretativa*" que encierra la solución ahora adoptada por la decisión de la mayoría de la Sala en esta materia.

5.- La aplicación del mecanismo de integración contractual necesariamente condicionada a la función tuitiva del consumidor y al efecto disuasorio de la declaración de abusividad contemplados en la Directiva 93/13 y en la STJUE de 30 de abril de 2014 .

Conforme a lo ya indicado en el apartado dedicado al planteamiento metodológico de este voto particular, debe reiterarse que la integración que realiza la sentencia de la Sala comporta una vulneración frontal de la doctrina jurisprudencial del TJUE, tal y como ha quedado ya expuesto. En este sentido, no puede citarse la sentencia de 30 de abril de 2014 sólo para justificar que el juez nacional pondere criterios de abusividad contemplados en disposiciones nacionales en orden a valorar el posible carácter **abusivo** de la cláusula en cuestión, y olvidar la "ratio decidendi" de la citada sentencia respecto a la cuestión principal allí planteada, y aquí objeto necesario de la fundamentación del presente caso, que no es otra que "*condicionar todo proceso de integración a que se realice sólo y exclusivamente en beneficio de los derechos e intereses del consumidor adherente*".

6. - Alcance de consideraciones y valoraciones hipotéticas que no son objeto del caso enjuiciado.

Por último, debe analizarse el alcance del extenso corolario, a modo de "obiter dicta", que la Sentencia realiza una vez declarada la doctrina que justifica la citada aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC. Números 5,6 y 7 del Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia, del apartado e), quinto motivo: Decisión de la Sala.

En primer lugar, y con carácter general, debe precisarse que estas consideraciones o valoraciones no resultan procedentes en el presente caso, por ser ajenas al examen de la cuestión planteada y al fundamento jurídico de su solución. En efecto, la cuestión planteada, conforme a la naturaleza de la acción ejercitada y a las pretensiones alegadas, no es otra que el régimen de ineficacia que resulta aplicable tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que causaliza en despacho de la ejecución hipotecaria. Y, en su caso, la posible excepción a dicho régimen mediante la integración por una aplicación supletoria de norma nacional que debe realizarse, en todo caso, en beneficio directo y exclusivo de los intereses y posición jurídica del consumidor. Del mismo modo, que el fundamento jurídico de la decisión resultante queda también circunscrito al estricto ámbito de interpretación y aplicación de la doctrina jurisprudencial del TJUE, por ser esta materia objeto específico de su competencia.

Sobre esta base, queda claro que en el presente caso no se cuestiona, o se somete a valoración o debate, el régimen sustantivo de nuestro sistema actual de ejecución hipotecaria, ni su aplicación según las reglas procesales, o la hipotética conveniencia, para los intereses del consumidor, de la continuidad del proceso de ejecución hipotecaria frente a su posible defensa en el correspondiente juicio declarativo en donde la entidad, tras el sobreseimiento, pretenda hacer valer la garantía hipotecaria. Consideraciones, todas ellas, que exceden al objeto y fundamento jurídico del presente caso y que, como hemos argumentado a lo largo de este voto particular, no pueden, en última instancia, justificar una aplicación supletoria de una norma nacional que no sólo es contraria a la "ratio" de la Directiva 93/13, sino también a la propia doctrina del TJUE que la desarrolla. Pues, hay que insistir, una vez más, y las veces que resulten necesarias, que la integración del vacío que deja la cláusula declarada abusiva sólo puede, excepcionalmente, realizarse a través de una aplicación supletoria cuando dicha nulidad afecte a un elemento esencial de contrato principal, sin que éste

puede seguir subsistiendo, y además se realice sólo en atención de los intereses y derechos del consumidor. En el presente caso, no se dan ninguno de los presupuestos citados, ni la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado afecta, per se, a la nulidad del contrato principal del préstamo, sino a la ejecución de la su garantía hipotecaria (elemento accesorio), *caso distinto al analizado en la STJUE de 30 de abril de 2014 en donde la nulidad de la cláusula sí que afectaba a la validez del contrato de préstamo*, ni tampoco el efecto directo de la aplicación supletoria favorece o beneficia, en modo alguno, los intereses o la posición jurídica del consumidor, pues, como se ha señalado, se mire por donde se mire, la continuación del procedimiento de ejecución representa la consecuencia patrimonial más perversa para el consumidor, sin que éste pueda hacer valer sus derechos en su caso, con las garantías que le ofrece el juicio declarativo al respecto. *Todo ello, como también se ha señalado, en una clara vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (Art. 24 CE).*

En segundo lugar, y con relación a las consideraciones vertidas, debe señalarse lo siguiente:

i) *Respecto del número 5.*

a) No hay interpretación maximalista en aquella doctrina que simplemente fundamenta su aplicación en la especial tuición del consumidor de acuerdo a la "ratio" o finalidad de la norma, conforme a la doctrina jurisprudencial del TJUE que la desarrolla.

b) La seguridad y acceso al crédito hipotecario, en un Estado de Derecho, pasa necesariamente por la calidad, equilibrio y transparencia de su contratación y, por tanto, en la disuasión y eliminación de cualquier práctica abusiva al respecto, así como a la no vinculación del consumidor con relación a los efectos perjudiciales derivados de la cláusula abusiva. Se trata, por tanto, de una cuestión de legalidad y de orden público económico implícitas en la seguridad del tráfico jurídico.

c) Hasta la fecha, la defensa de los consumidores ante el clausulado **abusivo** no ha reportado ningún aumento en los intereses del crédito hipotecario, que están en mínimos históricos.

d) La duración media pactada en los préstamos hipotecarios, sea ésta al alza o a la baja, no constituye el fundamento objetivo del vencimiento anticipado (art. 1129 CC), que no es otro que la defensa del derecho de crédito ante el riesgo de insolvencia del deudor; con independencia del momento en que dicho riesgo se produzca en la relación contractual, de acuerdo a los presupuestos legales o convencionales, siempre que éstos sean lícitos.

ii) *Respecto a los números 6 y 7.*

a) La afirmación: "de que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor". Constituye una hipotética valoración que no es objeto del presente caso.

b) En todo caso, y dado que no hay pronunciamiento judicial de esta Sala sobre esta hipótesis o cuestión, tampoco puede negarse lo contrario, esto es, que las ventajas o beneficios señalados por la sentencia, propios de la ejecución hipotecaria y previstos en la LEC, puedan ser objeto de aplicación extensiva si en el juicio declarativo, que declara el vencimiento anticipado de la obligación, se ordena la realización de la garantía hipotecaria que, en última instancia, lleva a la ejecución forzosa del bien hipotecado con sus reglas procesales específicas. Máxime, atendiendo a los "*principios de efectividad y equivalencia*" en materia de consumidores, y de acuerdo, además, con los principios de buena fe y "favor debitoris" que informan la actual aplicación de los preceptos procesales en materia de ejecución hipotecaria.

c) De no ser así, se llegaría a la triste paradoja en donde el necesario y legítimo ejercicio de los derechos por el consumidor, le aboca, "fatalmente", a resultados perversos para él mismo, bien respecto a lo ya visto en la cláusula suelo, con relación a su derecho de restitución de los intereses cobrados ilícitamente, que sólo se le reconoce desde una determinada fecha con claro beneficio para las entidades bancarias, o bien en el supuesto del presente caso, donde se nos dice que el ejercicio de sus legítimos derechos le harán de peor condición en el hipotético juicio declarativo. Consecuencias o valoraciones contrarias a los principios y fundamentos de nuestro Derecho civil patrimonial en materia de contratación.

La doctrina aplicable del TJUE y las consecuencias de su vulneración: integración de la cláusula declarada abusiva y el consiguiente vaciamiento del efecto disuasorio de la declaración de abusividad.

TERCERO.

En definitiva, tras la declaración de abusividad de la de la cláusula de vencimiento anticipado, el acreedor no puede sustentar su pretensión en que el curso de la ejecución instada respeta lo previsto en el artículo 693. 2 LEC . En primer lugar, porque no es cierto, pues dicha previsión no consta configurada negocialmente en el título de la constitución de la **hipoteca** que se hace con referencia a "cualquier incumplimiento del deudor". En



segundo lugar, porque el desarrollo de las consecuencias derivadas de la abusividad, que no es otra cosa que la aplicación plena del régimen de ineficacia del acto o negocio que trae causa de la cláusula abusiva, impide que dicho régimen pueda ser excepcionado o limitado por el plano del cumplimiento contractual observado, que resulta extraño a la propia configuración imperativa de esta consecuencia de "no vinculación" para con el consumidor. Así como la posible integración que no se realice en beneficio exclusivo del consumidor adherente.

La aplicación en estos casos del artículo 693.2 LEC , constituye, por tanto, una vulneración de la doctrina jurisprudencial de TJUE en el ámbito de su competencia y comporta tanto una integración de la cláusula ya declarada abusiva, pues el principal efecto de la nulidad de pleno derecho del régimen de ineficacia no se cumple, dado el no sobreseimiento de la ejecución instada, como un "vaciamiento" de su efecto o función disuasoria pues, como se ha señalado, con la continuación del proceso de ejecución hipotecaria el mensaje que se transmite no es otro que el acreedor predisponente pueda volver a utilizar ésta, u otras cláusulas igualmente abusivas, sin sanción concluyente al respecto confiando, en todo caso, que su cláusula abusiva será integrada y, por tanto, validada, en atención a los supuestos previstos en el artículo 693.2 LEC . En contra de las SSTJUE de 14 de junio de 2012 y de 30 de mayo de 2013 , entre otras, que solo permiten la ponderación de estos criterios, y los que cita la Sentencia al final del apartado cuarto, en el plano estricto de la valoración o calificación del carácter **abusivo** de la cláusula en cuestión, pero nunca para moderar o integrar los efectos producidos por la cláusula declarada abusiva que resulten perjudiciales para el consumidor, esto es, el despacho de la ejecución instada que necesariamente tiene que ser sobreseída.

CUARTO.- En virtud de todo lo razonado anteriormente, la doctrina jurisprudencial de esta Sala contenida en el número cuarto de la "Decisión de Sala", del apartado e) vencimiento anticipado, correspondiente al fundamento de derecho quinto de la sentencia (recurso de casación del BBVA, **SS.A.**) infringe el principio de efectividad del artículo 6.1, en relación con el artículo 7 de la Directiva 93/13 , y su consideración de norma integrante del orden público económico, vulnerando la doctrina jurisprudencial que el propio TJUE desarrolla este ámbito de su competencia. Por lo que la aplicación del artículo 693.2 LEC , tras la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado que figura en la constitución de la garantía hipotecaria, resulta frontalmente contraria a la citada Directiva 93/13, debiéndose proceder a la declaración del sobreseimiento del procedimiento de ejecución instado con base a una cláusula declarada abusiva.

Firmado y rubricado, Francisco Javier Orduña Moreno

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Pedro Jose Vela Torres** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.