



Roj: **STS 2761/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2761**

Id Cendoj: **28079119912019100023**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **11/09/2019**

Nº de Recurso: **1752/2014**

Nº de Resolución: **463/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1752/2014

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 463/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M. Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 11 de septiembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por NCG Banco S.A., representado por el procurador D. Rafael Silva López, bajo la dirección letrada de D. José Massaguer Fuentes, contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2014 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en el recurso de apelación núm. 220/2014, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 106/2013 del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra. Ha sido parte recurrida D. Adriano, quien no se ha personado en forma ante esta Sala.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*



1.- La procuradora D.^a María Jesús Nogueira Fos, en nombre y representación de D. Adriano , interpuso demanda de juicio ordinario contra NCG Banco S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se declare la nulidad de las estipulaciones del contrato suscrito entre las partes en los puntos invocados y referenciadas en este escrito, con imposición de costas a la parte demandada".

2.- La demanda fue presentada el 10 de abril de 2013 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra (sede de Vigo), se registró con el núm. 106/2013. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. José Antonio Fandiño Carnero, en representación de NCG Banco S.A, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] previos los trámites procesales pertinentes dicte resolución en la que:

"a) Acoja la excepción de litispendencia alegada.

"b) Alternativamente, desestime íntegramente la demanda planteada

"c) En ambos casos, con expresa imposición de costas a la parte adversa".

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Pontevedra dictó sentencia, de fecha 4 de febrero de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimo sustancialmente la demanda interpuesta por el procurador Sra. Nogueira en la representación acreditada, DECLARO NULAS las condiciones generales 3 bis e, 5, 6, 6 bis, en el préstamo hipotecario suscrito por el demandante, sin que proceda la restitución de las cantidades pagadas en exceso por la cláusula de revisión de tipos de interés desde fecha 9 de mayo de 2013, con expresa imposición al demandado de las costas causadas".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de NCG Banco S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que lo tramitó con el número de rollo 220/2014 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 14 de mayo de 2014 , cuya parte dispositiva dice:

"Que desestimando en lo sustancial el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Fandiño Carnero, en nombre y representación de la entidad "NCG Banco, S.A.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Pontevedra (sede de Vigo), debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con la salvedad de excluir de la declaración de nulidad la letra a) de la cláusula 5ª y declarar la nulidad, por abusiva, de la letra e) de la cláusula 9ª.

Se imponen a la parte recurrente las costas de esta alzada.

Expídase mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para que proceda a la inscripción de las sentencias de primera y de segunda instancia".

3.- Por auto de fecha 26 de mayo de 2014 se desestimó la petición de aclarar y rectificar la sentencia de apelación y se estimó la petición formulada en el sentido de excluir de la declaración de nulidad la letra e) de la cláusula 5ª.

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- El procurador D. José Antonio Fandiño Carnero, en representación de NCG Banco S.A., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Por el cauce del núm. 4 del apartado 1 del art. 469 de la LEC , por vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española , en relación con el principio de contradicción o de audiencia bilateral.

"Segundo.- Por el cauce del núm. 2º del apartado 1 del art. 469 de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del arts. 1.281 1 y 1.288 del Código Civil y 6.2 de la LCGC, justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial.

"Segundo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción de los arts. 89.3 , 82.1 y 82.3 de la LCU, en relación con los arts. 29 del Real Decreto-Legislativo 1/1993 y 68.2 del Real Decreto 828/1995 , justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial.

"Tercero.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción de los arts. 89.2 y 89.3 de la LCU, en relación con la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 y de la norma 8ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989 , justificándose su admisión en la oposición de doctrina jurisprudencial.

"Cuarto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción de los arts. 85.6, 82.1 y 82.4 de la LCU, justificándose su admisión por la existencia de jurisprudencia contradictoria.

"Quinto.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC, por infracción de los 1.124 , 1.157 y 1.169 del Código Civil , en relación con 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, justificándose el interés casacional por la vulneración de esa doctrina.

"Sexto.- Subsidiariamente respecto del motivo anterior, al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del principio de conservación de los contratos según la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo núm. 827/2012, de 15 de enero , núm. 140/2013, de 20 de marzo , núm. 832/2008, de 22 de diciembre y núm. 401/2010, de 1 de julio , en relación con el la determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, justificándose el interés casacional en la oposición a esta doctrina jurisprudencial.

"Séptimo.- Al amparo del art. 477.1 de la LEC , por infracción del principio de conservación de los contratos según la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo núm. 827/2012, de 15 de enero , núm. 140/2013, de 20 de marzo , núm.832/2008, de 22 de diciembre y núm. 401/2010, de 1 de julio , en relación con la determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula de aseguramiento de la finca hipotecada, justificándose el interés casacional en la oposición a esta doctrina jurisprudencial.

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de septiembre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de la entidad "NCG Banco, S.A.", contra la sentencia dictada, el día 14 de mayo de 2014, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 220/2014 , dimanante del juicio ordinario nº 106/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Pontevedra.

"2º) Y queden los presentes autos pendientes de señalamiento del día y hora para la votación y fallo de los recursos interpuestos".

Durante la tramitación del recurso ante esta sala, la parte recurrente desistió del motivo cuarto de casación (relativo a los intereses moratorios), por lo que el mismo ya no será objeto de tratamiento en esta sentencia.

3.- Por providencia de 4 de noviembre de 2016 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 21 de diciembre de 2016. En cuya deliberación, los magistrados participantes decidieron proponer al presidente de la Sala que el asunto fuera avocado a pleno, lo que se acordó por providencia de 10 de enero de 2017, que señaló para votación y fallo el día 11 de enero siguiente.

4.- En la deliberación del pleno de la sala, que versó exclusivamente sobre la procedencia de plantear una petición de decisión prejudicial al TJUE, se acordó su pertinencia inicial y que se concediera trámite de audiencia a las partes, lo que tuvo lugar por providencia del mismo día 11 de enero de 2017.

5.- Precluido el plazo de audiencia a las partes, se dictó auto de fecha 8 de febrero de 2017, con la siguiente parte dispositiva:

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

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

también previsto con carácter general en la cláusula, con independencia de que el juicio concreto de validez o abusividad deba diferirse al momento del ejercicio de la facultad?.

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

6.- El TJUE (Gran Sala) dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Los artículos 6 y 7 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, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

7.- Tras conceder a las partes un trámite de audiencia, se señaló nuevamente para deliberación y fallo por el pleno el día 17 de julio de 2019.

8.- Cuando ya estaba señalada la deliberación, el TJUE dictó tres autos, todos de fecha 3 de julio de 2017, que resolvían otras tres peticiones de decisión prejudicial, planteadas por juzgados de primera instancia de Fuenlabrada, Santander y Alicante, sobre las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario. Sobre los cuales también se concedió trámite de audiencia a las partes.

9.- Finalmente, tuvo lugar la deliberación, votación y fallo por el pleno de la sala el 17 de julio de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 30 de mayo de 2008, D. Adriano y Dña. Fátima suscribieron con NCG Banco S.A. (hoy Abanca Corporación Bancaria S.A.) una escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 100.000 €, a interés variable y a devolver en un plazo de treinta años, mediante 360 cuotas mensuales fijas.

Entre otras, figuraban en el contrato las siguientes cláusulas:

1. "3º bis. Tipo de interés aplicable.

[...]

e) No obstante la variación pactada, el tipo de interés nominal aplicable no podrá ser inferior al cuatro con treinta y cinco centésimas por ciento (4,35%), ni superior al quince por ciento (15%).

2. 5ª. Gastos a cargo de la parte prestataria.

Son de cuenta de la parte prestataria los siguientes gastos:

a) Gastos de tasación del inmueble objeto de hipoteca y los de comprobación de su situación registral.

b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado.

c) Los tributos que graven esta operación.

d) Gastos de tramitación de esta escritura en el Registro de la Propiedad y en la oficina Liquidadora del Impuesto, así como una copia de la misma, liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la Caja, que se expide sin finalidad ejecutiva, y los de una copia que la Caja tuviera, en su caso, necesidad de solicitar con eficacia ejecutiva.

e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como seguros de daños y de caución a que se hace referencia en el apartado e) de la cláusula 9ª.

f) Los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de Abogado de que la Caja se valiera, aunque no sea obligatoria su intervención.

g) Cualquier otro gasto que corresponda a la efectiva prestación de un servicio, relacionado con el préstamo, que no sea inherente a la actividad de la Caja dirigida a la concesión o administración del préstamo.

3. 6ª. Intereses de demora.

a) Sin perjuicio de las acciones resolutorias que la Caja pueda ejercitar, la cantidades vencidas y no pagadas devengarán intereses de demora al tipo nominal anual del dieciocho por ciento (18%).

b) El mismo interés de demora devengará el capital pendiente de vencimiento en caso de reclamación judicial, hasta la cancelación total del préstamo.

4. 6ª bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito.

Además de lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula 1ª bis, la Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

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

f) Por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato".

2.- El Sr. Adriano presentó demanda en la que ejercitó una acción individual de nulidad de las condiciones generales de la contratación antes transcritas.

3.- La sentencia de primera instancia estimó sustancialmente la demanda y declaró la nulidad de las condiciones generales 3 bis, 5, 6 y 6 bis de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por las partes, sin que procediera la restitución de las cantidades abonadas en exceso por la cláusula de revisión de tipos de interés desde el 9 de mayo de 2013.

4.- Recurrida en apelación la sentencia por la entidad bancaria, fue confirmada por la Audiencia Provincial, con la salvedad de excluir de la declaración de nulidad la letra e) de la cláusula 5ª, en cuanto que declara de cargo del prestatario los gastos de conservación del inmueble y el seguro de daños.

5.- La parte demandada presentó recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial, que fueron admitidos. Tras una primera deliberación del pleno de la Sala, se decidió plantear una petición de decisión prejudicial al TJUE, en los términos expresados en los antecedentes de hecho, que fue resuelta por la STJUE (Gran Sala) de 26 marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

"Los artículos 6 y 7 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, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

6.- Posteriormente, el 3 de julio de 2019, el TJUE dictó tres autos en respuesta a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por juzgados de primera instancia de Fuenlabrada (asunto C-92/16), Santander (asunto C-167/16) y Alicante (asunto C-486/16).

La parte dispositiva de los autos de los dos primeros asuntos reseñados es idéntica y declara:

"Los artículos 6 y 7 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, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea

conservada parcialmente mediante la supresión, por el juez nacional, de los elementos que la hacen abusiva. Sin embargo, esos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de esta cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

A su vez, la parte dispositiva del auto del asunto C-486/16 expresa:

"El artículo 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, y el principio de efectividad deben interpretarse, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, en el sentido de que no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada".

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal

Planteamiento :

1.- Este primer motivo se formula al amparo del art. 469.1.4º LEC y denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el principio de contradicción o audiencia bilateral, que se habría vulnerado al declarar la abusividad del apartado e) de la cláusula 9 del contrato, sin que esta cuestión fuera planteada en la demanda, en el trámite de primera instancia o en la apelación.

2.- En el desarrollo del motivo se alega, resumidamente, que tanto la demanda como la sentencia de primera instancia, se refieren a la nulidad del apartado e) de la cláusula de gastos, la 5ª, en la que se contiene una referencia a la cláusula 9ª e), que no fue objeto de impugnación en la demanda, ni de pronunciamiento en la sentencia de primera instancia. Pese a lo cual, la sentencia de la Audiencia Provincial declaró la nulidad de la mencionada cláusula 9ª e), por violación de los arts. 1256 CC y 85.3 TRLGCU, sin que la parte demandada haya tenido oportunidad de pronunciarse sobre su validez.

Decisión de la Sala :

1.- El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (actualmente TJUE), desde la STJCE de 27 de junio de 2000 (caso *Océano vs. Murciano Quintero*), ha declarado reiteradamente la obligación del juez nacional de examinar de oficio la validez de las cláusulas de los contratos concertados con consumidores "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello", por varios argumentos básicos:

A) Por una razón de justicia material, en consideración a la desigual posición de las partes en los contratos de adhesión concertados con consumidores (STJUE de 14 de junio de 2012, caso *Banesto*): la situación de inferioridad del consumidor motiva que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. La situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. El juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional.

B) Por un objetivo de política general, manifestado en un efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas (STJUE de 26 octubre 2006, asunto *Mostaza Claro*): "...dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores...".

La jurisprudencia del TJUE permite que el juez -aun sin alegación de las partes- realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite, siempre y cuando se respeten los principios de audiencia y contradicción (SSTJUE de 9 de noviembre de 2010 - *VB Pénzügyi Lízing* - apartado 56; de 14 de junio 2012 - *Banco Español de Crédito S.A.* - apartado 44; de 21 de febrero de 2013 - *Banif Plus Bank Zrt* - apartado 24; y de 14 marzo 2013 - *Mohamed Aziz* - apartado 4).

2.- En este caso, no puede compartirse que la parte recurrente no se haya podido pronunciar sobre la validez de la cláusula 9ª e) y, por tanto, la resolución de la Audiencia Provincial haya vulnerado los principios de audiencia y contradicción. Como quiera que la remisión en la condición general 5 e) a la condición general 9 e) es expresa, resulta claro que la declaración de nulidad de la primera iba a afectar a la segunda, que no es sino una especialidad de aquélla, al referirse específicamente a una modalidad de gastos cargados sobre el prestatario, en este caso, los derivados de la suscripción del seguro a que se refiere la cláusula 9. Por lo que la parte demandada pudo conocer perfectamente la repercusión que una anulación de la condición general sobre gastos podía a tener sobre el contrato de seguro, y pudo defenderse de las alegaciones efectuadas al respecto. Cosa distinta es que, como se dice en la sentencia de primera instancia, la parte demandada, al contestar la demanda, prefiriese centrarse en la cláusula suelo y apenas hacer mención a esta otra condición general.

En este orden de cosas, la sentencia de apelación no introduce el tratamiento del seguro de daños como cuestión novedosa, sino que dada la remisión expresa que se hace en la cláusula 5 e) a la cláusula 9, analiza también ésta. Y en el auto de aclaración acota su pronunciamiento a la declaración de nulidad de la necesidad de aceptación por la entidad prestamista de la aseguradora elegida por el prestatario, excluyendo las menciones a que los gastos de conservación del inmueble y el seguro de daños serían de cuenta del prestatario.

3.- Asimismo, como recordamos en la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, con remisión al auto de 6 de noviembre de 2013 (Roj : ATS 10482/2013), que resolvió el incidente de nulidad de actuaciones deducido contra la sentencia del Pleno núm. 241/2013, de 9 de mayo :

"[e]n la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deben atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas". Y sobre dicha base, el mencionado auto recordó que "[l]a correlación o concordancia entre las peticiones de las partes y el fallo de la sentencia en que consiste la congruencia no puede ser interpretada como exigencia de un paralelismo servil del razonamiento de la sentencia con las alegaciones o argumentaciones de las partes, puesto que el deber de congruencia es compatible con un análisis crítico de los argumentos de las partes e incluso con el cambio de punto de vista jurídico expresado con el tradicional aforismo "iura novit curia" [el juez conoce el derecho] siempre que ello no suponga una mutación del objeto del proceso que provoque indefensión (por todas, sentencia núm. 365/2013, de 6 de junio)".

Lo que, por lo demás, es simple plasmación de la jurisprudencia del TJUE [por todas, STJUE de 4 de junio de 2009, caso *Pannon GSM* (C-243/08)].

4.- Como consecuencia de todo lo cual, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. *Reformatio in peius*

Planteamiento :

1.- Se formula al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción del art. 465.5 LEC, que contiene la prohibición de la *reformatio in peius*, al incluir el pronunciamiento relativo al mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para que proceda a la inscripción de las sentencias de primera y segunda instancia, cuando ni se había pedido en la demanda, ni se incluyó en el fallo de la sentencia de primera instancia.

2.- Al desarrollarse el motivo se aduce, sintéticamente, que si la sentencia de primera instancia no incluyó ningún pronunciamiento al respecto y la parte demandante no recurrió ni impugnó tal decisión, la sentencia de segunda instancia no pudo resolver al respecto sin infringir el art. 465.5 LEC.

Decisión de la Sala :

1.- Conforme al art. 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), en su redacción vigente a la fecha en que se dictó la sentencia recurrida:

"En todo caso en que hubiere prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el Secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".

De la literalidad de dicho precepto parecería deducirse que habrá de ser en ejecución de la sentencia firme recaída en un procedimiento sobre nulidad o no incorporación de condiciones generales, cuando el letrado



de la administración de justicia habrá de procurar la inscripción registral del pronunciamiento acordado. Sin embargo, nada impide que el tribunal incluya dicha orden en su resolución, ni que lo haga en segunda instancia, pues ello ni mejora ni empeora la situación jurídica de la parte condenada (predisponente de la condición general afectada), puesto que, en todo caso, lo hubiera acordado o no el tribunal en la sentencia de apelación, el pronunciamiento judicial debería tener acceso al Registro de Condiciones Generales de la Contratación, por mandato legal, una vez que la sentencia hubiera quedado firme.

En todo caso, lo que supondría una infracción legal sería que no se inscribiese la sentencia en el mencionado Registro.

2.- Por lo que este segundo motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

Recurso de casación

CUARTO.- *Primer y segundo motivos de casación. Asignación al prestatario de los tributos que gravan la operación*

Planteamiento :

1.- El primer motivo de casación se formula con fundamento en el art. 477.1 LEC , por infracción de los arts. 1281.1 y 1288 CC y 6.2 LCGC y la jurisprudencia que los interpreta.

En el desarrollo del motivo se argumenta resumidamente: (i) que la interpretación que realiza la Audiencia resulta indebidamente amplia y se opone a la doctrina jurisprudencial que determina que, si la claridad de la cláusula no deja duda sobre cuál fue la intención contractual, ha de estarse a su sentido literal; y (ii) que dicha interpretación no tiene en cuenta que, en el ámbito de las acciones individuales sobre el alcance de las condiciones generales de la contratación, las dudas deben resolverse en contra del predisponente y a favor del adherente. La sentencia se refiere a todo tipo de tributos, cuando la cláusula cuestionada sólo se refiere a los que gravan la operación.

2.- El segundo motivo de casación se formula al amparo del art. 477.1 LEC , por infracción de los arts. 89.3 , 82.1 y 82.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGCU), en relación con los arts. 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993 , regulador del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, y 68.2 del Real Decreto 828/1995.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que la asignación de los tributos de la operación al consumidor no implica la imposición de gastos o tributos que por ley correspondan al empresario, ni puede causar, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes. Y ello, porque que el único tributo que grava la operación a la que se refiere el préstamo es el impuesto sobre transmisiones y actos jurídicos documentados, en su modalidad de actos jurídicos documentados, cuyo sujeto pasivo es el prestatario.

3.- Al tratar ambos motivos sobre una misma cuestión jurídica -la atribución al prestatario/consumidor de los tributos que gravan la contratación del préstamo hipotecario-, los resolveremos conjuntamente.

Decisión de la Sala :

1.- Si aceptáramos la argumentación del recurrente en sus propios términos, dado que afirma que la Audiencia Provincial ha hecho una interpretación tan amplia de la cláusula que imputa los tributos que gravan la operación (la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria) que beneficia al predisponente (banco) y perjudica al adherente (prestatario), el motivo sería inadmisibile, puesto que no se daría, respecto del recurrente, el necesario requisito del gravamen, que exige el art. 448.1 LEC .

Pero ello no es así. No es que la sentencia recurrida haga una interpretación demasiado amplia. Lo que no solo es amplio, sino indeterminado, es el tenor literal de la condición general objeto de revisión, que se refiere genéricamente a los tributos que gravan la operación.

2.- La sentencia recurrida no contraviene los arts. 1281.1 y 1288 CC , ni el art. 6.2 LCGC, sino que se ajusta a lo previsto en el art. 89.3 c) TRLGCU, que califica como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (aunque este precepto se refiere a la compraventa de viviendas, como ya dijimos en la antes mencionada sentencia 705/2015 y en las sentencias 147/2018 y 148/2018, ambas de 15 de marzo , y 44/2019 , 46/2019 , 47/2019 , 48/2019 , y 49/2019, todas de 23 de enero , la obtención del préstamo hipotecario para su financiación es una fase del conjunto de la operación).

Si la cláusula no fuera tan omnicomprendensiva en su redacción, sino que hiciese mención a los concretos tributos que se repercutían al prestatario, como un concepto desglosado del coste total de la operación, podría enjuiciarse desde el punto de vista de la transparencia, en relación con la información ofrecida al consumidor

(sentencia 824/2011, de 25 de noviembre), pero dados sus términos tan genéricos e indistintos, incurre en la prohibición contenida en el citado precepto del TRLGCU, por lo que resulta abusiva.

3.- La propia formulación del segundo motivo reconoce implícitamente la inadecuación de la redacción de la condición general, puesto que, si el único tributo aplicable fuera el impuesto sobre actos jurídicos documentados, cuyo sujeto pasivo, en la fecha de contratación del préstamo, era el prestatario, bastaría con que hubiese dicho que tal impuesto sería de cuenta del cliente, o se remitiera al pago de los impuestos según ley, o sencillamente no dijera nada al respecto. Pero precisamente porque lo dice y de una manera tan amplia e inconcreta como ya hemos reseñado, es por lo que la Audiencia Provincial interpreta correctamente que no se está refiriendo solo a ese impuesto, ni a los que legalmente consideran sujeto pasivo al prestatario, sino también a otras posibilidades en que el sujeto pasivo es el prestamista.

4.- La conexión que hace la sentencia con la emisión de segundas o ulteriores copias de la escritura de constitución del préstamo no es indebida, dada la indeterminación de la redacción de la condición general controvertida, que es la que no hace distinción alguna. Ni tampoco es inadecuado, desde el punto de vista del art. 82.3 TRLGCU, que se refiere a las circunstancias concurrentes en el momento de celebrarse el contrato, puesto que nuevamente es la imprecisión de la cláusula la que permitiría poder gravar al prestatario conforme a cambios legislativos futuros.

5.- Por lo que los dos primeros motivos de casación deben ser desestimados.

QUINTO.- Tercer motivo de casación. Aranceles notariales y registrales y gastos de tramitación

Planteamiento:

1.- También al amparo del art. 477.1 LEC, el tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 89.2 y 89.3 TRLGCU, en relación con la norma 6ª del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 y de la norma 8ª del Anexo II del Real Decreto 1427/1989.

2.- Se refiere este motivo a los apartados b) y d) de la condición general 5ª:

"b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca que en esta escritura se constituye así como los de las actas, solicitudes y asientos correspondientes a las entregas del capital prestado".

"d) Gastos de tramitación de esta escritura en el Registro de la Propiedad y en la oficina Liquidadora del Impuesto, así como una copia de la misma, liquidada e inscrita en el Registro de la Propiedad para la Caja, que se expide sin finalidad ejecutiva, y los de una copia que la Caja tuviera, en su caso, necesidad de solicitar con eficacia ejecutiva".

En el desarrollo del motivo, se sostiene que lo dispuesto en el artículo 89.2 TRLGCU no guarda relación alguna con lo previsto en los apartados que se cuestionan de la cláusula, puesto que el devengo de aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, así como los gastos de tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y en la oficina liquidadora del impuesto, no se debe a un error administrativo o de gestión, sino a la efectiva prestación de unos servicios al beneficiario de la operación de concesión del préstamo con garantía hipotecaria.

Además, se dice que estos pactos tampoco serían abusivos por no prever una distribución equitativa de estos gastos y que la interpretación adecuada de la normativa de aranceles de notarios y registradores obliga a concluir que estos aranceles no se imponen al prestamista sino al prestatario, al ser el adquirente del bien o derecho.

Decisión de la Sala:

1.- Sobre la atribución de los gastos notariales y registrales al prestatario consumidor nos hemos pronunciado en las sentencias del pleno de esta Sala 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero. A las que nos remitimos, para evitar inútiles reiteraciones.

En la medida en que la sentencia recurrida se ajusta a la jurisprudencia contenida en dichas resoluciones, ha de ser confirmada.

2.- La mención al art. 82.2 TRLGCU no es ociosa, porque la modificación de la escritura de préstamo, con sus consiguientes gastos, puede deberse a errores que no son imputables al consumidor, por lo que su atribución indiscriminada al prestatario no tiene amparo normativo.

3.- En aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, este motivo de casación también debe perecer.

SEXTO.- Quinto y sexto motivos de casación. Vencimiento anticipado. Planteamiento. Resolución conjunta

1.- El quinto motivo denuncia la infracción de los arts. 1124 , 1157 y 1169 CC , en relación con la doctrina contenida en las SSTs de 16 de diciembre de 2009 , 12 de diciembre de 2008 y 4 de junio de 2008 . En su desarrollo, se sostiene, resumidamente, que la interpretación adecuada de la cláusula es que se limita a prever la facultad de anticipar el vencimiento ante el impago de cualquier cuota, que puede ser considerado incumplimiento de una obligación esencial.

En el motivo sexto, que se plantea con carácter subsidiario, para el caso de que se considerara que la cláusula de vencimiento anticipado es nula, se denuncia la infracción del principio de conservación de los contratos, según la doctrina de las SSTs de 15 de enero de 2013 , 1 de julio de 2010 , 20 de marzo de 2013 y 22 de diciembre de 2008 . En su desarrollo, se argumenta que la sentencia ha vulnerado este principio, al extender la nulidad declarada a la totalidad de la cláusula, sin limitarse al inciso sobre el que recaería el reproche de abusividad.

2.- La cláusula cuestionada dice:

"6ª bis. Resolución anticipada por la entidad de crédito:

Además de lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula 1ª bis, la Caja, sin necesidad de requerimiento previo, podrá dar por vencido el préstamo y exigir judicialmente la totalidad de la deuda, tanto de las cantidades vencidas como pendientes de vencer, con sus intereses, demoras, gastos y costas, en los siguientes casos:

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

f) Por incumplimiento de cualquiera de las cláusulas del contrato".

3.- Por la evidente conexidad argumental entre ambos motivos, se resolverán conjuntamente, tomando como base de partida lo establecido por las sentencias de esta sala 705/2015, de 23 de diciembre , y 79/2016, de 18 de febrero , en relación con la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) y los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16 y C-486/16).

SÉPTIMO.- Doctrina jurisprudencial sobre el vencimiento anticipado

1.- Decíamos en las dos sentencias antes indicadas que, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1129 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. 1124 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 art. 693.2 LEC , siempre y cuando se haya pactado expresamente.

Con anterioridad a tales sentencias, la sala no había negado la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado, siempre que estuviera claramente determinado en el contrato en qué supuestos se podría dar lugar a dicho vencimiento, sin que ello pudiera quedar al arbitrio del prestamista, en contravención de lo dispuesto en el art. 1256 CC (sentencias 506/2008, de 4 de junio ; o 792/2009, de 16 de diciembre).

En cuanto a la jurisprudencia del TJUE, la sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (Aziz), 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 que:

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

Lo que fue confirmado por el posterior Auto del TJUE de 8 de julio de 2015 (asunto C-90/14), que mediante la invocación del art. 4.1 de la Directiva 93/13 (el juicio de abusividad debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración), reiteró la doctrina de la sentencia Aziz .

En suma, para que una cláusula de vencimiento anticipado supere los mencionados estándares debe modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

2.- En todo caso, ha de tenerse presente que la posible 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. Cuando el examen se plantee en relación con la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC, que en la redacción vigente a la fecha en que se dictó la sentencia recurrida decía:

"Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo".

Precepto que ha de ser interpretado conforme a lo dispuesto por el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13), que declara:

"[I]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 (en su redacción anterior a la ley 5/2019), 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 (asunto C-415/11).

OCTAVO.- *Asunción de la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los AATJUE de 3 de julio de 2019*

1.- La STJUE de 26 de marzo de 2019, que da respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por este tribunal en el presente recurso, establece cinco premisas de las que necesariamente hemos de partir:

i. La cláusula declarada abusiva no puede ser fragmentada a fin de dotar de validez a una parte de su contenido.

ii. La jurisprudencia de esta sala sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, sobre cuyo ajuste a la Directiva fue directamente interpelado el TJUE, no es contraria a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En particular, el fallo de la mencionada STJUE indica que los arts. 6 y 7 de la Directiva:

"[n]o se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".

iii. Corresponde a los tribunales nacionales determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir.

iv. Para la decisión sobre la subsistencia del contrato, el apartado 60 de la STJUE establece que deberá adoptarse un enfoque objetivo y se remite expresamente al apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, *Perenicová y Perenic*, C-453/10, que dice:

"Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede señalar que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato".

v. Únicamente si se entendiera que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado sería relevante la postura (opción) del consumidor. No así cuando se considere que el contrato no puede subsistir.

Estas premisas son básicamente reproducidas por los AATJUE de 3 de julio de 2019 recaídos en los asuntos C-92/16 y C-167/16 . Si bien, el ATJUE de 3 de julio recaído en el asunto C-486/16 , introduce algunas consideraciones adicionales, fundamentalmente las dos siguientes:

a. Es posible que, si se cumplen los requisitos del art. 693.2 LEC (tras su reforma por la Ley 1/2013), se pueda despachar ejecución hipotecaria, aunque en el contrato hubiera una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme, ya que "las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado".

b. No existe ningún elemento que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional con el principio de efectividad.

2.- En las SSTJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander y Escobedo Cortés* (C-96/16 y C-94/17) -apartado 68-, y 14 de marzo de 2019, *Dunai*, (C-118/17) -apartado 63-, el Tribunal de Justicia recuerda que no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Eso es lo que haremos a continuación, una vez conocidas todas las resoluciones del TJUE sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el vencimiento anticipado.

3.- La STJUE de 15 de marzo de 2012, *Perenicová* , a la que, como hemos visto se remiten expresamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres AATJUE de 3 de julio siguiente, hacía suyas expresamente las conclusiones de la Abogada General en dicho asunto, cuyos apartados 67 y 68 decían:

"67. [...] Junto a una mejor protección del consumidor, el legislador perseguía, según el séptimo considerando, estimular la actividad comercial en el ámbito de aplicación de la Directiva [...]. No obstante, una actividad comercial solo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica de los agentes económicos. Esta incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no solo no fomentar esa confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a llegar a acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13 también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales".

"68. "[...] la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas. El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición".

4.- Resulta también de interés la jurisprudencia establecida por el TJCE desde la sentencia de 1 de abril de 2004 (C-237/02), *Freiburger Kommunalbauten* , en la que el Tribunal, al partir del art. 4.1 de la Directiva 93/13 , conforme al cual el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual "debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración", señaló específicamente la necesidad de considerar la cláusula contractual controvertida en el contexto general del Derecho nacional pertinente y, en especial, que "deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional" (doctrina reproducida, entre otras, en las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, *Aziz* ; y 26 de enero de 2017, *Banco Primus*).

5.- Hemos declarado (sentencias del pleno de la sala 46/2019 , 47/2019 , 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero) que, en el Derecho español, aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras

jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Puesto que como estableció la sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre, "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta".

El TJUE también ha considerado el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato con dos facetas -préstamo y garantía- [apartados 59 y 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los dos apartados 49 y 50 -idénticos- de los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16)]. Y así se concibe, igualmente, en el art. 3.1 a) de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

6.- Sobre esta base, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC). En particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido.

7.- En el préstamo hipotecario, la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago.

En la sentencia 606/1997, de 3 de julio, establecimos que:

"En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que sólo subsiste si hay obligación garantizada".

La causa típica del contrato de hipoteca consiste esencialmente en el aseguramiento de una obligación, y no en la misma relación obligatoria asegurada, pese a que el principio de accesoriedad del gravamen conlleva que la existencia y licitud del crédito sean presupuestos indispensables para la propia validez del contrato de garantía. Es por esta razón que el art. 12 de la Ley Hipotecaria establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se identificarán las obligaciones garantizadas. Se trata de causas interdependientes, en cuanto que la suerte de la garantía dependerá de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero no a la inversa.

Ya en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se decía que "el valor de la finca hipotecada es la causa por [la] que entra en la obligación el que presta con hipoteca, ya que más bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa". Es decir, se resaltaba la idea de que la hipoteca sirve fundamentalmente para conseguir la seguridad en el pago de lo prestado, y que es precisamente el valor de cambio de la finca hipotecada lo que mueve (es la causa) al prestamista a conceder el préstamo, puesto que al garantizarse éste con la hipoteca, lo relevante es el valor de la cosa dada en garantía más que la solvencia del deudor. Y lo confirmó la exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, que autorizó la publicación de una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, al descartar la regulación de las hipotecas "desvinculadas de toda relación causal".

8.- Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE *Pereniková*, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.

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

9.- Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto *Pereniková*, en que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas.

En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero- y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero.

10.- Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C-415/11 (*Aziz*), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

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

Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior:

"62. Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto".

Además, como se desprende de los apartados 48 y 49 del ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), el principio de efectividad del Derecho de la Unión no queda menoscabado porque, conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo.

11.- Conforme a todo lo expuesto, procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

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

d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución

con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019. Y ello, porque:

El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa.

La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma.

NOVENO.- *Aplicación al caso enjuiciado de la expuesta jurisprudencia sobre el vencimiento anticipado*

1.- Si aplicamos tales consideraciones a la cláusula controvertida, se aprecia que no supera los estándares establecidos, pues 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 abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

2.- Consecuentemente, debe confirmarse la sentencia en cuanto que declara la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que resulta nula e inaplicable tal y como está redactada.

Sin perjuicio de que, al margen de lo previsto en la cláusula, puedan ser aplicables las consideraciones antes expuestas en el supuesto de que la entidad prestamista, en caso de incumplimiento de sus obligaciones de pago por el prestatario, instara en el futuro el vencimiento anticipado del contrato, no con fundamento en la cláusula, sino en la ley.

DÉCIMO.- *Motivo séptimo de casación. Aseguramiento de la finca hipotecada con una compañía aceptada por la entidad prestamista*

Planteamiento:

1.- En este motivo de casación se denuncia que la sentencia infringe el principio de conservación de los contratos, según la doctrina de las SSTs de 15 de enero de 2013, 1 de julio de 2010, 20 de marzo de 2013 y 22 de diciembre de 2008, en relación con la determinación de los efectos de la nulidad de la cláusula de aseguramiento de la finca hipotecada.

2.- La letra e) de la cláusula 9ª establece que la parte prestataria queda obligada a tener asegurada la finca hipotecada contra todos los riesgos que pudieran afectarle, con designación de beneficiario a favor de la entidad prestamista, que se reserva el derecho de aceptar la compañía aseguradora, que podrá rechazar por causas justificadas, y la póliza de seguro concertada.

En el motivo se alega, resumidamente, que la sentencia ha declarado la abusividad de toda la cláusula, cuando el reproche se ha centrado en el derecho del prestamista a aceptar a la compañía aseguradora.

Decisión de la Sala:

1.- Según dijimos en la antes citada sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, una previsión contractual relativa a los gastos derivados de la contratación del seguro de daños, no resulta desproporcionada o abusiva, por cuanto deriva de una previsión legal (art. 8 de la Ley del Mercado Hipotecario), habida cuenta que cualquier merma del bien incide directamente en la disminución de la garantía. Es decir, no se trata de una garantía desproporcionada, en el sentido prohibido por el art. 88.1 TRLGCU, sino de una consecuencia de la obligación de conservar diligentemente el bien hipotecado y de asegurarlo contra todos los riesgos que pudieran afectarlo.

2.- No obstante, lo que no resulta protegido por tales preceptos es que la entidad prestamista tenga que dar su visto bueno a la compañía aseguradora elegida por el prestatario. Éste cumple con contratar el seguro, con las coberturas necesarias y pagar la prima (art. 14 de la Ley de Contrato de Seguro), pero no puede ser obligado a



hacerlo con un asegurador diferente al que escoja en función de la oferta que le parezca más favorable. Dicha imposición ha de ser considerada abusiva, conforme al art. 82.4 TRLGCU, al vincular el contrato a la voluntad del empresario y limitar los derechos del consumidor y usuario.

Esto es lo que resuelve la sentencia recurrida, en el fundamento jurídico octavo, y si bien no quedó claro en el fallo que lo que se anulaba era el inciso relativo a la aceptación por la prestamista de la aseguradora propuesta por el prestatario, y no la obligatoriedad de contratar el seguro de daños, que quedaba subsistente, lo precisó en el posterior auto de aclaración de 26 de mayo de 2014, por lo que este motivo de casación deviene innecesario, y como tal, debe ser desestimado.

UNDÉCIMO.- Costas y depósitos

1.- De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación, deben imponerse a la recurrente las costas por ellos causadas.

2.- Procede acordar igualmente la pérdida de los depósitos constituido para dichos recursos, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 8 LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por NCG Banco, S.A. (actualmente, Abanca Corporación Bancaria, S.A.), contra la sentencia de fecha 14 de mayo de 2014, dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1ª, en el recurso de apelación núm. 220/14.

2.º- Imponer a la recurrente las costas de tales recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos al efecto

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

Comuníquese esta sentencia al TJUE.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.