



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía

NULIDAD DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO vs. RETROACTIVIDAD LIMITADA DE LA LEY 5/2019 DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Trabajo fin de estudio presentado por:	Elena Prado Marfil
Tipo de trabajo:	Académico
Director/a:	Elisa Muñoz Catalán
Fecha:	9 de enero 2023

Resumen

Mediante la elaboración del presente trabajo, pretendemos reflejar la evolución de nuestro ordenamiento jurídico en materia de cláusulas abusivas y la integración de la normativa europea al mismo partiendo de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea, conocida como caso “Aziz”, la cual supuso un vuelco en nuestro ordenamiento con un efecto transcendental en el procedimiento de ejecución hipotecario español.

En la línea de lo anterior, analizaremos el impacto de la Ley 5/2019, de 15 de marzo (en adelante LCCI), reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en la defensa de los consumidores, de la pretendida retroactividad de su artículo 24 frente a la nulidad de pleno derecho de la cláusula de vencimiento anticipado ratificado por el TJUE, dimanante de dicha evolución normativa y jurisprudencial.

Con el estudio de la LCCI, en relación con la doctrina del Tribunal Supremo, buscaremos ofrecer un nuevo enfoque de la misma, en aras a la defensa y protección de los consumidores, y todo ello con fundamento en nuestra Carta Magna y del artículo 4 bis de la Ley Orgánica del Poder judicial (en adelante LOPJ).

Palabras claves: Consumidor, irretroactividad, LCCI, nulidad radical, vencimiento anticipado.

Abstract:

Through the preparation of this study, we intend to reflect on the evolution of our legal system in terms of unfair terms of contracts and the integration of European regulations into it, based on the Judgment of the Court of Justice of the European Union, known as the "Aziz" case, which meant a reversal in our legal system with a transcendental effect in the Spanish mortgage foreclosure procedure.

In line with the above, we will analyze the impact of the Law 5/2019, of March 15 (hereinafter LCCI), regulating real estate credit contracts in the defense of consumers, of the alleged retroactivity of its article 24 against the full nullity of the early expiration clause ratified by the CJEU, resulting from this normative and jurisprudential evolution.

With the study of the LCCI, in relation to the doctrine of the Supreme Court, we will seek to offer a new approach to it, for the sake of the defense and protection of consumers, and all based on our Magna Carta and article 4 bis of the Organic Law of the Judiciary (hereinafter LOPJ).

ABREVIATURAS Y SIGLAS

AAP.: Auto de la Audiencia Provincial.

CC.: Código Civil.

CE.: Constitución española.

FD.: Fundamento de Derecho.

LCCI.: Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

LEC.: Ley de Enjuiciamiento Civil.

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial.

PAH: Plataforma de Afectados por la Hipoteca.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

STC.: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STJUE.: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea.

TJUE.: Tribunal de Justicia de la Unión europea.

TRLGDCYU.: Texto Refundido de la Ley General Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Índice

1. Introducción.....	5
1.1. Justificación del tema elegido.....	5
1.2. Problema y finalidad del trabajo.....	6
1.3. Metodología y objetivos.....	8
2. De la LCCI y adaptación de la jurisprudencia europea	10
2.1. Análisis de la Sentencia de 26 de marzo de 2019 del TJUE: Efectos sobre la LCCI.....	11
2.1.1. Acerca de la reforma del artículo 693 LEC hasta la LCCI.....	12
2.1.2. Nulidad de pleno derecho de la cláusula de vencimiento y retroactividad del artículo 24 LCCI.....	16
2.2. De la irretroactividad de la norma consagrada por la Constitución española vs. LCCI, retroactividad jurisprudencial.....	21
2.2.1. Lectura crítica de la aplicación práctica de la doctrina jurisprudencial del Pleno del Tribunal Supremo y de la retroactividad del artículo 24 LCCI.....	26
2.2.2. De la Nulidad del Contrato frente a la retroactividad del artículo 24 LCCI.....	29
2.3. De la voluntad del consumidor	32
2.3.1. Principio de efectividad de la Directiva y de las Sentencias de 3 de octubre de 2019 y de 8 de septiembre de 2022 del TJUE.....	33
2.3.2. Efectos de la nulidad radical y de los intereses del consumidor.....	42
3. Conclusiones.....	48
4. Referencias bibliográficas.....	54
4.1. Bibliografía básica y complementaria.....	55
4.2. Webgrafía.....	56
4.3. Fuentes legislativas.....	57
4.4. Fuentes jurisprudenciales.....	58

1. Introducción

1.1. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA ELEGIDO

Tras una década desde la Sentencia del caso «Aziz», ante las modificaciones normativas, los vaivenes jurisprudenciales, y a resultas de la aprobación de la Ley de contratos de crédito de inmobiliario (Ley 5/2019), con fin de transposición, si bien tardía, de la mencionada Directiva, las esperanzas de miles de familias, en particular aquellas en proceso de ejecución, sobre las que pende una espada de Damocles como resulta ser el temido desahucio, parecen desaparecer ante el giro del Pleno del Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial. Pese a ello, trataremos, mediante el estudio de la novedosa Ley y de la misma doctrina del Tribunal Supremo, ofrecer nuevos motivos y argumentos para la defensa y protección de los consumidores, considerando, en el particular, la principal consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en relación con la jurisprudencia europea y frente a la pretendida retroactividad, sistemática, del artículo 24 de la LCCI.

Lo anterior reviste especial interés desde la perspectiva de los miles de conciudadanos inmersos en ejecución hipotecaria así como a título personal. Originaria de Ginebra, donde me críe, y Licenciada en Derecho por la Universidad Lumière de Lyon II, participando del programa «Erasmus» en la Facultat de Dret de Barcelona, en la actualidad resido en Cantabria, con mi segundo hogar en Bizkaia.

Ante la necesidad de cambio de vivienda, al igual que la mayoría de las familias de este país, me vi abocada a solicitar financiación a fin de acceder a la propiedad. Así, mediante un préstamo con garantía hipotecaria que debía, según compromiso de la entidad, consistir en un préstamo puente hasta alcanzar la venta de un piso, finalmente, quedé atrapada por dos préstamos con garantía hipotecaria, no solo de dos viviendas, sino con la exigencia, en el segundo del afianzamiento personal y solidario de mi padre.

Tras el estallido de la burbuja inmobiliaria y de la crisis financiera, encontrándome con dificultades en el cumplimiento de mis obligaciones contractuales, la imposibilidad de la venta del inmueble, intenté, en reiteradas ocasiones, la negociación con la entidad prestamista ofreciendo la dación parcial y reestructuración de la deuda, sin que está respondiera de forma alguna. En dicho contexto, acudí a la PAH de Torrelavega (Plataforma de Afectados por la Hipoteca).

Ante el temor de la inevitable ejecución hipotecaria, de forma autodidacta, estudié la Ley Hipotecaria y todo aquello que tuviera relación con las cláusulas abusivas, la protección de los consumidores, la cesión de crédito y demás. Así, frente al procedimiento de ejecución hipotecaria, resultó ser un punto de inflexión, en la defensa de los consumidores, y en el particular de mi asunto, la Sentencia de 14 de marzo de 2013 en asunto C-415/11 más conocido como caso «Aziz».

Tras abandonar la «PAH», junto a varios compañeros, creamos la «Asociación de Hipotecados Activos y Stop Desahucios de Cantabria», y con el inconmensurable apoyo de una Letrada del País Vasco, a la que desde aquí agradecer su apoyo sin el cuál hubiera sido más difícil ampliar mis conocimientos en la materia y ayudar a las familias frente al procedimiento ejecutivo, sumarísimo, que conllevaba el desahucio, cuasi sistemático, de las familias.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

La implementación de la LCCI, con su radical novedad, ha impactado de lleno en los cimientos del Derecho hipotecario del Estado español y lo ha hecho introduciendo un nuevo elemento, a todas luces distorsionador «velada/solapada retroactividad», que pone en cuestión la obligatoria necesidad de nuestro ordenamiento jurídico de asumir en su estructura normativa las Directrices emanadas de las sentencias recaídas en los Tribunales de Justicia de la Unión Europea, en un intento de hacer más y mejor en la defensa y protección de los consumidores.

La clave de lectura de la pretendida retroactividad propugnada *ex artículo 24* de la LCCI que es presentada por nuestros Tribunales y órganos de gobierno, como salvaguarda de los derechos de la ciudadanía, constituye una falacia toda vez que su incorporación al marco normativo del Derecho hipotecario dentro del escenario del proceso de Ejecución, constituye una franca vulneración de la tutela judicial efectiva; del principio de la irretroactividad de las leyes característico de las democracias occidentales, en la que se fundamenta la seguridad jurídica de la ciudadanía en el marco del derecho comunitario; así como del poder de decisión del consumidor sobre asuntos que le afectan de manera directa y prístina.

Habiéndose constatado el giro jurisprudencial que el Pleno del Tribunal Supremo, mediante sentencia de 11 de septiembre de 2019 ha introducido, a través del cual se ralentiza e impide de manera notoria la trasposición de la Directiva 2014/17/UE en cuanto el vencimiento anticipado en nuestro marco normativo, desoyendo claramente la orientación contenida en su considerando 27, en la que se conmina a los Estados miembros a la introducción de medidas que garanticen la razonabilidad, la tolerancia y las medidas adecuadas para resolver de manera pacífica los conflictos entre prestamistas y consumidores con el fin de evitar los procedimientos de ejecución.

Esta exhortación al dialogo encuentra su correlativo normativo en el artículo 28.1 donde se impone a los Estados miembros la adopción de medidas correctoras, sin determinar cuales serán estas, ni en que parámetros o directrices deberán desenvolverse los órganos de los estados miembros a la hora de implementar la Directiva.

En consecuencia, para dar cumplida cuenta del problema surgido tras la aprobación de la LCCI en lo que se refiere a la regulación del vencimiento anticipado, habrá que prestar especial atención a lo siguiente:

- a) El art. 24 LCCI
- b) El art. 129 bis de la LH, en lo que establece una regulación no coincidente con lo dispuesto en el artículo 24 LCCI
- c) El art. 693 de la LEC que se modifica por la Disposición Final Quinta.

Si a esto unimos la circunstancia que la LCCI resulta de reciente aplicación, apenas supera los tres años, por lo que no contamos con resoluciones firmes, definitivas o contradictorias que permitan establecer una doctrina jurisprudencial relevante o nomofiláctica en materia de interpretación y aplicación de la misma.

Teniendo en cuenta que los plazos judiciales resultan largos y que la opción interpretativa por la que se ha decantado nuestro más alto tribunal apostando por la aplicación retroactiva del artículo 24 LCCI, en claro *olvido* de la capacidad personalísima para decidir sobre las cuestiones económicas que afectan a cada sujeto tomado en su individualidad, y todo ello en una *no neutral interpretación* de lo que Pleno del Tribunal Supremo considera «es más beneficiosa para sus intereses», habrá que preguntar para los de quién, una vez más la

defensa y protección de los consumidores en el marco normativo y jurisprudencial de nuestro país, deviene en misión imposible.

A través de este trabajo, pretendemos mostrar cuales son hándicaps más graves con los que nos encontramos en la defensa de consumidores en el contexto normativo procesal y jurisprudencial tras la aprobación de la LCCI, más si cabe, que tras el análisis de numerosa bibliografía que, si citarla expresamente, viene señalada finalizado el trabajo, por cuanto si bien coincidimos en lo esencial, resulta que ante las novedades introducidas por la referida ley, nada se menciona sobre su retroactividad, aunque limitada, y las consecuencias de la misma, impuesta de forma, cuasi sistemática, en contra del espíritu de la norma.

1.3. Metodología y objetivos

Partimos recordando que tras la adhesión del Estado a la Unión europea, rige el principio de primacía comunitaria, como bien recuerda el Pleno del Tribunal Constitucional en Sentencia de fecha 28 de febrero de 2019, dictado en Recurso de Amparo nº 1086-2018 por la cual reitera, no sólo, la obligación de los jueces nacionales de proceder a la revisión de oficio de la eventual abusividad de las cláusulas, sino también deber de interpretar conforme a la aplicación de la a jurisprudencia europea, en otros términos, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 bis LOPJ.

Dicho lo anterior, abordamos esta cuestión desde el análisis crítico de las resoluciones conocidas por nuestros Tribunales en Primera Instancia y las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación y aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, con el fin de determinar el posicionamiento de estos frente a su Disposición Transitoria Primera y las consecuencias inherentes a tal opción, desde la perspectiva del Estado de Derecho, del imperio de la Ley bajo la clave de lectura del principio de irretroactividad de la misma con sus excepciones.

Así, con fundamento en los principios orientadores de nuestro ordenamiento jurídico, de la legalidad vigente y de la jurisprudencia que la desarrolla, alcanzaremos a vislumbrar la que, resulta la mayor novedad introducida por la recién estrenada LCCI, eso es una retroactividad *sui generis* de uno solo de sus artículos y cuya aplicación práctica no siempre resulta respetuosa de los derechos consagrados, entre otros, por el artículo 24 CE.

Sin perder la perspectiva de la protección conferida por la Directiva 93/13/CEE, examinamos el viraje realizado por el Tribunal Supremo en la reciente aplicación de la nueva ley y que convierte en exigencia un acercamiento crítico que ponga en cuestión en el paradigma del Estado de Derecho el difícil encaje que la opción por la aplicación retroactiva del art. 24, tiene en un ordenamiento jurídico propio de las democracias occidentales, donde la retroactividad queda restringida a *la aplicación de la ley penal más favorable al reo*.

A todo lo anterior, buscamos cuales resultan ser los efectos prácticos en la defensa y protección de los consumidores a fin de considerar cuales son las «ventajas» o perjuicios de la pretendida retroactividad, cuasi arbitraria, del artículo 24 LCCI, a la que estamos asistiendo desde las diferentes asociaciones y plataformas de afectados por la hipoteca, en relación con la postura marcada por el TJUE y que aparece, con frecuencia, silenciado como resulta ser la nulidad del contrato, dicho sea sin echar a perder las conclusiones de este trabajo.

Así, tras consulta y lectura de varios autores, expertos en la materia, resaltar, previo al fondo, entre otros, la perspectiva y posicionamiento de DOMÈNECH recoge en su artículo, con evocador e ilustrativo título «El TJUE: el Robín Hood de los consumidores en materia de contratación bancaria». Llamativo por cuanto recoge el sentimiento y percepción de todos aquellos que nos encontramos confrontados a diario con la realidad de los desahucios por hipoteca en las distintas asociaciones y plataformas de afectados por la hipoteca, con la triste impresión que a cada avance alcanzado gracias a las sentencias del TJUE, se acompaña, posteriormente, una interpretación sesgada y/o tergiversada a beneficio de la parte dominante, y ello desde que la Sentencia del caso «Aziz».

Dicho lo cuál, de los asuntos que hemos seguido y de las diferentes resoluciones obtenidas. ilustraremos, a efectos prácticos el elemento, más novedoso de la LCCI, es decir la retroactividad limitada de la misma, su interpretación posterior realizadas por diferentes Juzgados y Audiencias Provinciales, en concordancia con la doctrina jurisprudencial marcada por el Pleno del Tribunal Supremo tras el dictado de la Sentencia de 26 de marzo de 2019 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión europea, sobre los efectos de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la posible aplicación supletoria de normas nacionales, y todo ello, en relación con la defensa de los intereses de los consumidores a la luz de diferentes resoluciones del TJUE, máximo y único interprete de la referida Directiva.

En resumidas cuentas tratamos del principio de efectividad de la protección conferida por la Unión Europea en la defensa de los consumidores bancarios frente a entidades, pese a las resistencias normativas y controversias jurisprudenciales en la incorporación del derecho comunitario a nuestro ordenamiento jurídico, y finalmente el necesario cambio de paradigma jurídico normativo y jurisprudencial en materia de consumidores.

2. De la LCCL y adaptación de la jurisprudencia europea.

Al adherirse el Estado español a la CEE, quedamos sujetos al principio de primacía normativa europea que viene recogida en el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, lo que implica que en nuestro ordenamiento jurídico prevalece la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13), de protección de los consumidores, con carácter de norma imperativa y de interés público.

Junto a esta protección se sitúa la contemplada por el artículo 51 de la Constitución Española en relación con su artículo 53.3, de tal manera que la defensa de los consumidores y usuarios se instaura como principio general informador de nuestro ordenamiento jurídico en la medida en que dicha trasposición normativa implica:

- a) obligar al legislador a adoptar medidas normativas con ese fin.
- b) Impone a los órganos judiciales el deber de interpretar las normas de la forma más favorable a los intereses y los derechos de los consumidores en cuanto estos vienen relacionados con bienes o servicios de uso común, ordinario y generalizado, por ejemplo, los préstamos con garantía hipotecaria, y que la carga pesa sobre la vivienda.

Todo ello sin olvidar que el Tribunal Constitucional reafirma la exigencia de la defensa de los consumidores y usuarios como componente social de nuestro Estado de Derecho¹ el principio de la acción tuitiva del «más débil o desvalido» cuando aparece un conflicto en el que una de las partes se encuentra en situación de inferioridad que siempre le posicionará

¹ declarado en STC 123/1992, de 28 de septiembre, línea que se mantiene en fechas posteriores (STC como aquellas números 98/1993 y 177/1993),

como «el perdedor», a fin de restablecer y alcanzar una igualdad efectiva, o real, en sintonía con el artículo 9 de la Constitución y, así, la Justicia.

Es notorio que pese a su adhesión a la Unión Europea, el Estado español debía proceder a la trasposición de las Directivas 2014/17/UE (en adelante Directiva 2014/17), así como la referida Directiva 93/13, sin embargo, hemos sido testigos que la misma viene produciéndose de forma parcial, con sobresaltos, y no sin ciertas controversias jurisprudenciales, derivadas de reformas limitadas y orientadas, como se vera más adelante, conforme a criterios interpretativos de la norma sesgados e interesados.

En consecuencia, la modificación de nuestro ordenamiento dimanante de la LCCI resulta sustancial en materia de regulación del vencimiento anticipado, tanto como en lo referente a la pretendida retroactividad de la misma cuyas consecuencias a efectos de ejecución hipotecaria, limitan considerablemente las posibilidades efectivas de defensa de los consumidores al facilitar, en la práctica judicial, al prestamista recurrir a una segunda ejecución hipotecaria, sin necesidad de justificar una previa resolución pacífica de la situación, ni tan siquiera intentar alcanzar una solución beneficiosa para ambas partes, como dispone los artículos 27 y 28 de la Directiva 2014/17. *A contrario sensu*, resulta de la nueva regulación de vencimiento anticipada que se abre una segunda vía de ejecución hipotecaria, sin necesidad del acreedor de ofrecer, u al menos buscar, otras soluciones a fin de evitar la resolución del préstamo como pudiera ser una reestructuración de deudas, o al menos la eliminación de aquellas cláusulas financieras reconocidas como abusivas que encarecen y dificultan el cumplimiento de sus obligaciones al consumidor.

Partiendo de lo expuesto, analizaremos la retroactividad de la LCCI en materia de vencimiento anticipado, en relación con la jurisprudencia europea, la interpretación realizada por el Pleno del Tribunal Supremo todo ello, ilustrado mediante el análisis de las resoluciones judiciales conocidas desde entonces hasta esta fecha.

2.1. Análisis de la Sentencia de 26 de marzo de 2019 del TJUE: Efectos sobre la LCCI.

A modo de contextualización, recordaremos la Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Constitucional de fecha 28 de febrero de 2019 por la que reitera el principio de primacía del

derecho comunitario y su doctrina en materia de jerarquía normativa que recogemos, parcialmente, como sigue: «...velar por el respeto del principio de primacía del Derecho de la Unión cuando (...) exista una interpretación auténtica efectuada por el propio Tribunal de Justicia de la Unión, (...) el desconocimiento y preterición de una norma de Derecho de la Unión (...) «puede suponer una “selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso”, lo cual puede dar lugar a una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (...)».

Dicho lo cual, la recién aprobada Ley 5/19, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario es consecuencia directa de las exigencias de transposición de la Directiva 93/13/CEE de protección a los consumidores, 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.

Comprobaremos la transcendencia de la jurisprudencia europea en materia de protección de los consumidores, recordando, en grandes líneas, las reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, revistiendo especial interés, la Sentencia 26 de marzo de 2019 del TJUE, en asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, por la que reafirma el principio de nulidad plena y absoluta de la reseñada cláusula de vencimiento por impago de tan solo una cuota, hasta la aprobación de la LCCI, y finalmente con el giro de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en la materia.

2.1.1. Acerca de la reforma del artículo 693 LEC hasta la LCCI

Sin lugar a duda la Sentencia dictada por el TJUE en el asunto C-415/11, también conocido como el caso «Aziz», dictado con fecha 14 de marzo de 2013, ha marcado un antes y un después en aras a la defensa de los consumidores frente a un procedimiento de ejecución hipotecaria, y catalizador de las posteriores reformas de la Ley Hipotecaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en particular.

Tal relevancia reviste la referida resolución que, como recoge, a modo de ejemplo, el periódico digital «El País» recogió en un artículo de prensa del mes de mayo de 2013 que «La resolución «ha dado una dimensión al procedimiento» de Aziz, abunda Seijo, porque «ha coincidido con un intenso debate público» sobre el drama de los desahucios. El juez admite que existen «elementos económicos, sociales y de política legislativa» en el caso Aziz». El

mismo se encuentra disponible mediante el siguiente enlace:

https://elpais.com/ccaa/2013/05/02/catalunya/1367520137_907887.html.

Obiter dicta, el TJUE declaró, entonces, que el procedimiento de ejecución hipotecaria español era contrario a la Directiva 93/12/CEE y vulneraba los Derechos Humanos al impedir como causa de oposición invocar la abusividad de las cláusulas contenidas en el contrato y por ende vulnerar el principio de efectividad y protección conferida por dicha norma.

Expuesto el carácter sumario del procedimiento ejecución en aquel entonces y por ello la vulneración del principio de equidad y de efectividad consagrados por la referida Directiva, resulta la reforma del artículo 693, entre otros, modificado mediante la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Así, el impacto de referida resolución, la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha visto modificada a fin de transposición de la señalada Directiva europea a nuestro ordenamiento jurídico, si bien de forma parcial y con marcado debate público y nada desdeñables vaivenes jurisprudenciales.

La principal reforma, desde la perspectiva de la protección de los consumidores frente a la resolución anticipada del contrato y sus consecuencias legales, afecta al artículo 693 LEC. En efecto, la conocida cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, si bien consentida y permitida ante el impago de tan solo una cuota, fue objeto de modificación mediante la, anteriormente señalada, Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, si ampliando el plazo de impago a tan solo tres meses, lo cual, a nuestro humilde entender, se revelaba del todo insuficiente considerando la duración media de los préstamos con garantía hipotecaria, la cuantía del capital concedido y todo ello en relación con el objeto de la garantía que, mayoritariamente, constituye la vivienda de los consumidores y usuarios de este tipo de contratos.

Sin embargo, pese a la posibilidad de oposición fundada en la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, nos encontramos, entonces, antes las dificultades derivadas de la aplicación retroactiva de una ley supletoria unida a la revisión de oficio del juzgador que, paliando los efectos de la nulidad del referido pacto, relaciona el carácter abusivo en relación con el uso del mismo por el profesional a fin de instar el procedimiento ejecutivo,

por lo que entendemos que suponía una vulneración del efecto disuasorio de la Directiva 93/13 y a su vez del principio de efectividad de la protección conferida a la parte más vulnerable y débil del contrato.

En dicho sentido, Dña. M^a Encarnación PÉREZ-PUJAZÓN y D. Antonio José MOYA FERNÁNDEZ consideran, en un artículo titulado «Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios» publicado en la revista «Actualidad Jurídica Uría Menéndez» que, en resumidas cuentas, la referida Ley 1/2013 debió establecer un periodo transitorio de aplicación debido a los cambios normativos acontecidos y señalan, además, que nada decía o precisaba sobre la aplicación retroactiva de la reformada ley a aquellos préstamos suscritos con anterioridad a la misma.

Así, los referidos autores consideran que la modificación del artículo 693 LEC por la que se ampliaba el plazo de impagos exigibles previo a declarar el vencimiento anticipado, «en puridad», debiera aplicarse a aquellos contratos suscritos con fecha posterior a la reforma, impidiendo de esta forma la retroactividad de la norma, más si cabe, en los casos que se encuentren en un procedimiento ejecutivo en curso y fundado en la referida cláusula abusiva.

Lo expuesto anteriormente viene ilustrado por el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ponferrada, de fecha 27 de mayo de 2014, en Procedimiento de Ejecución Hipotecaria nº 133/2012 (N.I.G.: 24115 41 1 2012 0000896) cuyos fundamentos de derecho opta, ante la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por tan solo el impago de una cuota, aunque parcial, la reforma operada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, modificando el art. 693 LEC, considera que, dándose en el asunto un impago de «más de tres plazos», entiende que nos encontramos ante una cláusula nula «sino inaplicable» debido a la irretroactividad de la citada ley.

A *contrario sensu*, la Audiencia Provincial de Cantabria mediante Auto nº 62/2019, de 27 de febrero, dictado en Recurso de apelación nº 908/2018 (N.I.G. 3908741120110003061), frente al recurso de apelación instado por la ejecutante tras declararse la nulidad de actuaciones por causa de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en aplicación, entendiéndose retroactiva, de la referida Ley 1/2013, resolvió en el sentido que, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, considerando que, pese a la firmeza del decreto de adjudicación de la vivienda, manteniendo la posesión de la misma el ejecutado, opta por la

nulidad del referido pacto por aplicación de «D.T. 4ª referida al régimen transitorio aplicable a los procesos de ejecución iniciados a la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (15-5-2013)», es decir por la irretroactividad de la misma, a mayor abundamiento, cuando dicha petición de contrario se interese *ex novo*.

Ante resoluciones contradictorias, generadoras de inseguridad jurídica, es menester, previo a abordar la reforma derivada de la aprobación de la LCCI, recordar la especial relevancia de la Sentencia , de fecha 26 de enero de 2017, dictada por la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión europea en asunto C-421/14 «Banco Primus», y cuyo tenor esencial reproducimos a continuación:

“72. (...) la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, (...) la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores (...).

Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa Directiva— 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 (véase, en este sentido, el auto de 11 de junio de 2015, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, C-602/13, no publicado, EU:C:2015:397, apartados 50 y 54).»

De lo anterior, queda evidenciada la necesidad de unificación de criterios en cuanto a la pretendida retroactividad de una norma supletoria a fin de paliar los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula, como la de vencimiento anticipado, en contra de la norma europea, entonces parcialmente transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico.

Así, atendiendo que la Directiva 2014/17/UE de 14 de febrero de 2014, tenía como fecha de plazo de trasposición el 21 de marzo de 2016, si bien, los vaivenes jurisprudenciales, marcados por el Tribunal Supremo, aparentemente afín al sector bancario, las

contradicciones resultantes en la interpretación y aplicación de la numerosa jurisprudencia del TJUE, generadora de inseguridad jurídica causante de nuevas problemáticas, unidos a las crisis de gobierno, resultaron un retraso en dicha obligación.

Pese al retraso en el cumplimiento de las obligaciones del Estado español, finalmente queda aprobada la Ley 5/2019, de 15 de marzo (en adelante LCCI), reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que introduce ciertos aspectos novedosos destinados a reforzar y garantizar los principios de transparencia material, mediante una fase precontractual más exigentes y rigurosa, así como la intervención directa del notario sobre el que pesa la obligación y responsabilidad de comprobación del cumplimiento por parte de las entidades prestamistas de sus obligaciones así como, no menos desdeñable, el deber del fedatario público de asesor al prestatario con antelación a la firma de la escritura.

Si bien, existe unanimidad en cuanto a las novedades esenciales de la LCCI, a nuestro humilde parecer, la principal novedad, considerando los efectos prácticos en el ejercicio del derecho de defensa de los consumidores y de la tutela judicial, como se verá más adelante, no es otra que la retroactividad de un único de sus artículos y de las posteriores «pautas orientadoras» marcadas por el Pleno del Tribunal Supremo.

2.1.2. Nulidad de pleno derecho de la cláusula de vencimiento y retroactividad del artículo 24 LCCI

A modo de contextualización, con especial interés desde la perspectiva del citado artículo 24 LCCI, recordaremos que el TJUE reiteró, con meridiana claridad, en Sentencia, de 26 de enero de 2017, dictada en asunto C-421/14, que:

«4) La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la Ley 1/2000, modificada por el Real Decreto-ley 7/2013, que prohíbe al juez nacional que ha constatado el carácter abusivo de una cláusula contractual de ese tipo declarar su nulidad y dejarla sin aplicar cuando, en la práctica, el profesional no la ha aplicado, sino que ha observado los requisitos establecidos por la disposición de Derecho nacional. »

Seguidamente, ante las discrepancias y contradicciones de nuestros juzgados y Tribunales en cuanto a la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la aplicación de una norma supletoria, reviste especial relevancia la cuestión prejudicial planteada en la materia por el Juzgado de Primera Instancia de Santander y por nuestro Tribunal Supremo, en asunto C-70/17:

«2) ¿Tiene facultades un tribunal nacional, conforme a la Directiva 93/13[...], 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?»

En la línea del Abogado General, la Gran Sala del TJUE recoge en Sentencia de 26 de marzo de 2019, en los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, resolvió en resumidas cuentas señalando tres elementos esenciales a la nulidad parcial de la cláusula de vencimiento anticipado, y posibilidad de sustituir la los «elementos que la hacen abusiva» siempre que las partes del contrato así lo acuerden, que sin dicha cláusula el mismo pudiera subsistir y que, además, de declararse la nulidad radical del préstamo «exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.»

El legislador era plenamente consciente de la pendencia de resolución por parte del TJUE acerca de las cuestiones prejudiciales formuladas frente a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y de la posibilidad por parte del juzgador nacional de aplicación de normas supletoria en sustitución de la misma. Así, a fin de evitar eventuales contradicciones con la resolución que el TJUE pudiera dictar en la materia, no solo estableció límites y condiciones estrictas por los cuales el prestamista podrá declarar el vencimiento anticipado del contrato en caso de incumplimiento del consumidor, a fin de fortalecer la exigencia de equilibrio entre las partes del contrato, así como «impedir la inclusión» de cláusulas que pudieran declararse abusivas.

Así, en un afán de restablecer el desequilibrio provocado por la nulidad de pleno derecho de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de tan solo una cuota, a perjuicio exclusivo del deudor, se establece la retroactividad del artículo 24 LCCI mediante la Disposición transitoria primera que recoge en su párrafo 4º con la salvedad que «el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él». Dicho esto, a nuestro humilde entender, la referida disposición es, cuanto menos, poco clara considerando que se desconoce si lo que pudiera resultar «más favorable» se refiere en términos comparativos con el citado artículo 24, con respecto de la cláusula de vencimiento del contrato, o, por último, con la nulidad del contrato y de los supuestos efectos perjudiciales que tal nulidad pudiera ocasionar al consumidor.

En ese sentido, aun considerando la retroactividad desde la perspectiva de la cláusula originaria, debemos considerar el principio *quod nullum est, nullum effectum producit*, desde la perspectiva de los intereses del consumidor frente a la pretendida sustitución del pacto, entonces, inexistente, por una norma imperativa y de las consecuencias, a efectos reales y prácticos, en cada caso.

A mayor abundamiento, en la línea de lo anterior, debemos incidir que la referida Sentencia 26 de marzo de 2019 del TJUE, reafirmó la nulidad de pleno derecho de la cláusula de vencimiento, inspirada en el artículo 693 LEC, anteriormente en vigor. Por ello, no cabría entender, como ocurre en la actualidad, que la limitación o salvedad a la retroactividad de la norma refiera a considerar que el consumidor pudiera considerar paliar la inexistencia del pacto, por nulidad de la cláusula, por la aplicación retroactiva de una nueva norma, que si bien imperativa, se comprueba en la realidad judicial viene aplicándose de forma sistemática por ser dicha norma «imperativa».

A modo ilustrativo, la Ilustrísima Audiencia Provincial de Navarra, Sección tercera, mediante Auto nº 101/2022, dictado en Recurso de apelación nº 1764/2021, (N.I.G.: 3120142120210001805), recordando que si bien el artículo de la LEC por el que se permite declarar el vencimiento anticipado, véase su art. 693, es una norma supletoria, dispositiva, el art. 24 LCCI y su disposición transitoria reviste carácter de norma imperativa cuya retroactividad, «fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado», se acordó a fin de evitar una supuesta sentencia del TJUE que pudiera ser contraria al informe del Abogado de la Corte, y por ello, aparentemente, a fin de garantizar la debida

protección del consumidor «más allá de lo previsto en el Art 693.2 LEC anterior a la reforma.»

Así, en el asunto de referencia, pese a la nulidad de pleno derecho de la cláusula de vencimiento anticipado, ratificada la misma en un procedimiento de ejecución hipotecaria, sobreseído con anterioridad, la Ilustrísima Audiencia Provincial de Navarra procede a la aplicación retroactiva de la LCCI, sin considerar en momento alguno si la misma se considera «más favorable» para el deudor, y más grave si cabe, pese a que la misma Disposición transitoria primera en su párrafo 4º, sin margen al error, establece la irretroactividad de la misma en caso de haberse procedido al vencimiento anticipado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

A contrario, con anterioridad, la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª resolvió, mediante Auto nº 93/2020, de 14 de mayo, dictado en Rollo de Apelación 1070/2019, dimanante de Procedimiento de Ejecución Hipotecaria 620/2013 (N.I.G.: 3904241120130001421), recoge en el sentido de la Disposición transitoria primera de la LCCI por la que, sin lugar a interpretación, de haberse producido el vencimiento anticipado con anterioridad a la entrada en vigor de la misma no se aplicará la retroactividad del referido artículo 24, su hubiera o no instado el procedimiento de ejecución hipotecaria, con especial mención, como ocurría en el asunto tratado, dicho procedimiento estuviera suspendido.

Sin embargo, tan solo dos meses después, de forma sorpresiva y contradictoria, la misma Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2ª, mediante Auto nº 142/2020, de fecha uno de julio, dictado en Recurso de apelación nº 201/2020, dimanante de Procedimiento de ejecución hipotecaria nº 239/2016, se limita en reproducir las pautas orientadoras dictadas por el Tribunal Supremo, omitiendo y/o ignorando la Disposición transitoria primera punto cuarto de la referida LCCI, razona, en su FD 1º y único, por el que considera que la LCCI sirve de parámetro orientativo a fin de evaluar la gravedad del incumplimiento del deudor. De ser así, cumpliéndose los requisitos del art. 24, consideró que la sustitución de la cláusula declarada nula por dicha disposición legal, imperativa, aunque aprobada con posterioridad, viene consentida por «la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt)) ».

Por lo anterior, procede la Audiencia Provincial a considerar que es de aplicación al asunto la retroactividad del artículo 24 de la LCCI, motivando su decisión al amparo de las «pautas u

orientaciones jurisprudenciales» marcadas por el Pleno del Tribunal Supremo que abordaremos más adelante. Todo ello, dicho sea, pese a recoger la referida resolución que en dicho procedimiento de ejecución hipotecaria, la entidad ejecutante procedió a declarar el vencimiento anticipado con fecha de 28 de octubre de 2014, vulnerando no sólo la mencionada Disposición transitoria primera párrafo 4º sino, además, sin comprobar el cumplimiento del punto uno letra c) del referido artículo. En dicho contexto, la Audiencia Provincial de Cantabria resolvió declarando la continuación del procedimiento de ejecución, a la espera de la admisión a trámite del recurso de nulidad por infracciones legales instado por los ejecutados.

En esa misma línea se posicionan la mayoría de las audiencias provinciales y juzgados de primera instancia que, en líneas generales, silencian la Disposición transitoria primera, y en particular su párrafo 4º, aplicando de forma, casi sistemática, la retroactividad del artículo 24 LCCI, sin previa consulta de la voluntad del consumidor, y sin, tan siquiera, comprobar que tal retroactividad cumpla con la exigencia previa que no se hubiera producido el vencimiento anticipado del contrato.

Ante tales discrepancias que tratándose de procedimientos de ejecución hipotecaria, que conllevan inexorablemente al desahucio de las familias, generalmente, más vulnerables, la gravedad del asunto requiere recordar, no solo que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, independientemente de su aplicación por parte del prestamista, no permite por si sola la sustitución por una norma, aunque imperativa.

Así, resulta de la referida STJUE de 26 de marzo de 2019 que tal sustitución deberá ser posible cumpliéndose tres exigencias, a saber que exista acuerdo de las partes al contrato, que el mismo no pueda subsistir tras la declaración de nulidad de la cláusula, y por último, que la nulidad del contrato provoque al consumidor «consecuencias especialmente perjudiciales».

A tenor de lo anterior, en sintonía con la referida STJUE, ante la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, entendemos que la pretendida retroactividad cumplirá con sus objetivos de restaurar el equilibrio entre las partes siempre y cuando se cumplan con todos y cada unos de los requisitos exigidos.

Así, en aras a la debida protección de los consumidores, de la tutela pretendida, señalar la STJUE, de fecha 21 diciembre de 2016, en asuntos acumulados C-154/2015, C-307/15 y C-308/15, resolviendo sobre la limitación temporal del restitución de la cláusula suelo por parte del TS, resolvió en el sentido que la aplicación de una norma debe realizarse de manera recta sin que quepa modularla y/o ponderarla hasta modificar su letra y espíritu, recordando así el principio *in claris non fit interpretatio*, mismo resultado debe aplicarse con los efectos y consecuencias legales de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

No debemos olvidar que aunque en la práctica la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo va a suponer el acogimiento de dicha doctrina por prácticamente la totalidad de Juzgados y Tribunales españoles, la misma no reviste carácter imperativo, pues tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia del Pleno, 37/2012 de 19 Mar. 2012 «*Los jueces no están vinculados por las sentencias del Tribunal Supremo, bastando con motivar su criterio para apartarse de ellas; con la sola excepción de las sentencias estimatorias de recurso de casación en interés de ley, cuyo criterio están obligados a seguir*».

2.2. DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA NORMA CONSAGRADA POR LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA VS. LCCI, RETROACTIVIDAD JURISPRUDENCIAL

La irretroactividad es el concepto jurídico que impide la repercusión de efectos resultantes de una ley a hechos acaecidos con anterioridad a su entrada en vigor. En otras palabras, impide que las leyes promulgadas tengan efecto a las situaciones o acontecimientos anteriores a las mismas, sobre todo, si son restrictivas de derechos individuales o de carácter sancionador. Así, es un principio que viene establecido en la Constitución y en otras normas del ordenamiento jurídico por la que queda prohibida la aplicación de los efectos de las normas a situaciones o hechos surgidos con anterioridad, particularmente si estos son limitativos, restrictivos de derechos individuales, desfavorables o de carácter sancionador.

En este sentido, el principio de irretroactividad salvaguarda el orden jurídico vigente antes de la entrada en vigor de una nueva normativa, mientras que el principio de retroactividad admite la aplicación de una ley a hechos anteriores a su propia entrada en vigor. Por ello, el carácter retroactivo o irretroactividad de una norma de nueva aprobación dependerá de la expresa enunciación que la misma tenga al respecto.

Procede lectura crítica de la irretroactividad en el ordenamiento jurídico español en relación a la determinación del interés más beneficioso para el consumidor hipotecario realizado por el juez sin consultar al afectado; la doctrina de los actos propios.

El principio general de irretroactividad consagrado en el artículo 9.3 (CE) de 1978, señala que la Carta Magna garantiza la misma frente a disposiciones sancionadoras que no sean favorables o sean restrictivas de derechos individuales, garantizando así el principio de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas, la irretroactividad, en términos antes expresado, de seguridad jurídica, y de la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. En el art. 9.3 de la Constitución Española y 25.1 del mismo cuerpo legal nos encontramos con el marco hermenéutico desde donde abordar como se ejercita en el art. 24 CCCI, por parte del juez la *opción más ventajosa*;

.- teniendo en cuenta que el concepto de «disposición sancionadora no favorable» comprende a las sanciones que guardan una finalidad represiva o de castigo, diferentes de otras figuras afines, como los recargos tributarios o las multas coercitivas y que el concepto de «disposición restrictiva de derechos individuales» ha de entenderse como una situación subjetiva, derecho «adquirido» o «individualmente reconocido» por una actuación del poder público (Administración o legislador) siempre que el mismo sea nominativo y derive en la patrimonialización de un derecho.

.- No puede condenarse o sancionarse nadie por sus acciones u omisiones cuando estos no constituían delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Junto a esto el Tribunal Supremo habría estudiado sus efectos, anunciando que «en general las variaciones introducidas por los ordenamientos jurídicos no tienen efecto retroactivo, por ser reiterada doctrina jurisprudencial...». Asimismo, enfatizó que el principio genérico de no retroactividad de la ley, cuando no existe cláusula específica de él, comprende también las consecuencias futuras de los hechos previos a ellas. Dicha garantía de irretroactividad viene igualmente recogida en otras normas de nuestro ordenamiento jurídico como el Código Civil, mediante su artículo 2 apartado tercero.

Delimitada una parte del paisaje normativo abordamos el supuesto de las excepciones al principio de irretroactividad ex 2.3 CC establece que las leyes no tendrán efecto retroactivo,

a no ser que se disponga lo contrario. Además la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 julio 1993 señala que, así como la retroactividad absoluta de la Ley significa un atropello al principio constitucional de «seguridad jurídica», la irretroactividad ilimitada constituye el fin del necesario desenvolvimiento del derecho. En consecuencia debemos manifestar que todo principio de aplicación retroactiva de una norma ha de tener como único origen la voluntad del legislador, órgano que vehicula la voluntad de la ciudadanía, de quien en última instancia emana la soberanía nacional.

Los jueces y tribunales sólo deben interpretar la aplicación de la norma en cuestión en razón con el cuerpo doctrinal, jurídico y jurisprudencial para adaptarla a la realidad social, pero en modo alguno pueden realizar una componenda a la labor del legislativo, optando por interpretaciones restrictivas de derechos y contrarias a la propia norma y a su propio espíritu. De tal manera que no podrá ser forzada judicialmente la interpretación de una norma dirigida exclusivamente a restringir los derechos del consumidor que se ve abocado a la pérdida de su vivienda, por una decisión unilateral de la magistratura, que ni siquiera hace el ademán de obtener del hipotecado la manifestación de su voluntad conforme al archivo o prosecución de la ejecución hipotecaria.

En conclusión una vez más y en exclusivo beneficio de la banca, por mandato imperativo el consumidor queda reducido a una minoría de edad permanente o a una incapacidad relativa para administrar y decidir sobre sus bienes. Ante una hipotética situación de precariedad económica del consumidor raudamente y sin que nadie los llame, vienen los tribunales a decidir por el, donde queda el hecho que irretroactividad tiene como propósito dar estabilidad al ordenamiento jurídico y contribuir en el establecimiento de la seguridad jurídica. ¿Cómo refuerza el principio de tipicidad y legalidad, dado que es una garantía para la aplicación de sanciones de todo tipo, administrativas, penales, sociales, medioambientales? En que elimina la incertidumbre que daría lugar a una posible variación de la legislación sobre hechos anteriores que no pueden modificarse o eliminarse. El mero transcurso del tiempo tiene una influencia decisiva en el Derecho, pues las normas nacen con una vocación de permanencia transitoria, en la medida que el ordenamiento jurídico debe evolucionar para adaptarse y dar respuestas a nuevas situaciones jurídicas antes desconocidas. Los dos momentos transcendentales en la vida de una norma son,

precisamente, los de su entrada en vigor (inicio de su vigencia) y su derogación (como fin de la misma).

Publicada la LCCI, asistimos a la aplicación retroactiva sistemática por Jueces y Tribunales del art. 24 LCCI, en un supuesto interés del deudor hipotecario. Vencidos los préstamos hipotecarios, y, envueltos los consumidores en procesos de ejecución hipotecaria, nos encontramos en los juzgados donde hay que lidiar entre la nueva regulación sobre las situaciones y relaciones jurídicas constituidas con arreglo a la normativa anterior, sobre todo cuando la nueva normativa reconoce o deroga situaciones desconocidas o admitidas anteriormente, como en el caso que nos ocupa. Para estos periodos que transcurren entre la publicación de la norma y su implementación nos preguntamos acerca de como respetar el estado jurídico creado con anterioridad cuando es distinto a la nueva situación jurídica.

El principio de irretroactividad, como mecanismo para el mantenimiento del orden jurídico vigente antes de la entrada en vigor de la nueva normativa; frente al principio de retroactividad, que determina la vigencia de la ley nueva sobre las relaciones nacidas al amparo de la anterior regulación presentan matizaciones así podemos hablar de:

a) retroactividad débil, o de primer grado, cuando los efectos de la nueva ley se extienden únicamente a los efectos de la relación ya existente que deban nacer bajo el imperio de la misma.

b) retroactividad fuerte, o de segundo grado, el cambio normativo afecta no sólo a los efectos futuros, que estén por nacer, sino también a los efectos ya consolidados.

Así, desde la publicación de la LCCI a lo que estamos asistiendo a la aplicación sistemática de la retroactividad del art. 24 CCI, por los Tribunales, auto dotándose de la facultad de ser intérpretes de la voluntad de los consumidores acerca de la manifestación de sus derechos y necesidades conforme a su vivienda.

Donde queda el hecho que Jueces y tribunales han de resolver esta cuestión en atención al espíritu de la ley y a los principios generales del derecho. Y, más concretamente, dentro de estos principios, destacar, fuera de expresas previsiones legalmente establecidas, la consagración en nuestro Derecho del principio general de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1978. Por tanto, las normas que establezcan

sanciones y hechos desfavorables (sean civiles, administrativas o penales, en este mismo sentido se pronuncian los artículos 25 de la Constitución Española y 2 del Código Penal) y las que restrinjan algún derecho, no podrán extender sus efectos a las situaciones existentes antes de su entrada en vigor. Aclarando la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional² que, interpretado el citado precepto en sentido contrario, sí admitirían aplicación retroactiva las normas sancionadoras «favorables», entendidas como aquellas que establecen una sanción menor, cuantitativa o cualitativamente.

En la línea de lo anterior, ante la retroactividad del artículo 24 LCCI, de forma cuasi sistemática, en nuestra democracia constitucional rige el principio irrenunciable y fundamental del sometimiento a la LEY, a contrario del sistema anglosajón, y que, en un sentido amplio, se define en el artículo 9.1 CE y más concretamente en el artículo 117.1 de nuestra Carta Magna cuyo tenor es inequívoco por cuanto dispone:

«1. La justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.»

A este propósito, el Tribunal Supremo despeja toda duda al declarar que la doctrina de la Sala sobre la vigencia del principio de irretroactividad de las leyes, en especial en su versión procesal, impediría la aplicación de la nueva normativa a los asuntos que, en el momento de entrada en vigor de la ley, se encontrasen *sub judice*, a los cuales se aplicarán, para su tramitación y resolución con arreglo a las normas, procesales como sustantivas, vigentes en el momento en el que se instó el procedimiento judicial. En línea, en cuanto a los procesos pendientes, se afirma que es doctrina, mayoritaria, que sigan sometidos a la ley en vigor cuando se iniciaron incluidos los recursos, salvo que las partes haciendo uso de la facultad

² De forma alguna las normas que reconozcan un «derecho individual» se verán afectadas por el principio general de irretroactividad, reconociéndose, así, retroactivamente aquellos nuevos derechos. Así mismo, el Tribunal Constitucional ha matizado que se entienden por derechos individuales aquellos comprendidos en el Título I de la Constitución Española de 1978, en resumidas cuentas, los derechos fundamentales (Sentencias de 20 de julio de 1981, 4 de marzo de 1982 o de 4 de febrero de 1983); así como, que lo que el artículo 9.3 prohíbe es la incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, pero no que se extienda dicha ley a los efectos no consumados (en Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, recurso de inconstitucionalidad). En definitiva, el margen establecido en esta materia a favor del legislador español es realmente amplio, aún bajo las prohibiciones y matizaciones del Tribunal Constitucional; admitiéndose la retroactividad, bajo lógicas limitaciones en aras al necesario principio de seguridad en las relaciones jurídicas, a salvo en cuanto a las normas sancionadoras y, en general, desfavorables.

que les concede en la disposición transitoria 4 CC (Sentencia Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1983); que el principio general de irretroactividad del artículo 2.3 CC no permite que la excepción de Ley retroactiva llegue a lesionar intereses de particulares protegidos por el ordenamiento jurídico vigente cuando fue causado el perjuicio (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 5, de 15 de octubre de 1981); que careciendo la Ley que deroga la normativa anterior del precepto regulador del grado de retroactividad, ha de estarse a la regla general de irretroactividad, que alcanza también a las normas procesales, de manera que el proceso, unitariamente considerado, debe regirse por la Ley vigente en el momento de su iniciación (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4, de 20 de febrero de 1982); que el principio de irretroactividad del artículo 2 del Código Civil es aplicable a las normas procesales, siempre que se trate de procesos ya concluidos o simplemente iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley (Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 31 de mayo de 1983); que la seguridad jurídica y respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas más beneficiosas son el fundamento del principio, básico en el ordenamiento español, de irretroactividad de las leyes, que viene plasmado en el artículo 9 CE y del art. 2.3 CC (Sentencia de 24 de octubre de 1988).

2.2.1. Lectura crítica de la aplicación práctica de la doctrina jurisprudencial del Pleno del Tribunal Supremo y de la retroactividad del artículo 24 LCCI.

Expuesto lo anterior, nos encontramos en el escenario de la aplicación retroactiva de las modificaciones jurisprudenciales, como consecuencia de esta modificación jurisprudencial, se está optando por una aplicación retroactiva del art. 24 justificando la modificación jurisprudencial en la doctrina del Tribunal Constitucional, en virtud de la cual los cambios de criterios jurisprudenciales son legítimos cuando son razonados y razonables y con vocación de futuro. Se argumenta, por otra parte, que no es de aplicación a los cambios jurisprudenciales el principio constitucional de la irretroactividad (artículo 9.3 CE), reservado a las disposiciones normativas. De manera que nada impide que el Tribunal Supremo aplique la nueva doctrina jurisprudencial a situaciones surgidas en el pasado, así como juzgados y tribunales, escudándose en la misma, sin entrar a la lectura de la propia ley, justifique dichas actuaciones.

A modo ilustrativo, la Sección tercera de la Audiencia Provincial de Navarra dictó Auto nº 101/2022, de fecha veinte de junio, dictado en Recurso de apelación nº 1764/2021, dimanante de Procedimiento de ejecución hipotecaria nº 181/2021, (N.I.G.: 3120142120210001805), pese a recoger que, con anterioridad, resultó acreditado la declaración de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, siendo sobreseído, en aquel entonces otro procedimiento de ejecución hipotecaria del año 2016, consideró la retroactividad de la LCCI, en contra de su Disposición transitoria primera, por considerar de aplicación las «pautas u orientaciones jurisprudenciales» marcadas por el TS en su Sentencia 463/2019, de 11 de septiembre. Así, desoyendo la solicitud del afectado de sobreseimiento por considerar la retroactividad de la LCCI más perjudicial a sus intereses, así como, silenciando la petición de nulidad radical, desestimó íntegramente el recurso de apelación formulado por el ejecutado.

Ante estas decisiones judiciales, tras formular el correspondiente recurso de nulidad de actuaciones por infracciones legales, no quedaba más alternativa que recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional³, entre otros motivos, por considerar la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, de acceso al recurso, considerando que el Auto se fundaba en un requisito de admisibilidad no exigido por la ley y en su vertiente de acceso a los recursos, en relación con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), porque la exigencia de anticipar en el escrito de preparación del recurso de casación los concretos preceptos o la jurisprudencia que se reputan infringidos se ha aplicado con carácter retroactivo. Además de alegar la vulneración del derecho, en este asunto un consumidor, a la igualdad en la aplicación judicial de la ley (art. 14 CE), pues entiende que ha existido por el Tribunal Supremo un cambio de criterio que no se ajustan con las exigencias impuestas por el principio de igualdad en la aplicación de la ley.

Estas resoluciones judiciales, en primera y segunda instancia, hasta la fecha, rechazan que se hubiera existido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva alegada, en su

³ Las sentencias dictadas por el TC han desestimado los recursos de amparo interpuestos (entre otras, Sentencia 16/2015; Sentencia 34/2015; Sentencia 35/2015 y Sentencia 36/2015), desestimando los motivos alegados, salvo en aquellos casos en que los recurrentes intentaron subsanar el incumplimiento advertido de un nuevo requisito de identificación mediante escrito preparatorio las infracciones normativas y jurisprudenciales (Sentencia 7/2015 y Sentencia 37/2015). En todas las mencionadas sentencias se incluye un voto particular, disintiendo de la opinión mayoritaria.

vertiente de acceso a los recursos, por carecer los Autos de inadmisión de cobertura legal. El TC considera que la exigencia de que el escrito de preparación del recurso de casación indique las normas y jurisprudencia infringidas entra dentro de las facultades jurisprudenciales que corresponden al Tribunal Supremo en la interpretación de los requisitos de acceso a casación. Frente a este razonamiento, el voto particular pone de manifiesto, acertadamente, que no se cuestiona en los recursos de amparo ni la facultad del legislador para establecer requisitos de acceso en casación ni la facultad del TS para interpretar estos requisitos. Lo que se cuestiona, según el voto particular, es que el TS exija de manera imprevisible un requisito no establecido en la Ley, con lo cual sí que resultaría infringido el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos.

Estos supuestos irán resolviéndose a través de resoluciones desestimatorias de los recursos de amparo establecen como regla general que las exigencias de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima de los recurrentes no generan el derecho a una determinada jurisprudencia, añadiéndose que la jurisprudencia no es una fuente del derecho a la que sean trasladables los principios aplicables a las disposiciones normativas; entre otros, el principio de irretroactividad. Dado que se decantan por manifestar que se ha introducido un cambio jurisprudencial «hace decir a la norma lo que la norma desde un principio decía, sin que pueda entenderse que la jurisprudencia contradictoria anterior haya alterado esa norma, o pueda imponerse como Derecho consuetudinario frente a lo que la norma correctamente entendida dice. »

Es nuestra firme opinión que únicamente se considera vulnerado este derecho a la tutela judicial efectiva en aquellos casos en que la entidad recurrente en casación ha intentado subsanar sin éxito el incumplimiento del nuevo requisito introducido como consecuencia del cambio jurisprudencial (FJ 3 Sentencia 7/2015). Pero será menester que a través de votos particulares contenidos en las referidas sentencias alguien se alce frente a la opinión mayoritaria en lo que respecta a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia. Se mantiene en estos votos particulares que una modificación jurisprudencial no puede prevalecer cuando implica el sacrificio de derechos o valores que la Constitución protege frente a la aplicación retroactiva de las normas.

Se aboga, acertadamente, por aplicar el principio constitucional de irretroactividad al cambio de jurisprudencia, con este convincente razonamiento: «Siguiendo el argumento apoyado

por la posición mayoritaria en que se funda la Sentencia, si el cambio de jurisprudencia solo hace decir a la norma lo que esta desde el principio decía , debe concluirse que lo que hubiera estado vedado al legislador, por respeto al principio de seguridad jurídica, también debe estar vedado a la interpretación de la ley por el cambio en la evolución jurisprudencial con idénticos efectos» (FJ 3 Sentencia 16/2015).

Quedará como trabajo pendiente una vez realizado este análisis critico estudiar la doctrina tradicional del Tribunal Constitucional que afirma la retroactividad de la jurisprudencia salvo en determinados casos, dentro del contexto de la consideración de la jurisprudencia como fuente del derecho, lo que debería determinar, a nuestro juicio, un cambio legal sobre el alcance retroactivo de la jurisprudencia.

2.2.2. De la Nulidad del contrato frente a la retroactividad del artículo 24 LCCI.

Vamos a abordar este partiendo de un supuesto de hecho ya judicializado para exponer el alcance efectivo de nuestras manifestaciones en el orden procesal. En este caso no queda al particular en el ejercicio del derecho de su derecho de defensa más que acudir al imperio la ley en relación con la irretroactividad desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. Vamos a ir cronológicamente desmenuzando los hechos: nos encontramos ante una providencia de fecha 28 de septiembre, donde previo «a despachar ejecución» a un deudor hipotecaria se acuerda conceder «audiencia» tan solo por cuanto afecta a la posible abusividad de la cláusula de demora. El letrado en cuestión tras la lectura de la providencia lo que deduce es que se esta dando aparente validez a una aplicación retroactiva del el artículo 24 de la Ley 5/2019.

Frente a tal pretensión procede que la letrada, a título previo, le diga y recuerde al juez en que escenario nos encontramos y por ello opte por reproducir conforme recoge la Disposición transitoria primera párrafo 1º de la LCCI por la que recoge, expresamente, la no retroactividad de «esta Ley» a aquellos préstamos anteriores a su «entrada en vigor». Seguidamente, reseñar por cuanto la citada disposición, con meridana nitidez y sin margen a la interpretación, establece que no solo corresponde al deudor hipotecario decidir sobre su aplicación retroactiva.

El referido texto legal es claro e inequívoco, tal y como venimos sosteniendo a lo largo de este trabajo, que quién debe acordar la retroactividad de la referida disposición legal no es otro que «*el deudor*», siendo en este caso, por su condición de ejecutado el consumidor que considera «más favorable» para él la irretroactividad y mantener todos los efectos y consecuencias de la nulidad de la cláusula.

Si bien, conocedora de lo anterior, las entidades ejecutantes pretenden aprovechar la aprobación de la nueva Ley y, en contra del principio de seguridad jurídica y en vulneración del principio de irretroactividad consagrado por nuestra Carta Magna, instan la ejecución hipotecaria sin tan siquiera atender a la máxima jurídica *in claris non fit interpretatio* por falta absoluta de referencia íntegra de la referida Disposición transitoria primera párrafo 4º, y todo ello, con beneplácitos de juzgados y tribunales, si bien existe alguna excepción cuando proceden a la revisión del cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos impuestos por el art. 24 LCCI.

A tenor de lo anterior, recoger la Sentencia TJUE de fecha 21 diciembre de 2016 en asunto C-154/2015, C-307/15 y C-308/15, resolviendo sobre la limitación temporal del restitución de la cláusula suelo por parte del TS, resuelve en el sentido que la aplicación de la norma debe realizarse de manera recta sin que quepa modularla y/o ponderarla hasta modificar su letra y espíritu, recordando así el principio por cuanto lo que es claro no necesita de interpretación, mismo resultado debe aplicarse con los efectos y consecuencias legales de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Resulta, siendo ilustrativa la referida STJUE, que el Tribunal Supremo realiza una interpretación de la Disposición transitoria primera párrafo 4º, absolutamente distorsionada y contraria tanto a su letra como a su espíritu, al optar por la aplicación retroactiva, a perjuicio de la Ley. *Obiter dicta*, en nuestra democracia constitucional rige el principio irrenunciable y fundamental del sometimiento a la LEY, a contrario del sistema anglosajón, y que, en un sentido amplio, se define en el artículo 9.1 CE y más concretamente en el artículo 117.1 de nuestra Carta Magna, anteriormente reseñado, por el que todos, inclusive jueces y magistrados, estamos «*sometidos únicamente al imperio de la ley.*»

Así, frente a las resoluciones conocidas hasta la fecha, aplicando sistemáticamente la retroactividad del art. 24, sin atender a la voluntad del consumidor y/o desoyendo las peticiones de nulidad del contrato, traer a colación la acertada Sentencia nº 512/2020, de 28

de septiembre, dictada por la Sección 2 de esta Audiencia Provincial de Cantabria en Recurso de apelación de 212/2020, (Roj: SAP S 811/2020 - ECLI:ES:APS:2020:811; Id Cendoj: 39075370022020100408) por cuanto recuerda en términos del STS nº 465/2019, de 17 de septiembre y 318/2020, de 17 de junio, que la tutela judicial efectiva, consagrada por la Constitución, encuentra fundamento en resoluciones debidamente motivadas, razonadas y fundadas, siendo esto un derecho «de todos los ciudadanos (...) al tiempo que constituye una expresión de la sujeción de los jueces al imperio de la ley en el ejercicio de sus exclusivas funciones jurisdiccionales», a fin de evitar cualquier clase de arbitrariedad, asegurándose que la resolución aporte solución al conflicto judicial mediante una «razonada aplicación del ordenamiento jurídico (art. 9.3 CE), (...) del ciudadano como centro del sistema merecedor de explicaciones dimanantes de la Administración de Justicia, de manera tal que tenga constancia de las razones por mor de las cuales se estiman o desestiman sus pretensiones.»

Finalmente, redundar por cuanto en sintonía con el art. 117 CE, el artículo 1 LOPJ recoge, en su casi integridad el mismo con complementación en cuanto reza, además, que «Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la ley.»

Por lo expuesto, resulta, en la práctica, que asistimos al recurso oportunista de las entidades a la aplicación de la interpretación dada por el Pleno del Tribunal Supremo de la STJUE de 26 de marzo de 2019, y, de forma sesgada, del giro de su doctrina jurisprudencial, a fin de justificar la retroactividad de la LCCI, contra *legem*, y en contra de la voluntad del consumidor, determinante conforme a la jurisprudencia europea, como veremos más adelante, y todo ello, causando además la eliminación del efecto disuasorio y sancionador de la Directiva europea.

Dicho esto, en la línea de lo anterior, en aras a la defensa del consumidor, parte más desvalida del contrato, frente a la retroactividad sistemática de la norma, en clara vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 24.1 de nuestra Carta Magna en su vertiente de respeto del principio de legalidad y de resoluciones fundadas en Derecho y a la seguridad jurídica, deberemos invocar aquél aspecto relevante de la «doctrina jurisprudencial» aducida por el TS quién, aparentando acoger la jurisprudencia europea, afirmó por cuanto la nulidad de una cláusula que asegura la

«ejecución de la garantía hipotecaria», haciendo esta «ilusoria» provoca la nulidad del contrato en su integridad.

Obiter dicta, consideramos cuanto menos dudosa la afirmación de entender que la nulidad del contrato pudiera causar «consecuencias especialmente perjudiciales», ello en términos genéricos y abstractos, sin tan siquiera, ante un procedimiento, sumarísimo, de ejecución hipotecaria o de título no judicial, de extrema transcendencia y gravedad para el consumidor, que el derecho de defensa lleva intrínsecamente aparejado, que no pueda ser tramitada de acuerdo con una norma contraria al derecho nacional, artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y al derecho comunitario, y/o ignorando su jurisprudencia, artículo 4 bis LOPJ. Velar por el respeto de dicho derecho responde al Juzgador, en garantía de la Tutela Judicial efectiva, mediante la adecuada aplicación de las normas, de la jurisprudencia, su interpretación y en resoluciones fundadas, razonadas y motivadas.

Esta sería la batería argumentativa que conforme a lo hasta ahora columbrado debería la letrada desplegar ante el tribunal frente a la admisión de un despacho de ejecución con fundamento en el art. 24 LCCI.

2.3. De la voluntad del consumidor

De este trabajo ha resultado que la LCCI introduce una novedad sustancial, a efectos de protección o desprotección del consumidor, según quién tenga potestad decisoria sobre su pretendida retroactividad, aunque limitada, y sobre las consecuencias inherentes a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado. La misma causando un efecto perjudicial, desde la perspectiva del consumidor, entendemos, contrario a la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa de sus derechos e intereses, y todo ello por la interpretación realizada por el TS tanto de la jurisprudencia europea como de la propia Ley.

Resultará por tanto la importancia de recabar, previamente, la voluntad del consumidor, ejecutado, que hasta la fecha, salvo en raras ocasiones, no se le ha, tan siquiera, ofrecido la oportunidad de optar por la nulidad del contrato conforme reconoce, ahora, el TS. Así, se vislumbra la importancia que reviste la voluntad de deudor, considerando que la misma no solo debe ser tenida en cuenta para la aplicación retroactiva o no del artículo 24 LCCI, sino que existe otra alternativa que, a mayor abundamiento, permite evitar la pérdida de la

vivienda y el temido desahucio. Así las cosas, no se trata tan solo de optar por la aplicación retroactiva de la LCCL, como opción, eventualmente, más favorable al consumidor que la aplicación de una norma supletoria, sino de una verdadera oportunidad de valorar la misma en relación a los efectos reales que supone la nulidad de una cláusula esencial al contrato en términos del TS.

2.3.1. Principio de efectividad de la Directiva y de las Sentencias de 3 de octubre de 2019 y de 8 de septiembre de 2022 del TJUE

Desplegada la argumentación sobre la retroactividad o no de la ley, avanzamos dentro del mismo supuesto, un peldaño más abordando la manifestación de la voluntad del consumidor que es la pieza angular de este trabajo. Ya estamos situados en un contexto en el que ante el silencio y omisión implícita sobre el alcance y las consecuencias jurídicas de la declaración de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y el silencio sobre la aplicación de la Sentencia del TJUE dictada el 3 de octubre de 2019, en asunto C-260/18, y más recientemente de la STJUE de fecha 8 de septiembre de 2022 dimanante de los asuntos acumulados C80/21 a C82/21, en relación con la Sentencia del TC, y ante la indebida aplicación supletoria del artículo 693.2 LEC, y la pretendida retroactividad de la LCCL, en clara vulneración la norma. Reiterando, que todo ello se traduce en una patente indefensión de los deudores hipotecarios sometidos a procedimientos de ejecución hipotecaria, y en vulneración de la tutela judicial efectiva, en sintonía con la consolidada doctrina marcada por el TC, en contra del principio de primacía del Derecho de la Unión europea.

En esa línea, procede recordar que, más recientemente, el Pleno de nuestro Alto Tribunal reiteró mediante Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2021, dimanante del Recurso de amparo nº 3866-2019 J, además de redundar en el principio de primacía del Derecho comunitario y de su jurisprudencia, recuerda en Sentencia nº 232/2015, por la que ignorar o relegar las mismas, en el sentido de la interpretación efectuada por el TJUE «puede suponer una selección irrazonable y arbitraria de una norma aplicable al proceso» daría lugar a la vulneración del derecho de tutela judicial efectiva, y de ser dicha *selección* proveniente de la «propia, autónoma y exclusiva decisión del órgano jurisdiccional» nos encontramos, además, ante la vulneración de dicho principio de primacía del Derecho de la Unión europea.

Planteada la problemática existente, nos enfrentamos a resoluciones que, con frecuencia, silencian la Directiva 93/13/CEE y la jurisprudencia comunitaria que la desarrolla, junto a la doctrina constitucional, en una omisión del deber de motivar y fundamentar las resoluciones en sintonía con la legalidad vigente, dando posibilidad y oportunidad al hipotecado de manifestar su voluntad, de optar por la nulidad del contrato o por su mantenimiento. ¿Dónde queda la coletilla jurídica «salvo que el deudor considere que es más beneficioso» de la LCCI?

Así, es notorio que el Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo, marcó un giro de su doctrina jurisprudencial, y en aparente conformidad con la Sentencia 26 de marzo de 2019 del TJUE, en los asuntos acumulados C 70/17 y C 179/17, pese a recoger el principio de efectividad y efecto disuasorio de la Directiva frente al uso de cláusulas abusivas por parte de los profesionales, fundamenta que, siendo la cláusula de vencimiento anticipado esencial a fin de aseguramiento de la garantía hipotecaria, la nulidad de la misma supone la nulidad del contrato por considerar que sin la misma desaparece la causa esencial del contrato por parte del profesional cuyo principal interés, en un «negocio jurídico complejo», es la obtención de «una garantía eficaz» frente a los incumplimientos del deudor.

Con dicho argumento, pretende sustituir la cláusula declarada nula por abusiva por una norma supletoria como resulta el artículo 693 LEC, y ahora por el artículo 24 LCCI, que si bien es de carácter imperativo, parece ignorar, la especial relevancia del reconocimiento de una consecuencia trascendental de la nulidad de una cláusula, como resulta ser la nulidad del contrato. Nulidad que conviene subrayar viene reconocida, aunque de forma sorpresiva, por el Pleno del TS, en la citada sentencia de 11 de septiembre de 2019, cuando, formulada la cuestión prejudicial de la que dimana la Sentencia 26 de marzo de 2019 del TJUE, en asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, negaba tal consecuencia.

Sin embargo, frente a tal consecuencia inherente a la nulidad de la cláusula, y el expreso reconocimiento del Tribunal Supremo, son numerosos los asuntos en los que asistimos, atónitos, a la comprobación que, iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria, juzgados y tribunales persisten en obviar la obligación de consultar la voluntad del ejecutado, deudor hipotecario, conforme al espíritu del propio artículo 24 LCCI, en pro de la retroactividad sistemática, principalmente favorable a los intereses de las entidades bancarias, y silenciando, hasta la fecha, las peticiones formales e incuestionables de los

consumidores de optar por la nulidad del contrato en la línea, como veremos de las recientes resoluciones dictadas por el TJUE.

Ilustrando lo anterior, recogemos el Auto nº 435/2021, de fecha treinta de julio, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona en Procedimiento de ejecución hipotecaria nº 181/2021, (N.I.G.: 3120142120210001805). En dicho asunto, pese a haberse acreditado el sobreseimiento de una ejecución anterior, y por ende declarado el vencimiento anticipado del contrato por la entidad ejecutante en el año 2016, es decir con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI, el juzgador mantiene la aplicación retroactiva de la LCCI sin previa consulta del consumidor. A más inri, pese a haberse expresado y reiteradamente, la nulidad del contrato por ser más beneficioso a los intereses del ejecutado, la resolución mantiene silencio sepulcral sobre dicho extremo, y sin tan siquiera hacer mención alguna a la propia LCCI por cuanto su Disposición transitoria primera establece, sin lugar a interpretaciones, como requisito esencial a la retroactividad, además de la voluntad del consumidor, que no se hubiera producido el cierre del préstamo por vencimiento anticipado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

A la vista queda que, desatendiendo una obligación esencial de recabar el criterio del deudor, el juzgador omite hacer mención alguna a la petición de nulidad radical del préstamo interesada por el afectado, con fundamento en la consecuencia jurídica de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, conforme a la doctrina jurisprudencial del Pleno del Tribunal Supremo y en sintonía con la Sentencia del TJUE, de 3 de octubre, en asunto C-260/2019. En este punto, además, recuerda el Alto Tribunal de la Unión europea el art. 7, apartado 1 de la Directiva 93/13, en cuanto a la obligación de velar por los intereses de los consumidores asegurando los medios adecuados a su defensa, por lo que resuelve de forma contundente que, en aras al principio de equidad, la aplicación de una norma a modo de paliar o «suplir las lagunas del contrato», y ante la nulidad del contrato, «la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante».

Frente a tal situación, formulado el correspondiente recurso de apelación, con fundamento, en lo esencial, en el principio de no retroactividad de la LCCI, en su Disposición transitoria primera, aplicable al caso, además del silencio mantenido por el juzgador de instancia sobre la petición de nulidad radical del contrato, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Navarra dictó Auto nº 101/2022, del pasado 22 de junio, desestimando el recurso

considerando de aplicación las *pautas u orientaciones* dictadas por el TS, considerando que la referida resolución dictada por el TJUE de 3 de octubre de 2019 que en consonancia con el principio de efectividad del Derecho comunitario, y por entender que el mismo es acorde con el principio de autonomía procesal de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Silenciada la pretensión de nulidad radical del contrato solicitado por el ejecutado, este formuló el correspondiente recurso de nulidad por infracciones legales, entre otros motivos por vulneración ser contraria a la jurisprudencia europea, en sintonía con la mencionada Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2021 del Pleno de nuestro Alto Tribunal. Dicho recurso ha sido inadmitido a trámite el pasado 6 de octubre mediante Auto nº 157/2022, si bien, queda pendiente, a esta fecha de la admisión a trámite del Recurso de amparo nº 7217-2022-A seguido ante la Sala Segunda del Tribunal Constitucional.

A tenor de lo anterior, resulta preocupante, desde la perspectiva de la debida protección de los consumidores, constatar que, además de considerar irrelevante nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, acreditada en un procedimiento anterior, no solo no se le ha preguntado al ejecutado sobre la posible nulidad del contrato y más grave aún, se silencia la petición en ese sentido, resultando de ello la existencia de una voluntad taxativa por parte de la poder Judicial para negar la participación del ciudadano en la determinación de su voluntad frente a la supervivencia del contrato y sus consecuencias jurídicas, de sus intereses, ventajas o inconvenientes, imponiendo una línea de interpretación y aplicación automática de la retroactividad del art. 24 LCCI.

A contrario, si bien adelantamos que de forma excepcional ante la escasez de resoluciones similares, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Torrelavega, tras formular la ejecutada alegaciones sobre la abusividad de las cláusulas impuestas en el préstamo con garantía hipotecaria objeto de litigio, dictó Auto de fecha 11 de octubre dimanante de Procedimiento de ejecución hipotecaria nº 239/2016, (N.I.G.: 3908741120160001522) por el que, a resultas de la STJUE de 26 de marzo de 2019, en la materia, declaró la nulidad de la cláusula por la que la entidad declaró el vencimiento anticipado.

En este punto, de forma inesperada, la juzgadora de instancia optó por someter a consulta la voluntad de los ejecutados, una mujer divorciada, y sus padres avalistas, ofreciéndoles la oportunidad de elección entre la nulidad del contrato u la prosecución de la ejecución, con el inevitable resultado de pérdida de dos viviendas y el consiguiente desahucios de dos

familias. A resultas de lo expuesto, y con expreso fundamento en la señalada STJUE de 3 de octubre, resolvió, mediante Auto nº 259/2019, de fecha 19 de diciembre, acordando la nulidad del contrato y por ende el archivo de la causa.

Sin entrar en los pormenores de aquel asunto, revocado por la Audiencia de Apelación y pendiente de recurso de amparo, resulta significativa la más reciente resolución del TJUE por la que ratifica su postura en cuanto al carácter determinante que reviste la voluntad expresada por el consumidor sobre la supervivencia del contrato frente a la aplicación de una norma, sea supletoria o imperativa, con fin de paliar la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, y por ende, facilitadora de la continuación del proceso de ejecución hipotecaria.

Especial transcendencia de la Sentencia dictada por el TJUE el pasado 8 de septiembre de 2022, en asuntos acumulados C-80/21 a C-82/21, en consideración, a título previo, conforme recoge su punto 60 por el que incide que la facultad de modular, o modificar, una cláusula considerada abusiva, por parte del juez, supondría un riesgo a la finalidad de la protección conferida por la Directiva 93/13, en particular a su art. 7, y ello, a su vez «contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales», que de dejar, sencillamente, sin aplicar la cláusula abusiva, seguirían utilizando las mismas a sabiendas que el juez nacional modificaría el contrato en lo que considerase a beneficio de «dichos profesionales (sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C 70/17 y C 179/17, EU:C:2019:250, apartado 54 y jurisprudencia citada).» Debemos, aquí, redundar, una vez más que nuestro TC, además, ha reiterado que el Tribunal debe velar por el cumplimiento de la primacía del Derecho comunitario y que prescindir de la misma supone vulnerar el mismo, vetando así la posibilidad de excluir, ignorar o desconocer la interpretación realizada por el TJUE.

Abriendo un paréntesis, resulta cuanto menos interesante comprobar como el TJUE, con expresa mención a la Sentencia de 26 de marzo de 2019, contradice, nuevamente, la interpretación dada por el Tribunal Supremo a favor de avalar la sustitución del pacto, nulo de pleno derecho, por una norma supletoria o imperativa como la LCCL, a fin de paliar los efectos negativos que pudieran resultar para el profesional.

Cerrando el paréntesis, recuerda la referida sentencia, en su punto 66, que el principal objetivo de la protección conferida por la Directiva 93/13, no se encuentra en la declaración

de nulidad del contrario sino en asegurar «un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad» entre las partes del contrato, el cual, en principio, podría subsistir pese a la nulidad de la cláusula y su expulsión del mismo.

Planteados los objetivos principales de la Directiva, el Alto Tribunal limita la posibilidad de sustitución, definida como «excepcional», de una cláusula declarada nula por abusiva por una norma supletoria de derecho nacional, cuando de la misma «obligaría al juez nacional a anular el contrato en su totalidad», y que de esta resultaran, para el consumidor, «consecuencias especialmente perjudiciales, de tal modo que este último sería penalizado (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C 260/18, EU:C:2019:819, apartado 48 y jurisprudencia citada).»

En este punto, haremos un inciso ilustrativo de como, pese a la claridad de la Sentencia de 26 de marzo de 2019, y la posterior resolución de 3 de octubre, dictadas por el TJUE, juzgados y tribunales persisten en la retroactividad de la LCCI. Así se aprecia en el, anteriormente señalado, Auto nº 101/2022 dictado por la AP de Navarra, que, sin mención alguna a la disposición transitoria de la LCCI, y sin tan siquiera aparentar cumplir con el requisito exigido por el TJUE de fundamentar sobre las posibles «consecuencias perjudiciales» que pudiera conllevar la nulidad del contrato, que dicho sea resulta silenciado, se limita en recurrir a la «pautas orientadoras» dictadas por el TS, dando por «cumplidos» los requisitos del art. 24 LCCI.

Retomando la STJUE del pasado 8 de septiembre, el Alto Tribunal reitera en el punto 71 de la resolución el carácter excepcional de la sustitución de la cláusula abusiva declarada nula por una norma supletoria, siendo posible siempre y cuando resulte de la obligación de declaración de nulidad del contrato y que esta sea perjudicial para el consumidor, dicho sea en términos generales y abstractos. Sin embargo este punto viene ignorado por nuestros tribunales, sin mediar justificación o motivo alguno.

A más, el TJUE reitera en el párrafo 72 de la sentencia que solo será aplicable la sustitución por una norma, en caso de considerar que el contrato puede subsistir sin la cláusula declarada nula siempre y cuando exista «acuerdo entre las partes (...)», en otros términos, reafirma la necesidad de, al menos, asegurar que el consumidor esta conforme con ello.

Una vez más, constatamos que nada de ello recogen ni mencionan las resoluciones judiciales, citaremos a modo de ejemplo la Providencia del pasado 28 de septiembre, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de Laredo, en Procedimiento de título no judicial nº 458/2022, tan solo tres semanas después tras el dictado de la referida resolución del TJUE, previo a acordar el despacho de ejecución, se limita en conferir plazo de alegaciones frente a la posible abusividad de la cláusula de demora, entendiendo que no existe más motivo ni fundamento de oposición, y la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, notoriamente nula y abusiva por cuanto constaba acreditado la existencia de una sentencia anterior en ese sentido.

Ante situaciones como la descrita, reviste especial interés por cuanto el TJUE incide en la especial consideración y relevancia que reviste la voluntad del consumidor en la protección otorgada por la Directiva 93/13, reiterando, nuevamente, la obligación que atañe al juez nacional de expulsar de oficio aquellas cláusulas abusivas salvo que el consumidor debidamente informado por el juzgador renuncie a invocar la abusividad de las mismas y su efecto no vinculante. En otros términos el consumidor debe prestar su consentimiento libremente y ser previamente informado, en sintonía con su Sentencia de 3 de octubre de 2019.

Finalmente, el TJUE, en relación con el art. 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 que las consecuencias en la situación del consumidor en caso de nulidad del contrato deben valorarse con respecto a «las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio» reiterando, en el sentido de su sentencia de 3 de octubre de 2019, que, a fines de dicha valoración «la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante». Si bien, dicha *expresión* de la voluntad no puede imponerse en caso de que el juez, soberano, conocedor del asunto, conforme a la legislación nacional permite el restablecimiento de la situación «de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula abusiva». Esto último, a la vista de la Sentencia nº 463/2019, de 11 de septiembre dictada por el TS, dando lugar a un giro en su doctrina jurisprudencial declarando, por ello, que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado da lugar a la nulidad del contrato, conforme al artículo 1256 CC, por resultar la ejecución de la garantía, en caso de incumplimiento del deudor, «ilusoria».

Por consiguiente, consideramos, en contra de las posturas de nuestros juzgados y tribunales, ante el reconocimiento, expreso, de la nulidad del contrato aludida por el Pleno del Tribunal Supremo a fin de justificar la sustitución de la cláusula nula de pleno derecho por una norma supletoria, y ahora por la LCCI, que es de plena aplicación el fallo emitido por el TJUE el pasado 8 de septiembre. Así, sin riesgo al error, nos corresponde oponer, en resumidas cuentas, que ante la declaración de nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, sin que la misma implique la nulidad del contrato, la aplicación de una norma supletoria, en virtud de la jurisprudencia nacional, en sustitución de la misma es contraria a la Directiva 93/13. Resuelve, seguidamente, que ante la nulidad de la referida cláusula de vencimiento, en el supuesto de conllevar la nulidad del contrato, es contrario a la Directiva 93/13 que el juez nacional proceda a la sustitución de la misma, bien sea por «una interpretación de la voluntad de las partes con el fin de evitar la anulación de dicho contrato, bien por una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio», pese que, debidamente informado por el juez, el consumidor, conocedor de las consecuencias derivadas de la nulidad del contrato, hubiera aceptado las mismas.

En otros términos, la voluntad del consumidor reviste tal relevancia que el juzgador no puede suplir la nulidad de una cláusula en contra de la voluntad del «consumidor», menos aún, sin previamente haber informado a este de todas las «consecuencias perjudiciales» a sus intereses que supondrían la nulidad radical del contrato, que si bien es cierto el TS pretende señalar estas por la aplicación del artículo 1124 CC, mediante el recurso al procedimiento ordinario, y con la obligación de restitución del capital conforme al artículo 1303 del mismo cuerpo legal, no es por menos, motivo para eludir dicha obligación de recabar la opinión del consumidor y menos aun de informar debidamente a este de dicha posibilidad.

Así, siendo la voluntad del consumidor «determinante», y a tenor de las pretensiones de los profesionales de adjudicarse las viviendas de los deudores hipotecarios, si bien puede entenderse legítimo la reclamación de devolución del capital, no desvirtúa el hecho de considerar que desde la perspectiva del consumidor, ejecutado hipotecario, la nulidad del contrato pueda resultar más beneficiosa para sus intereses y más «ventajosa». Nulidad del contrato que, debemos incidir, provoca, irremediablemente, la nulidad del título ejecutivo, fundamento esencial de la ejecución sea hipotecaria, de título no judicial o del

procedimiento ordinario. Es más, a falta de mención conocida, hasta la fecha, al respecto, debemos considerar que, ante un contrato de préstamo con una garantía hipotecaria, como derecho real, siendo ambas figuras, en términos del TS *inescindibles*, resulta la nulidad la garantía y por ende la nulidad de la inscripción de la carga inscrita en el Registro de la Propiedad. Por lo tanto, evidenciado que, en dicho caso, el bien ofrecido en garantía quedaría liberado a beneficios de los intereses de los consumidores no deudores, avalistas, contra quiénes no cabe reclamación posterior en devolución del capital concedido y pendiente.

A modo ilustrativo, sobre la transcendencia que reviste para el consumidor la posibilidad de optar por la nulidad radical del contrato y los supuestos beneficios aludidos a fin de justificar la sustitución de una cláusula abusiva por la aplicación retroactiva de la LCCI o por el art. 693 LEC, norma supletoria, recurrimos al Auto de 9 de diciembre de 2022 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barakaldo, en Procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1453/2019, en dicho asunto, pese a la insistencia de las ejecutadas, en aplicación de la Sentencia de 3 de octubre de 2019 del TJUE, nada se dice por parte de la juzgadora de instancia. De la resolución aparece delimitados los fundamentos jurídicos por la simple reproducción, parcial, de la Sentencia 463/2019 de 11 de septiembre del TS, y sin más ambages, alude a los efectos, supuestamente, perjudiciales de la nulidad del contrato a fin de suplir la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado por el art. 693 LEC.

De este modo, se desprende que, pese a conocer la referida STJUE de 3 de octubre, y a fecha de la resolución del mismo Alto Tribunal de fecha 8 de septiembre de 2022, ni se aclaran cuales serían las referidas consecuencias negativas para el consumidor ante la nulidad del contrato, sino que desoyendo al mismo TJUE, ni siquiera menciona la voluntad de las ejecutadas que, como bien recoge y reitera la jurisprudencia es *determinante*, correspondiendo al juzgador nacional la obligación de informar de dichas consecuencias que pudieran derivarse de la nulidad radical del contrato y de así acordar si estos consienten a la misma.

Voluntad determinante, más si cabe, en cuanto atañe al principio de primacía del Derecho comunitario y aplicación de su jurisprudencia, en este caso, clara y sin riesgo de error en su interpretación, y son ser optativa, viene respaldada conforme a la doctrina del TC, sobre la obligación del juez nacional velar por su cumplimiento. Determinante, cuando a la vista de

los hechos fácticos y de la realidad jurídica, difícilmente puede considerarse más ventajosa para el consumidor, la ejecución hipotecaria que, como en el asunto referido, a vísperas de la Navidad, y sin esperar a que la Audiencia Provincial se pronuncie sobre el recurso de apelación, la entidad bancaria ejecutante ha interesado fecha para el desahucio de la familia, sin alternativa habitacional, y reconocida la situación de vulnerabilidad.

A más motivo, consideramos que corresponde al consumidor, afectado por la hipoteca y consciente de las consecuencias, ventajas u otras consideraciones, decidir, exclusivamente y por su única discreción, optar entre la vigencia o nulidad del contrato, y ello sin necesidad que ninguna institución pública o poder del Estado este capacitado o tenga competencia para dirimir tal cuestión en su nombre y lugar, salvo que el interesado se encuentre bajo tutela por incapacidad judicial, o que, mucho menos, pueda disponer la entidad.

2.3.2. Efectos de la nulidad radical y de los intereses del consumidor

Ante la nulidad del contrato, solicitada por los consumidores, a iniciativa personal o tras consulta por el juez nacional, consideramos que la misma viene justificada desde el prisma de un préstamo con garantía hipotecaria contrario a la moral y protección de la parte más débil, impuesto, en abuso de posición dominante de una entidad, experta profesional bancaria y financiera, en contra de las normas, imperativas, establecidas por la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Como hemos visto a lo largo de este trabajo, conforme a la jurisprudencia del TJUE, la referida Directiva constituye una norma de interés público (entre otras muchas STJUE 26/10/2006 , C-168/2005 y STJUE (Sala Primera) 14/03/2013, C-415/11).

Partiendo de lo anterior, hemos comprobado que en la práctica, los juzgados y tribunales optan por la aplicación de la doctrina jurisprudencial marcada por el TS en Sentencia de 11 de septiembre de 2019 en el sentido de aplicar las «pautas u orientaciones jurisprudenciales». Entendemos que ello se produce en aras a facilitar el procedimiento ejecutivo a las entidades, si bien aparentando que el mismo resultaría más ventajoso para los intereses del consumidor en contraposición con el procedimiento ordinario por aplicación de los artículos 1124 y 1129 CC. Si bien es cierto que dichas *pautas u orientaciones jurisprudenciales* son relevantes, tan solo marcan un aspecto del giro doctrinal marcado por el TS en la referida sentencia.

Así, aunque silenciado, resulta trascendente resaltar que no es otro que el Pleno del Tribunal Supremo quién, sorpresivamente, al amparo de la complejidad jurídica que reviste el préstamo con garantía hipotecaria, declaró que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado supone la nulidad del contrato, por considerar que la garantía, causa principal del contrato, deviene «ilusoria» y se *desnaturalizada* tras la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

Por todo lo desarrollado en este trabajo, frente a la retroactividad sistemática y, con frecuencia, a *sensu contrario* de la Ley, deberíamos comprender la nulidad del contrato desde el prisma de la búsqueda del interés económico-social, y de justicia social, quedando así justificada la aplicación jurisprudencial del Tribunal Supremo en materia de tutela y protección de los consumidores y del ordenamiento jurídico.

Ante la nulidad del contrato y de las referidas consecuencias, partiremos de la consideración del TS en la insigne Sentencia 463/2019, de 11 de septiembre, y en su particular en el punto 9 de su Fundamento de Derecho octavo donde define como *especialmente perjudiciales* la, supuesta, devolución del capital pendiente de amortización junto a las desventajas y *riesgo* al que se expone al consumidor en caso de resolución del contrato mediante la aplicación del artículo 1.124 CC.

Difícilmente podemos acoger la tesis impuesta por el TS de forma generalizada sin profundizar a la realidad de facto de miles de hipotecas, cuyos deudores hubieran superado el ecuador del préstamo. Así, resulta cuanto menos incoherente, pretender equiparar la situación de quién tan sólo lleva unos pocos años cumpliendo con sus obligaciones contractual con aquél que, tras media vida de cumplimiento, por las circunstancias, se ve abocado a la suspensión de pago. En otros términos, en la línea del artículo 24 de la Ley 5/2019, procedería valorar el momento en el que se encuentra el contrato, si en su primera mitad de vigencia o en la segunda.

De darse esta última circunstancia, la nulidad pudiera resultar, claramente, favorable al consumidor con un saldo vivo pendiente de abono ínfimo o nulo, al acumularse al capital amortizado los intereses ordinarios, y en su caso, de demora y demás gastos resultante de la operación crediticia, como ocurre en el asunto tratado por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Barakaldo, en Procedimiento de ejecución hipotecaria nº 1453/2019, que, además de la abusividad de varias de sus cláusulas, atendiendo al sistema de amortización del

préstamo en litigio, de los años cumpliendo, no sin sacrificios las obligaciones contractuales, la familia, en caso de nulidad del préstamo, no solo permanecería en su vivienda, sino que además apenas alcanzaría a adeudar dos mil euros a la entidad. Resulta evidenciado que, atendiendo a cada caso, la nulidad del contrato no solo no supone perjuicio alguno sino que, a todas luces, aparece como mucho más beneficioso, respetuoso de los intereses del consumidor, parte más débil en el contrato, y todo ello sin perjuicio, ni desequilibrio de la parte dominante que es la entidad bancaria.

A la vista que el capital vivo se reduce a mínimo o nulo, más si cabe, considerando que ha sido práctica habitual de una mayoría de entidades bancarias y financieras la imposición de cláusulas reputadas nulas como son la cláusula suelo, la de demora, de gastos por comisiones deudoras, y en la actualidad, pendientes de que el TJUE se pronuncie, nuevamente, sobre la eventual abusividad de la cláusula IRPH (índice de referencia de préstamos hipotecarios), tras la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, mediante Auto de 22 de abril de 2022.

A mayor abundamiento, no podemos obviar que la nulidad del contrato, siendo cierto impediría a las entidades al procedimiento de ejecución hipotecaria o de título no judicial en el ejercicio de resolución del contrato por vencimiento anticipado, resulta igualmente evidenciado que quedaría cerrada la alternativa del recurso a la resolución anticipada del contrato por pérdida del plazo por aplicación del art. 1.124 CC en relación con el art. 1.129 del mismo cuerpo legal, considerando, que difícilmente puede resolver aquello inexistente. Por tanto la nulidad del contrato, además de considerar el saldo vivo de capital que pudiera resultar, en todo caso, impide, no solo el recurso de ejecución hipotecaria sino, igualmente la acción de resolución del contrato, referido por el TS sino que además, sin perder de vista que el préstamo con garantía hipotecaria es *un negocio jurídico complejo* y unitario, dicha nulidad radical del contrato afecta irremediabilmente a la validez de la garantía constituida, quedando así el bien hipotecado liberado de la carga con nulidad de la inscripción registral.

Expuesto lo anterior, frente a la pretendida retroactividad del art. 24 LCCI, en contra de voluntad del consumidor, so pretexto del riesgo ante la obligación de devolver la totalidad del capital concedido por aplicación, una vez más expuestos en términos genéricos, absolutos y sistemático por el TS, es menester oponer el artículo 1.306 del Código Civil. Entendiendo, no solo justificada la nulidad del contrato por ser este contrario a la moral y

protección de la parte más débil, en abuso de posición dominante de una entidad, experta profesional bancaria y financiera, sino que el mismo se establece en contra de las normas, imperativas establecidas por la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 (en adelante Directiva 93/13), sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Incidimos además, referente a la jurisprudencia del TJUE que la misma constituye una norma de interés público (entre otras muchas STJUE 26/10/2006, C-168/2005 y STJUE (Sala Primera) 14/03/2013, C-415/11).

En esta línea, señalaremos que la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en Sentencia nº 671/2017, de 31 de octubre, dictada en Recurso de apelación nº 226/2017, dimanante de Procedimiento 917/2014 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Bilbao, (Roj: SAP BI 2280/2017- ECLI: ES:APBI:2017:2280 Id Cendoj: 48020370042017100443). En la misma, ante la solicitud de nulidad radical del contrato denominado «SITIRS» (préstamo con garantía hipotecaria vinculado a un fondo de inversiones), por vicio del consentimiento y aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.306 CC

En el asunto tratado por la AP de Bizkaia, la Sala, confirmando la resolución del Juzgado de Primera instancia, consideró ajustada la nulidad radical del contrato por entender que el mismo vulneraba normas imperativas. En esa línea, la AP considera que tal infracción a normas imperativas en la contratación, en la línea de la «corriente jurisprudencial», privó a los consumidores afectados de las garantías ofrecidas por la norma en cuanto a la obligada obligación de información previa a la firma, en otros términos actuando la entidad con absoluta opacidad de la operación.

En resumidas cuentas, considera la Audiencia que la falta de información, suficiente, clara y completa que afectan al contrato, a sus características, es causante de vicio del consentimiento por una «representación mental equivocada» del objeto, y que de haber sido debidamente informado, este se hubiera adherido al contrato, y añadiríamos, hubiera al menos tenido la oportunidad de contratar cualquier otro producto similar de préstamo con garantía hipotecaria.

Por analogía, si bien en el asunto tratado por la Audiencia se trataba de un *préstamo con garantía hipotecaria vinculado a un fondo de inversiones*, entendemos es plenamente extrapolable a los préstamos hipotecarios tradicionales, incidiendo que, en términos del Tribunal Supremo, los consumidores interesan un préstamo *más barato a cambio de una*

garantía eficaz, con el agravante que dicha garantía pesa, en su mayoría, sobre su vivienda habitual, un bien de primera necesidad, según resulta del art. 47 CE.

Así, la causa de la contratación de las entidades financieras se cumple con creces al obtener una garantía que cubre con creces los riesgos de la operación crediticia, si bien los consumidores, con extrema frecuencia, no solo no obtuvieron un préstamo «más barato», sino que inducidos al *error* por falta de transparencia, inexistencia de información completa y clara, suficiente para entender, tanto la carga jurídica como económica que supone el contrato, ello por las actuaciones propias de las entidades bancarias y financieras, entonces nos encontramos ante un préstamo con condiciones «contrarias a la buena fe contractual», y por tanto alcanzaremos a compartir que el consumidor, debidamente informado, no hubiera traído causa dicho contrato, habiendo sido coartada cualquier posibilidad de negociación u al menos de acudir a otras entidades.

Finalmente, en la referida sentencia, la Audiencia Provincial de Bizkaia concluyó, en aplicación del artículo 1.156 CC, pese a la cancelación del préstamo con anterioridad a la acción de nulidad radical del mismo, que era de plena aplicación el art. 1.306.2 del referido cuerpo legal por el que procede, no solo que la entidad profesional no pueda reclamar cantidad alguna sino que además, en aras a restaurar a la actora a la situación, inmediatamente, anterior a la firma, responde de la obligación de restituir las cantidades que por gastos de constitución y de cancelación del préstamo había abonado.

La reseñada Sentencia, es extrapolable y encuentra pleno encaje desde la perspectiva de la Disposición transitoria primera de la LCCI por entender que frente a la aplicación retroactiva de su art. 24, considerando que frente a la sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado de ser declarada nula por abusiva, resultaría más beneficioso y respetuoso de sus intereses la nulidad del contrato, considerando de aplicación de la máxima *nemo propriam turpitudinem allegare potest* contenida en el artículo 1.306 CC.

A mayor abundamiento, debemos hacer especial hincapié sobre los efectos de la nulidad del vencimiento anticipado, junto con las demás cláusulas financieras enunciadas anteriormente, aquella por la que se impone un límite suelo a la variación del interés ordinario, a modo recordatorio, que puede entenderse como cláusulas tan esenciales que sin ellas quede desvirtuado el propio contrato al no ser posible su integración por el juez nacional tal y como resulta de la consolidada jurisprudencia europea, reafirmandonos en el

principio *quod nullum est nullum effectum producit*.

Reiterar que nos encontramos ante un reciente giro doctrinal del TS, por el que admite la nulidad del contrato como consecuencia de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, esencial conforme a los requisitos del art. 1.261 punto 3º CC, y ello en aras a justificar la retroactividad indiscriminada y sistemática de la LCCI, ignorando la voluntad y/o los intereses de los consumidores. Así, ante el singular posicionamiento del TS, no sin cierta *interpretación* afín a la banca de la recién estrenada LCCI, nos encontramos ante situaciones, cuanto menos peregrinas.

A modo ilustrativo, el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao razonaba en su Sentencia nº 110/2022, de 21 de marzo (pendiente de apelación, dictado en Procedimiento Ordinario nº 1177, (N.I.G. PV/IZO EAE: 48.04.2-20/029378), que, además de invocar a la supuesta retroactividad de la LCCI, pese a la expresa oposición del consumidor, y plenamente consciente del sobreseimiento previo de una ejecución hipotecaria del año 2014, considera que debe entenderse la nulidad del contrato aducida por el TS como un mero *parámetro objetivo* de valoración por el que considera la retroactividad de la LCCI. Retroactividad, dicho sea, no solo en contra de la voluntad del consumidor, al considerar que la misma carece de interés, sino en evidente vulneración de la Disposición transitoria 1ª de la LCCI, y con expresa justificación de evitar causar un desequilibrio entre las partes que en realidad, a efectos objetivos y prácticos, tan solo perjudica al consumidor, expuesto a la pérdida de su vivienda, a exclusivo beneficio de la entidad. Finalmente, el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao justifica la desestimación de la demanda en acción de nulidad radical del contrato interesada por el consumidor por considerar que la pretensión de aplicación del referido art. 1.306 punto 2 CC no puede ser amparado en derecho «semejante pretensión». Obviamente, tanto por el fondo como por las formas, la mencionada resolución ha sido recurrida, quedando pendiente de resolver la apelación del consumidor por la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Pese a la férrea resistencia de nuestros juzgados y tribunales, y a expensas de los avances que puedan acaecer con el tiempo en aras a la defensa de los consumidores, en apoyo de la tesis avanzad en este trabajo, se desprende, en oposición a la afirmación del Juzgado de Primera Instancia de Bilbao referido, que el derecho si ampara la pretensión de aplicación del art. 1.306 CC, ya no solo porque la misma forma parte íntegra de nuestro ordenamiento jurídico sino porque el propio Tribunal Supremo así consideró en asunto de similares

características tras la declaración de nulidad radical por vicio del consentimiento de un contrato de préstamo personal concedido por una entidad bancaria a un consumidor.

Así, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, Sección primera, dictó Sentencia nº 479/2019, de 18 de septiembre, (Roj: STS 2816/2019- ECLI:ES:TS:2019:2816; Id Cendoj: 28079110012019100448) refiere, expresamente, a la licitud, como excepción de la regla de restitución mutua del art. 1.303 CC, por aplicación de la máxima, que reiteramos a tenor de su relevancia, *nemo propriam turpitudinem allegare potest*, en otros términos *causa torpe*, que se traduce en una sanción frente a aquél que pesa la «culpa» no puede reclamar al otro aquello que hubiera comprometido en el contrato ni el cumplimiento de este, si bien *a sensu contrario* aquél otro, ajeno a la *causa torpe*, si podrá reclamar tanto el cumplimiento del contrato como la restitución de lo entregado. Así, el TS entiende adecuada la aplicación del art. 1.302 CC, en relación con la vulneración del art. 1.261 CC, a fin de disuadir a la entidad financiera de un comportamiento significativamente «torpe» en la consecución de la nulidad del contrato, estando así la «culpa» de una sola de las partes.

3. Conclusiones

A modo de conclusión de nuestro Trabajo de Fin de Máster, finalizamos nuestra investigación, ofreciendo los siguientes RESULTADOS que hemos alcanzado tras el mismo:

Primera.- Firme determinación de la Unión Europea de hacer efectiva en los Estados miembros la defensa de los consumidores bancarios frente a entidades y gobiernos que propenden a la defensa de las corporaciones financieras en detrimento de su ciudadanía removiendo todas aquellas barreras de naturaleza pública o privada hasta la consecución de tal fin. Se desprende dicha exigencia mediante la sentencia del TJUE de fecha 5 de diciembre de 2013, en el asunto C-413/12 donde se asienta la obligación de los Estados miembros de garantizar a través de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, los «medios adecuados y eficaces» para poner fin a la utilización de cláusulas abusivas por parte de los profesionales a perjuicio de los consumidores. Reitera, hasta la saciedad, en el considerando 39 que, en aras al principio de efectividad que «la organización de los recursos internos y el número de instancias no deben hacer imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos» otorgados por el Derecho comunitario.

Como hemos incidido al inicio, el célebre y mediático asunto reconocido como caso «Aziz» puso en relieve los incumplimientos del Estado español de transponer la Directiva europea a nuestro ordenamiento jurídico, siendo en aquel entonces, escasos, por no decir imposibles, los medios de defensa disponibles para el consumidor frente a un procedimiento sumarísimo de ejecución hipotecaria, considerando, a más inri, contrario a los Derechos Humanos.

Por otra parte hemos sido testigos no solo de la relevancia sino del impacto de la Directiva europea, de su amplia jurisprudencia, en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico en pro a la defensa y protección de las familias o, como recoge bien el nombre de varias plataformas, «afectados» por la hipoteca, con máximo agravante de la crisis financiera global que azotó, particularmente a nuestro país, y cuyas consecuencias seguimos padeciendo, más si cabe tras la pandemia por COVID-19, y en la actualidad, los efectos del conflicto bélico entre Rusia y Ucrania con una inflación galopante.

El salto cualitativo, en aras a la defensa de los deudores hipotecarios, consumidores, es inconmensurable desde la perspectiva social, humana y moral del asunto, considerando que el consumidor español tan solo podía impedir el temido desahucio alegando el «error» en la cuantía reclamada y enervar la acción mediante pago íntegro del capital, intereses, gastos y costas, objeto de reclamación. ¿Quién en su sano juicio puede pretender que quién no se encuentra en condiciones de abonar unas pocas cuotas, disponga de capital para asumir la totalidad de un préstamo hipotecario, junto con sus intereses y costas? ¿Quién puede creer, que ante una situación de morosidad, ese mismo consumidor, tuviera acceso a financiación a fin de hacer frente al mismo? ¡Resulta obvio que nadie! Por ello, el caso «Aziz» representó, y sigue siendo así, un aliciente y un halo de esperanza para miles de familias, que al fin tuvieron opciones de invocar la abusividad de las cláusulas impuestas por el profesional, y un freno a los desahucios masivos.

Significativas las directrices dadas por el TJUE, en sentencias de 26 de octubre de 2006, C-168/05 y 6 de octubre de 2009, C-40/08, en respuesta a cuestiones prejudiciales planteadas por Tribunales españoles, declararon que, en la medida que un órgano jurisdiccional nacional deba estimar, en aplicación de sus normas procesales internas, la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la

inobservancia de las normas comunitarias de este tipo (ap. 36 S-26/10/2006 y ap. 53 S-6/10/2009).

Segunda.- Fuertes resistencias normativas y jurisprudenciales en la normalización e incorporación del derecho comunitario en el escenario de la normativa de consumidores en nuestro país. A *contrario sensu*, de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, el posicionamiento del Tribunal Supremo, es manifiestamente tendente a favorecer a las entidades bancarias y a los mercados financieros, de tal manera que en ocasiones se ha hecho necesaria la intervención del TJUE, «corrigiendo» a nuestros tribunales, en aras a la consolidación de principios tan relevantes como son el de efectividad, de disuasión y de equivalencia, en protección de los consumidores frente a la utilización de cláusulas abusivas por parte de los profesionales del sector financiero.

Asimismo con el fin de neutralizar el salto hacia adelante resultante de la marcada resolución europea a favor de los consumidores, nuestros legisladores han operado varias reformas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en particular, de la Ley Hipotecaria, y más recientemente con la aprobación de la LCCI. Asistimos al intento de frenar la completa transposición de la referida Directiva a nuestro ordenamiento jurídico, en consecuencia, procederá valorar las consecuencias de las modificaciones legales operadas muchas de ellas *contra consumatore*. Así, tras el giro del Tribunal Supremo en su doctrina jurisprudencial y ante la pretendida retroactividad de la LCCI, sin miramientos y, con frecuencia, *contra legem*, bajo el motivo del supuesto beneficio que otorga a los consumidores, y evitarles «perjuicios», estos entendidos como la posibilidad de accionar la resolución anticipada mediante aplicación del artículo 1.124 CC, nos encontramos ante un retroceso en las garantías de defensa y protección de los consumidores frente a entidades que, con la garantía otorgada, de forma cuasi plenaria por el TS, no encuentran ya motivos para cesar en el uso de cláusulas abusivas ni sanción alguna por un comportamiento desleal, contrario a la buena fe y perjudicial a los intereses de la parte más vulnerable del contrato. Conviene recordar los drásticos giros prudenciales producidos en materias tales como interpretación de la cláusula suelo y el límite temporal a su devolución pretendida por el TS, y posteriormente oposición del TJUE, de la cláusula de vencimiento anticipado, cuya nulidad e interpretación de sus consecuencias han sido reiteradamente reafirmada por el Alto Tribunal

de la Unión, de la cláusula de intereses de demora y tal y cual al final sanción Europa.. .y nuevas cuestiones prejudiciales

Tercera.- Los organismos nacionales de normalización se constituyen como el escenario privilegiado desde donde dar cumplimiento a disposiciones específicas que homologuen el espacio jurídico en materia de consumidores entre el Estado español y Europa. La constatación de la enorme brecha entre la sociedad civil y los Tribunales en España que se concreta en la necesidad de la movilización de la ciudadanía y de sus asociaciones en aras a la defensa de un marco normativo común con La Unión Europea dotan a los organismos nacionales de normalización, con su finalidad de adoptar y publicar normas en cada país, que incorporan todas las normas europeas mediante normas nacionales idénticas y retiran cualquier norma nacional que entre en conflicto con ellas, de una importancia decisiva en la tarea de adecuar las exigencias nacidas en el seno de las sociedad civil, con la normativa legislativa actual y con la orientación de las decisiones jurisprudenciales en orden a los principios emanados de la Unión Europea, de obligado cumplimiento entre los estados miembros.

Así las cosas, tras la aprobación de la LCCI y a tenor de las directrices marcadas por el TS, nos encontramos ante una situación cercana a aquella realidad previa al caso Aziz». Sin bien es cierto, que los consumidores puedan oponer la abusividad de un número taxativo de cláusulas, estas tan solo afectarán a la cantidad vencida y exigible sin alcanzar el anhelado sobreseimiento del procedimiento de ejecución hipotecaria, y por ende se encuentran abocados al desahucio, indiscriminadamente, sin que revista real y efectiva importancia el número de plazos que restarán al cumplimiento íntegro del contrato. Entendiendo esto último, que no puede equipararse un prestatario que hubiera cumplido con el 80% de sus obligaciones a aquél que se encuentra en situación de impagos al inicio de la contratación, o cercana su fecha.

Sin embargo, en contra de lo pretendido por el TS, encontramos motivos de oposición a una eventual ejecución hipotecaria, sea o no posterior a un sobreseimiento previo de aquella formulada con fundamento en la cláusula de vencimiento anticipado, siempre y cuando podamos acreditar que la entidad ejecutante hubiera declarado vencido anticipadamente el préstamo hipotecario con anterioridad a la LCCI. Así, a razón de la literalidad y del espíritu de la mencionada norma, existe posibilidad de defensa proactiva de los consumidores, a más

inri, si estos optasen por la nulidad radical del préstamo hipotecario en litigio a tenor de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado que como así afirma el TS supone la nulidad radical del contrato por inexistencia de causa.

Por todo ello, siendo consciente que nos encontramos ante una norma novedosa y ante un giro doctrinal del TS, no menos innovador y trascendente, quedamos a la expectativa de la postura que puedan tomar nuestros órganos judiciales y de la evolución a futuro que pudiera acontecer frente a la misma ante los inevitables recursos que pudieran formular las partes interesadas, según sean favorables a los profesionales o a los consumidores, siempre en sintonía con nuestro ordenamiento jurídico en directa aplicación de la Directiva europea.

En resumidas cuentas, nos encontramos ante un hito de especial relevancia para los consumidores que, confrontados y abocados inexorablemente a un procedimiento ordinario o ejecutivo, en caso de incumplimiento del contrato, pudieran acudir a la nulidad radical del contrato a fin de evitar sus dramáticas consecuencias, todo ello, gracias a la postura adoptada por el Pleno del Tribunal Supremo, y a expensas de que no se produzca un nuevo giro doctrinal. Es necesaria que la sociedad civil este presente y su presencia resulte relevante en la toma de decisiones a nivel comunitario, en materia de consumidores para que los avances en el proceso de normalización se hagan de la forma más armoniosa posible.

La participación de los consumidores a través de sus organizaciones es esencial para el adecuado funcionamiento del mercado interior y exterior de toda la actividad económica de un país que avanza y mejora en beneficio de su ciudadanía.

Todo ello sin olvidar además el contexto de grave crisis financiera, de la que las entidades han sido claramente beneficiadas mediante ayudas públicas, que hasta esta fecha siguen sin proceder a devolución ni compensación en un escenario donde la sociedad civil se encuentra endeudada y a merced de instrumentos judiciales como la ejecución hipotecaria ya periclitados y sin encaje en un estado de derecho y en el panorama judicial europeo.

Cuarta.- Previsible cambio de paradigma jurídico normativo y jurisprudencial en materia de consumidores. La exigencia de armonización con la normativa europea en los nuevos escenarios comerciales y en los espacios transaccionales en particular en áreas en rápida evolución, como el comercio por internet, el suministro de energía y los servicios financieros, anuncia a grandes voces cambios, han afectado, y seguirán haciéndolo en el futuro, a todos

los actores económicos, y de forma más directa y específica a los consumidores., estamos hablando de nuevas exigencias que han de traducirse en conformidad con Europa donde la ciudadanía hace valer sus derechos, y donde aquellos que los representan ante las instituciones públicas y ante las empresas tienen participación en la elaboración y aplicación de las normativas del espacio comunitario dentro de una labor equilibradora de las posturas de los intervinientes de tal manera que se de transparencia al mercado, haciendo que este funcione adecuadamente en un paradigma caracterizado por la libre competencia,

La UE, en su preocupación por asegurar que las garantías de los consumidores sean similares en cualquier punto de la Comunidad, fomenta la implicación de las asociaciones de los actores económicos, productores, consumidores, intermediarios, gestores, todos ellos representativos en este ámbito plurinacional, labor que no pueden desempeñar las asociaciones de corte nacional. De esta manera se propende a crear organizaciones de ámbito comunitario, que equilibren la posición del consumidor respecto del sector empresarial -especialmente en un escenario cada vez más transfronterizo, consecuencia del incremento del comercio electrónico- y ofrezcan una dimensión europea a su organización y actividades.

En consecuencia, la UE deberá articular un proceso de constitución de auténticas organizaciones que trabajen armonizando las normativas legislativas y las prácticas jurisprudenciales en el ámbito europeo, normando, a través de un reglamento, su estatuto jurídico. Esta norma debería permitir superar la estructura federativa, de mera adición de entidades nacionales, posibilitando la constitución de organizaciones de normalización comunitaria donde se permitiese una participación directa e individual de los consumidores europeos, conforme al modelo asociativo de espectro amplio.

La competencia de la Comunidad para acometer esta regulación debe ser entendida desde la órbita de la protección de los consumidores, que resulta ser una competencia compartida entre la UE y los Estados (artículo 4.2.f del TFUE) que ha de ejercerse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. Por ello, dada la conveniencia de su regulación y considerando la imposibilidad de hacerlo por parte de los Estados, resulta indudable que la UE puede ejercer esa competencia sin que el principio de subsidiariedad constituya un obstáculo para ello.

El alto grado de fragmentación que caracteriza tanto a nuestro ordenamiento jurídico como a la jurisprudencia, la situación precaria de las finanzas públicas y el diferente nivel de consolidación de las democracias y de los derechos sociales que en los Estados de la UE, entorpecen la creación de este nuevo paradigma donde se impone otorgar dimensión comunitaria a su estructura y actuaciones, el Parlamento Europeo, en su Declaración de 10 de marzo de 2011, pidió a la Comisión que presente propuestas de un Estatuto Europeo para asociaciones en este orden.

En nuestra opinión, si se respetasen las exigencias de necesidad y eficacia de la acción comunitaria que este principio impone, al decir el artículo 5.3 TUE que “en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión” estaríamos caminando en la dirección correcta respecto a la creación de un marco común en defensa de los consumidores en Europa.

No podemos concluir, sin hacer mención a la manifiesta falta de voluntad política de las instituciones españolas para colaborar de manera positiva en el refuerzo de la representatividad y de la adopción de marcos de protección más eficaz y más amplios para los consumidores. La existencia de instituciones que agrupan personas y colectivos para la defensa de sus intereses económicos frente a los productores de bienes y prestadores de servicios es denominador común de los Estados de la UE, gracias al impulso que se otorgó desde las instituciones comunitarias, por considerarlas necesarias para el adecuado funcionamiento de la defensa de la ciudadanía europea.

Sin embargo, del estudio comparado de los diferentes actores políticos y judiciales de los Estados de la UE y españoles y desde la perspectiva de su participación en los procesos de armonización normativa, hemos de concluir que mientras no se produzca la creación de un nuevo paradigma jurídico en la defensa de los consumidores y de sus asociaciones en atención a diferentes criterios y en gran medida, de la tradición jurídica y social que en este ámbito tiene cada país, con el fin de sistematizar la realidad y homologar los derechos de los consumidores en el espacio europeo, el marco normativo y jurídico español deberá ser considerado respecto a su homólogo europeo de inferior calidad y eficacia.

4. Referencias bibliográficas

4.1. Bibliografía básica y complementaria

ADÁN DOMÈNECH, F.; «Tribunal Supremo versus Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Aplicación jurisprudencial de las cláusulas de vencimiento anticipado», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil parte Jurisprudencia*, nº 144, 2016.

ADÁN DOMÈNECH, F.; «Salvando las cláusulas de vencimiento anticipado: la incoación del juicio declarativo ante la suspensión de las ejecuciones hipotecarias», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil parte Jurisprudencia*, nº 152, 2018.

ADÁN DOMÈNECH, F.; «El TJUE: el Robín Hood de los consumidores en materia de contratación bancaria», *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 2019. ALBIEZ DOHRMANN, K. J.; «La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, nº 9439, 2019. 74

BALLUGERA GÓMEZ, C., «Carácter abusivo del vencimiento anticipado por impago de una sola cuota del préstamo hipotecario en la STS de 16 de diciembre de 2009», *Diario La Ley*, nº 7507, Sección Doctrina, 11 nov 2010.

BELLOD FERNANDEZ DE PALENCIA, E., *El crédito inmobiliario tras la ley 5/2019 de 15 marzo*, Ed. Reus, Madrid 2021.

CARRASCO PERERA, A.; *Comentario a la Ley de contratos de crédito inmobiliario*, 1ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, Navarra, 2019.

HERNÁNDEZ TORRES, E.; «El vencimiento anticipado en el proyecto de Ley sobre contratos de crédito inmobiliario» del libro «Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales», 1ª edición, Ed. Reus, Madrid, 2018.

LAFUENTE TORRALBA, A. J.; «El control judicial de cláusulas abusivas en la ejecución hipotecaria: luces y sombras de su regulación legal». *Capítulo de Vivienda y crisis económica*, coord. por María Teresa Alonso Pérez, 1ª edición, Aranzadi, Cizur menor, Navarra, 2014, páginas 219-255.

MARTÍN FABA, J.M.; «Nuevo régimen sobre vencimiento anticipado», *RB*. 13.1-13.23.

MOYA HURTADO DE MENDOZA, F.; «Efectividad del derecho de la Unión Europea vs Principio constitucional de imperio de la ley», *Revista de Derecho político*, nº 99, 2017.

PAZOS CASTRO, R.; «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del derecho español con la directiva de cláusulas abusivas: comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)», *Revista de Derecho Civil*, Nº1, 2017, pág. 168.

RUBIO TORRANO, E., «Mucho ruido y pocas nueces». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil parte Jurisprudencia. Comentarios*, nº 2, 2013. SÁNCHEZ GARCÍA, J.; «Breves comentarios a la sentencia de la Sala 1ª del TS de 11 de septiembre de 2019», *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 9496, 2019.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B.; «Los contratos de crédito inmobiliario tras la ley 5/2019, de 15 de marzo», 1ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 271-290.

4.2. Webgrafía

PÉREZ-PUJAZÓN MILLÁN, M.E. y MOYA FERNÁNDEZ, A.J., «Nueva normativa de protección de deudores hipotecarios». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez/35/2013*. Disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/publicaciones/3909/documento/art5.pdf?id=4796>

URÍA MENÉNDEZ «Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario». Disponible en:

<https://www.uria.com/documentos/galerias/3531/documento/8486/Ley-5-2019-contratos-credito-inmobiliario.pdf>

https://elpais.com/ccaa/2013/05/02/catalunya/1367520137_907887.html

<https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-84/9292-el-tortuoso-camino-de-aprobacion-de-la-ley-5-2019-los-cambios-introducidos-durante-la-tramitacion-y-su-encaje-en-el-texto-final>

<https://revistaregistradores.es/a-vueltas-con-el-ambito-de-aplicacion-de-la-ley-5-2019-de-15-de-marzo-reguladora-de-los-contratos-de-credito-inmobiliario/>

<https://www.economistjurist.es/actualidad-juridica/jurisprudencia/irph-un-juzgado-de-mallorca-eleva-una-nueva-cuestion-prejudicial/>

4.3. Fuentes legislativas

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 y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010.

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Boletín Oficial del Estado* núm. 95, de 21 de abril de 1993.

Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985, de 1 de julio. *Boletín Oficial del Estado* núm. 157, de 2 de julio de 1985.

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se aprueba el Código Civil Español publicado en «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Disponible en:

<https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES/codigo+civil/WW/vid/127560>

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias como la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Boletín Oficial del Estado* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

Ley 5/2019, de 15 de marzo de 2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Boletín Oficial del Estado* núm. 65, de 16 de marzo de 2019.

Ley Hipotecaria, Texto Refundido aprobado por el Decreto de 8 de febrero de 1996. *Boletín Oficial del Estado* núm. 287, de 30 de noviembre de 2007.

4.4. Fuentes jurisprudenciales

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea

Conclusiones Generales del Abogado General Sr. Maciej Szspunar, de 2 de febrero de 2016, Asunto C-421/14, Banco Primus (ECLI:EU:C:2016:69). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de enero de 2018, C498/16, Schrems (ECLI:EU:C:2018:37).

Conclusiones de la Abogada General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 29 de noviembre de 2011, C-453/10, Pereničová (ECLI:EU:C:2011:788).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, C415/11, Aziz (ECLI:EU:C:2013:164).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, C618/10, Banco Español de Crédito (ECLI:EU:C:2012:349). Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de julio de 2014, C169/14, Sánchez Morcillo y Abril García (ECLI:EU:C:2014:2099). Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de junio de 2015, C-602/13, BBVA (ECLI:EU:C:2015:397).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de enero de 2017, C421/14, Banco Primus (ECLI:EU:C:2017:60).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI:EU:C:2015:21).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 26 de febrero de 2013, Melloni, C-399/11 (ECLI:EU:C:2013:107).

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de marzo de 2016, Ibercaja Banco, C-613/15 (ECLI:EU:C:2016:195)

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de julio de 2019, Bankia, C486/16 (ECLI:EU:C:2019:572).

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de julio de 2019, BBVA, C167/16 (ECLI:EU:C:2019:570).

Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de julio de 2019, BBVA, C92/16 (ECLI:EU:C:2019:560).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 2018, OTP Bank y OTP Faktoring, C-51/17 (ECLI:EU:C:2018:750).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2019, C118/17, Dunai (ECLI:EU:C:2019:207).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 3 de octubre de 2019, en asunto C-260/2018. (ECLI:EU:C:2019:819)

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 8 de septiembre de 2022, asuntos acumulados C80/21 a C82/21. Disponible en:

<chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62021CA0080>

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

STC de 13 de Septiembre de 2021, Rec. de amparo 3866-2019 J.

STC de 28 de Febrero de 2019, Rec. de amparo nº 1086-2018.

STC 123/1992, de fecha 28 de septiembre.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

STS nº101/2020, de fecha 12 febrero, en Recurso de casación 1769/2020.

STS nº 479/2019, de 18 de septiembre, dictada en Recurso de casación 509/2017 (Roj: STS 2816/2019- ECLI:ES:TS:2019:2816; Id Cendoj: 28079110012019100448).

STS nº 463/ 2019, de fecha 11 de septiembre, dictada en Recurso de casación 1752/2014.

STS nº 432/2018, de fecha 11 de julio, dictada en Recurso de casación 2610/2015.

STS nº 495/2001, de fecha 23 de mayo (Roj: STS 4233/2001 - ECLI:ES:TS:2001:4233, Id Cendoj: 28079110012001101915).

Jurisprudencia de Audiencias Provinciales

Sentencia nº 671/2017, de fecha 31 de octubre, de la AP de Bizkaia.

Auto nº 101/2022, de la Audiencia Provincial de Navarra, Sección tercera, dictado en Recurso de apelación nº 1764/2021, (N.I.G.: 3120142120210001805).

Auto nº 93/2020, de fecha 14 de mayo, de la AP de Cantabria (N.I.G.: 39042411201300014219).

Auto nº 62/2019, de fecha 27 de febrero, de la AP de Cantabria.

Jurisprudencia de Juzgados de Primera Instancia

Sentencia nº 110/2022, de 21 de marzo, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Bilbao (N.I.G. PV/IZO EAE: 48.04.2-20/029378).

Sentencia nº 159/2018, de fecha 26 de noviembre, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de Torrelavega.

Auto de 22 de abril de 2022 del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca.

Auto nº 435/2021, de fecha 30 de julio, dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Pamplona (N.I.G.: 3120142120210001805).

Auto de fecha 11 de octubre, y Auto nº 259/2019, de fecha 19 de diciembre, del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Torrelavega, (N.I.G.: 3908741120160001522).

Auto de fecha 27 de mayo de 2016 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Ponferrada (N.I.G.: 24115 41 1 2012 0000896).

Providencia, de fecha 25 de noviembre de 2020, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 en Procedimiento de Ejecución Hipotecaria nº 476/2019.