Audiencia Provincial

AP de Sevilla (Sección 8ª) Auto de 23 marzo 2017

AC\2017\438

CONSUMIDORES Y USUARIOS: CLÁUSULAS ABUSIVAS: suspensión de la tramitación del presente recurso de apelación hasta tanto no se resuelva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales que el Tribunal Supremo de España le ha planteado: la suspensión de los procesos no se prevén dilatadas por lo que no se causa un perjuicio relevante a las partes, o cuando menos siempre inferior al supuesto de que la eventual interpretación de la norma por el tribunal nacional sea con posterioridad declarada no conforme con el Derecho de la Unión, con la eventualidad de un posible quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva al resolverse de forma contraria al derecho de la Unión un asunto en el que al momento de su resolución existía pendiente de resolución, entre otras, una cuestión prejudicial planteada por el TS, cuyo objeto mantiene una directa vinculación con las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso. VOTO PARTICULAR.

Jurisdicción:Civil

/

Ponente:Ilmo. Sr. D. Víctor Nieto Matas

El Pleno Jurisdiccional de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Sevilla ha acordado suspender la tramitación del presente recurso de apelación hasta tanto no se resuelva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales que el Tribunal Supremo de España le ha planteado en auto de fecha 8 de febrero de este año, verificado ello se alzará la suspensión con señalamiento inmediato para deliberación, votación y fallo.

AUTO

ILUSTRÍSIMO Sr. PRESIDENTE:

D. MANUEL DAMIÁN ALVAREZ GARCÍA

ILUSTRÍSIMOS Srs. MAGISTRADOS:

SECCIÓN 2ª:

D. CARLOS MARÍA PIÑOL RODRÍGUEZ

D. ANDRÉS PALACIOS MARTÍNEZ

SECCIÓN 5ª:

D. JUAN MARQUEZ ROMERO

D. FERNANDO SANZ TALAYERO

D. CONRADO GALLARDO CORREA

D.JOSE HERRERA TAGUA

SECCIÓN 6ª:

D. MARCO ANTONIO BLANCO LEIRA

Dª ROSARIO MARCOS MARTIN

Dª FRANCISCA TORRECILLAS MARTÍNEZ

SECCIÓN 8ª:

D. VICTOR NIETO MATAS

D. JOSE MARIA FRAGOSO BRAVO

D. JOAQUÍN PABLO MAROTO MÁRQUEZ

D. FEDERICO JIMÉNEZ BALLESTER

En Sevilla, a veintitrés de marzo de 2017

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Con fecha 9 de marzo de este año se dictó en este rollo auto acordando dejar sin efecto el señalamiento para la deliberación y fallo que se había acordado y remitir los autos al Ilmo. Sr. Presidente de Esta Audiencia Provincial a fin de que pueda convocar Pleno Jurisdiccional para la unificación de criterios respecto a la posible suspensión del curso de los recursos de apelación contra autos dictados en procesos de ejecución hipotecaria cuando el deudor tanga la consideración de consumidor y se repute abusiva la cláusula de vencimiento anticipado pactada mientras se resuelva por el tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Supremo en Auto de fecha 8 de Febrero de 2017 (RJ 2017, 365) .

SEGUNDO

Con esa misma fecha, y al manifestar tener conocimiento de la remisión al Presidente de este procedimiento a los efectos señalados, la mayoría de los magistrados de las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial remitieron escrito al Presidente de la misma adhiriéndose a la petición de celebración de ese Pleno Jurisdiccional

TERCERO

Con fecha 13 de Marzo de 2017 el Presidente de la Audiencia Provincial convocó a todos los magistrados de las secciones civiles, excepto al Ilmo. Sr. Rafael Romero Márquez por incompatibilidad con su hermano, a Pleno Jurisdiccional de carácter civil para conocer del recurso de apelación al que este Rollo se contrae, señalándose para el mismo el día de ayer, 22 de marzo, a las 12:30 horas, señalando en la convocatoria -además de la obligatoria asistencia de todos los convocados- que, en todo caso, quedará a salvo la independencia de las Secciones para el enjuiciamiento de los asuntos de que conozcan, si bien deberán motivar las razones por las que se aparten del criterio que se adopte.

CUARTO

El Pleno se celebró en la fecha señalada deliberándose el asunto y acordando su decisión por mayoría, diez votos a favor y cuatro en contra, que el ponente, el Sr. Presidente de la Sección Octava, Ilmo. Sr. Víctor Jesús Nieto Matas redacta expresando el parecer del Pleno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

La reciente sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (PROV 2017, 26895) (asunto C-421/14) estableció -parecía que ya de forma definitiva- en lo que ahora interesa, los siguientes criterios, "por lo que se refiere a la apreciación del eventual carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado incumbe al tribunal nacional examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo". Además se añadía por el TJUE que "la interpretación jurisprudencial de una disposición de Derecho nacional relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado de los contratos de préstamo, como el artículo 693, apartado 2, de la LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) que prohibe 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 se opone a la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) ».

SEGUNDO

Ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (en adelante, Tribunal Supremo) está pendiente de resolver un recurso de casación contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2014 (PROV 2014, 145294) por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra (recurso de apelación n°. 220/2014); sobre nulidad de cláusulas incluidas en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con consumidores.

En el transcurso de la deliberación, votación y fallo del recurso de casación, el Tribunal Supremo consideró, a pesar de lo acordado en el sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (PROV 2017, 26895) , procedente el planteamiento de una petición de decisión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que de conformidad con lo previsto en el art. 4.2 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635) , acordó oír a las partes

El Pleno de la Sala de lo Civil del TS dictó con fecha 08/02/2017 (RJ 2017, 365) auto acordando formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 TFUE (RCL 2009, 2300) , las siguientes peticiones de decisión prejudicial, en interpretación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) , del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores:

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

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

TERCERO

Conforme al art. 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (LCEur 2012, 1401) , considera el Tribunal Supremo además necesario que la petición de decisión prejudicial se tramite de manera acelerada, puesto que son múltiples los consumidores afectados y está enjuego el derecho a la vivienda y las garantías en la ejecución sobre la misma, alegando que "en ello influye que, siendo planteada la cuestión por el Tribunal Supremo, que conforme al Derecho español (arts. 123 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y 1.6 del Código Civil (LEG 1889, 27)), crea jurisprudencia, mientras no haya una solución clara y una jurisprudencia estable, sin riesgo de ser declarada por el TJUE como incompatible con el Derecho de la Unión, no existe un criterio uniforme que puedan seguir el resto de tribunales nacionales, con la consiguiente inseguridad jurídica en un tema tan sensible como la vivienda familiar".

Además como se da la circunstancia de que ya están planteadas ante el TJUE otras peticiones de decisión prejudicial por otros tribunales españoles, en concreto, en lo que consta a este Tribunal Supremo, la C-92/16, planteada en febrero de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Fuenlabrada; y la C-167/16, planteada en marzo de 2016 por el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Santander, ambas cuestionan la compatibilidad de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Supremo en materia de vencimiento anticipado con el Derecho de la UE, para evitar que el planteamiento de varias peticiones sobre la misma cuestión jurídica cree una especie de litispendencia, que hace aconsejable un pronunciamiento único, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios.

CUARTO

El Tribunal Supremo en auto de fecha doce de Abril de dos mil dieciséis (PROV 2016, 76458) , dictado en un recurso de casación en el que se dilucidaba la retroactividad de los efectos de la nulidad de la llamadas clausulas suelo acordó la suspensión del recurso hasta la resolución de la cuestión prejudicial tramitada ante el TJUE por la existencia de directa vinculación entre las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso y el objeto de la cuestión.

Dicha suspensión se acordaba ya que, primero, el juicio de relevancia exigido por el art. 267 del Tratado sobre Funcionamiento de la Unión Europea (RCL 2009, 2300) ha de ser positivo puesto que la norma respecto de la que se ha planteado la cuestión prejudicial es de aplicación para resolver el recurso, segundo, las dudas sobre la interpretación de la norma objetivamente han sido suscitadas ante el TJUE por diversos Juzgados que ha planteado la cuestión prejudicial, tercero, contra la sentencia que debe dictar esta Sala no cabe interponer recurso alguno en vía judicial.

Estos requisitos concurren, se ha pactado cláusula de vencimiento anticipado, se ha hecho uso de la misma y si ha de reputarse abusiva, desde luego en recursos de

apelación planteados contra las autos dictados en procesos de ejecución hipotecaria que se hallan pendientes de resolución en las Audiencias Provinciales, y desde luego en la Ejecución a la que este Rollo se contrae en la que se ejecuta una escritura de préstamo hipotecario en el que el deudor goza de la condición de consumidor y en la que se pactó, clausula séptima 1), la resolución del contrato y vencimiento anticipado por " la falta de pago de una cuota cualquiera de amortización", habiendo además solicitado el consumidor, en el oportuno trámite, la suspensión de la ejecución contra el instada.

La tesis mantenida en el auto del TS de doce de Abril de dos mil dieciséis es procedente que sea aplicada máxime cuando en el caso que ahora se resuelve el órgano jurisdiccional español que ha planteado la cuestión prejudicial es el TS que conforme al momento de plantear las cuestiones prejudiciales es en el Derecho español (arts. 123 de la Constitución (RCL 1978, 2836) y 1.6 del Código Civil (LEG 1889, 27)) el que crea jurisprudencia, ha determinado que mientras no haya una solución clara y una jurisprudencia estable, sin riesgo de ser declarada por el TJUE como incompatible con el Derecho de la Unión, no existe un criterio uniforme que puedan seguir el resto de tribunales nacionales, con la consiguiente inseguridad jurídica en un tema que afecta a múltiples consumidores y tan sensible como la vivienda familiar al estar enjuego el derecho a la vivienda y las garantías en la ejecución sobre la misma.

Aunque la concurrencia de los anteriores requisitos determinarían de ordinario la procedencia del planteamiento de una cuestión prejudicial, e incluso la obligatoriedad de ese planteamiento al configurarse la Audiencia como última instancia en este tipo de procesos, conforme al art. 267 TFUE, al estar planteadas varias cuestiones prejudiciales sobre dicha materia, algunas en avanzado estado de tramitación, entendió el TS al suspender la deliberación sobre el asunto de la retroactividad de las clausulas suelo que carece de sentido el planteamiento de la cuestión por este tribunal, pues nada añadiría a la resolución de las cuestiones ya planteadas y supondría una mayor dilación en la resolución de este recurso.

Además la petición del TS que la decisión prejudicial que plantea en el auto de 8 de febrero (RJ 2017, 365) de este año se tramite de manera acelerada conforme al art. 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (LCEur 2012, 1401) , que considera necesario, la suspensión de los procesos no se prevén dilatadas por lo que no se causa un perjuicio relevante a las partes, o cuando menos siempre inferior al supuesto de que la eventual interpretación de la norma por el tribunal nacional sea con posterioridad declarada no conforme con el Derecho de la Unión, con la eventualidad de un posible quebrantamiento del derecho a la tutela judicial efectiva al resolverse de forma contraria al derecho de la Unión un asunto en el que al momento de su resolución existía pendiente de resolución, entre otras, una cuestión prejudicial planteada por el TS, cuyo objeto mantiene una directa vinculación con las cuestiones jurídicas planteadas en el recurso.

QUINTO

Han sido vistos los artículos citados y los demás de pertinente y obligada aplicación

PARTE DISPOSITIVA

El Pleno Jurisdiccional de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Sevilla ha acordado suspender la tramitación del presente recurso de apelación hasta tanto no se resuelva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las cuestiones prejudiciales que el Tribunal Supremo de España le ha planteado en auto de fecha 8 de febrero (RJ 2017, 365) de este año, verificado ello se alzará la suspensión con señalamiento inmediato para deliberación, votación y fallo.

Así lo acuerdan mandan y firman los Ilustrísimos Señores Magistrados.-

Firmamos el auto dictado por el Pleno de la Audiencia Provincial de Sevilla en los autos 3325/2016-B de la Sección 8ª, pero discrepamos del mismo en su totalidad, por lo que formulamos voto particular que adjuntamos.

Don Juan Márquez Romero	Don José Herrera Tagua

Don Conrado Gallardo Correa	Don Fernando Sanz Talayero

Voto particular que formulan los Magistrados Don Juan Márquez Romero, Don José Herrera Tagua, Don Conrado Gallardo Correa y Don Fernando Sanz Talayero al Auto del Pleno de la Audiencia Provincial de Sevilla que acuerda la suspensión del Recurso de Apelación Civil 3325/2016-B de la Sección Octava

En ejercicio de la facultad contemplada en el 205 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) , a los efectos de su incorporación al libro de resoluciones y su notificación con el auto de la mayoría conforme establece dicho precepto, y con respeto a la opinión de los restantes magistrados que conforman dicha mayoría del Pleno de la Audiencia Provincial, manifestamos nuestra discrepancia con el Auto de referencia por entender que no procede la suspensión de la tramitación y fallo del citado Recurso de Apelación Civil.

PRIMERO .- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho del Auto.

SEGUNDO . - En el primero de los fundamentos de derecho del auto se recoge la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sobre las cláusulas de vencimiento, con especial referencia a la dictada el día 26 de enero de 2.017 (PROV 2017, 26895) .

Quienes suscribimos este voto particular entendemos que la citada doctrina no es aplicable al caso que nos ocupa por cuanto que la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota no hacía más que reflejar la posibilidad que consideraba lícita el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) en la redacción que tenía en el momento en que se incorporó esa cláusula al contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

Efectivamente el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE (LCEur 1993, 1071) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante la Directiva 93/13) establece lo siguiente:

"Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva" .

La citada sentencia del TJUE admite, como no podía ser de otro modo, que si la cláusula que permite el vencimiento anticipado de un préstamo con garantía hipotecaria está amparada por una disposición legal, se encuentra fuera del ámbito de la directiva 93/13; lo que ocurre es que no considera aplicable tal disposición a la cláusula concreta que examina porque, en ese específico supuesto, "no refleja las disposiciones del artículo 693, apartado 2, de la LEC". Así argumenta que el precepto exige el impago de tres meses para poder declarar vencido de forma anticipada el préstamo y la cláusula estudiada lo permite por "la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal, intereses o cantidades adelantadas por el banco".

La Sentencia del TJUE parece desconocer, probablemente porque las partes no informaron al respecto y porque los miembros de ese tribunal no tienen por qué conocer en profundidad nuestro derecho nacional, que el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), en el momento de la entrada en vigor de la misma el día 8 de enero de 2.001 tenía la siguiente redacción:

"Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro".

Esta redacción, cuya claridad gramatical no plantea dudas, autorizaba el pacto en virtud del cual el impago de una cuota es suficiente para declarar el vencimiento anticipado del préstamo. Si algo es lícito porque lo permite y ampara la Ley, no puede ser abusivo y de ahí la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13.

Dicha redacción se mantuvo inalterable hasta que fue objeto de una modificación

publicada el día 15 de mayo de 2.013, con entrada en vigor ese mismo día. A partir de esa fecha el precepto dice lo siguiente:

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

Finalmente se produjo otra modificación publicada el 14 de julio de 2.015, con fecha de entrada en vigor el día 15 de octubre de 2.015, a partir de la cual la redacción queda como sigue:

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

Estas modificaciones, por elementales razones de seguridad jurídica y conforme al derecho transitorio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, sólo son aplicables a las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria suscritas con posterioridad a su entrada en vigor, y no pueden privar de validez ni licitud a los pactos hechos al amparo de la legislación vigente en el momento de concertarse. Las cláusulas que permitían el vencimiento anticipado por el impago de alguna cuota, bastando por tanto una, al amparo de la redacción original del artículo 693.2 por tanto son válidas; cuestión distinta es que en su aplicación hayan de adaptarse a la legislación vigente.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reconociendo desde antiguo la validez de esta cláusulas por ser un reflejo de lo que permite el artículo 693.2 de la LEC y conformes además con el principio general de nuestro ordenamiento jurídico de la facultad de resolver los contratos si la otra parte no cumple. Dicha doctrina ha sido recogida específicamente y matizada en un doble sentido por las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo 23 de diciembre de 2.015 (RJ 2015, 5714) y 18 de febrero de 2.016 (RJ 2016, 619) . En primer lugar, siendo la cláusula redactada al amparo del artículo 693.2 antes de que se produjeran las reformas a que se ha hecho referencia, en todo caso si se solicita el despacho de ejecución en la actualidad no podrá hacerse efectiva si al menos no se han dejado de pagar tres meses como exige el precepto vigente. En segundo, en todo caso, deberá apreciarse por los tribunales, conforme a las circunstancias concurrentes y de acuerdo con la doctrina del TJUE, que se trata de un incumplimiento grave,

definitivo, y no de un mero retraso o incumplimiento puntual.

En resumidas cuentas, de la doctrina sentada por estas sentencias cabría concluir que no cabe considerar abusiva la cláusula pactada al amparo de la versión anterior a la vigente del artículo 693.2, siempre que quepa una interpretación y aplicación no abusiva de la misma. Si la entidad prestataria aplica la cláusula sin cumplir el requisito actual de que al menos se haya dejado de pagar tres meses o sin que haya realmente un incumplimiento grave a pesar de las apariencias, entonces cabría denegar el despacho de ejecución; pero más por falta de requisitos legales para el despacho de la ejecución que propiamente por ser abusiva la cláusula.

Dicho de otro modo, las cláusulas que declaran el vencimiento anticipado por impago de un préstamo con garantía hipotecaria, incluso las que establecen que puede hacerse por un sólo impago, son válidas si se ajustan al contenido del artículo 693.2 en el momento del otorgamiento de la escritura, existiendo una doctrina jurisprudencial más que suficiente, vigente y no contradictoria con la doctrina del TJUE, para resolver en cada caso si el vencimiento anticipado ha sido declarado por la prestataria de forma abusiva o no, es decir, si la deuda está vencida o no, sin que la cuestión, a juicio de los que emitimos este voto particular, plantee serias dudas de derecho que justifiquen tener que suspender hasta esperar que resuelva el TJUE o el Tribunal Supremo.

TERCERO .- Tampoco estamos conformes con lo que se expone en el fundamento segundo del auto de que las cuestiones planteadas en un juicio ordinario, donde se pretende una declaración, por el Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo deban tener incidencia en los presentes autos.

La primera de las preguntas no cuestiona la doctrina del Tribunal Supremo a que se ha hecho referencia en el apartado anterior. Lo que se pregunta es si en el caso de que sea nula por abusiva la cláusula que prevé el vencimiento por impago de una cuota ello conlleva también la nulidad de la previsión contenida en dicha cláusula de declarar el vencimiento anticipado por impago de más de una cuota. Es decir, se trata de una cláusula muy específica en la que se prevé la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado por impago de una o más cuotas. La hipótesis de base, sobre la que no se pregunta, es que el vencimiento por impago de una cuota, en un caso concreto y conforme a los criterios expuestos, sea nula; y la pregunta versa sobre si, en esa concreta hipótesis, el vencimiento anticipado por impago de más cuotas es válida o la nulidad de la una lleva automáticamente a la nulidad de la otra. La respuesta por tanto no tiene por qué afectar a lo que se ha expuesto en el punto anterior de este voto. Conviene resaltar además, que esta pregunta se formula a instancias de la entidad bancaria demandada, lo que refuerza que su finalidad no sea determinar cuando puede ser válido el vencimiento anticipado por impago de una cuota, sino si, en los casos en que sea nulo, si conserva su validez la otra opción.

La segunda pregunta versa sobre el segundo de los argumentos expuestos por las sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en las sentencias que se han citado en el punto segundo de este voto. El Tribunal Supremo además del argumento expuesto de que las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una cuota son válidas si se hicieron al amparo del artículo 693.2 y si cumplen determinados requisitos en su aplicación, utiliza como argumento de refuerzo, independiente del anterior, el de que, aún en el caso de que el vencimiento anticipado por impago de una cuota, por no cumplir los requisitos a que se ha hecho referencia, sea nulo, en cualquier caso sería de aplicación el derecho supletorio que permite la resolución anticipada en caso de impago, por ser más beneficioso para el consumidor. Es este segundo argumento, y no el primero, el que se cuestiona en la pregunta. Por tanto, la respuesta a esta pregunta tampoco tiene por qué cuestionar la doctrina que se ha expuesto en el punto segundo de este voto.

CUARTO .- En cuanto a los razonamientos que se hacen en los fundamentos de derecho tercero y cuarto del auto los que emitimos el voto particular queremos hacer las siguientes observaciones.

El hecho de que el Tribunal Supremo haya pedido la tramitación acelerada, ni implica que el TJUE la vaya a aceptar, ni necesariamente ello supone un tiempo de tramitación breve, puesto que dependerá de la carga de trabajo del TJUE. No hay forma de hacer una estimación certera del tiempo en que se tardará en recibir respuesta. Hay que tener en cuenta que la mayoría de las hipotecas que están ahora en ejecución son anteriores a la reforma de 15 de mayo de 2.013 y prevén la posibilidad, conforme a la redacción vigente del artículo 693.2 del vencimiento anticipado por impago de una cuota, aunque en la practica no se aplica el vencimiento anticipado por las entidades bancarias si no hay un incumplimiento grave y definitivo. Por ello la decisión que se adopta puede suponer la suspensión de cientos o miles de ejecuciones hipotecarias en un prolongado espacio de tiempo, sin discernir entre aquellas en que se ha producido un incumplimiento grave o definitivo, la inmensa mayoría, de aquellos otros supuestos en que no está justificado el vencimiento anticipado; es decir, se impediría a (os acreedores cuyo deudor hipotecario no quiere o no puede pagar definitivamente la deuda poder recuperar su crédito mediante la ejecución de la garantía que motivó el préstamo, sin darles respuesta alguna a su pretensión, lo que sin duda alguna incide en la tutela judicial efectiva que los tribunales debemos otorgar y que, obviamente, no sólo tienen los consumidores, sino todas las personas físicas y jurídicas, sea cual sea su posición en el proceso.

Es cierto que, desgraciadamente, la crisis económica ha motivado que muchas personas no puedan pagar la hipoteca que concertaron para pagar su vivienda familiar y que se ven por ello inmersos en procedimientos para ejecutar la garantía constituida sobre la misma; pero no es menos cierto que sea cual sea la respuesta que de el TJUE, la deuda no va a quedar extinguida, ni aumentada la capacidad

económica del ejecutado, por lo que el único resultado cierto de la suspensión que se acuerda será someter a dilaciones aún mayores que las que produce el penoso estado de la Justicia en España a quien legítimamente reclama su crédito, sometiéndolo en el peor de los casos a un peregrinaje de procedimientos, que retrasaran pero no evitaran la ejecución de la garantía hipotecaria. Ello sin contar los efectos negativos que tal decisión, por la inseguridad jurídica que genera, podría tener en el mercado hipotecario y en las personas que pretenden acceder a una hipoteca para adquirir su vivienda habitual.

El auto del que discrepamos sigue de forma acrítica la tesis sostenida por el Tribunal Supremo con ocasión de conocer de una de las denominadas cláusulas suelo de que la cuestión prejudicial planteada por un Tribunal permite a otro Tribunal que conozca de una situación similar suspender sin más su procedimiento. Se atribuye de este modo a la cuestión prejudicial una especie de "extensión de efectos", sin necesidad de plantear propiamente una cuestión prejudicial para su acumulación a otra, que excede con mucho de la función y finalidad de la cuestión prejudicial. Esta tesis podría llevar, y de hecho el auto puede tener ese resultado como se ha indicado, a paralizar categorías enteras de procesos a la espera de que se formule jurisprudencia. Es decir, los Tribunales, en lugar de resolver los asuntos de los que conocen aplicando la Ley vigente y la jurisprudencia existente cuando sea vinculante, como es su obligación, se niegan a resolver y quedan a la espera de que se dicte una jurisprudencia que resuelva por ellos el problema. Se produce de este modo una jerarquización de la Justicia contraria a la independencia que es la esencia del Poder Judicial, de modo que los Tribunales resuelven sus asuntos en función no de su propio criterio, sino de lo que ordene otro Tribunal, de modo que nada se hace hasta que ese Tribunal resuelva. Un mecanismo excepcional como es la cuestión prejudicial, se convierte de este modo en la forma normal de funcionar. Creemos que esto es una forma distorsionada de entender la función que tiene la jurisprudencia.

La tesis del Tribunal Supremo no es desde luego jurisprudencia, ni vincula en forma alguna a los restantes Tribunales, puesto que es una resolución de trámite y no nos parece tampoco una decisión acertada. Pero en todo caso lo que suspende con ocasión de que en un proceso declarativo se ha planteado una cuestión prejudicial es otro proceso declarativo. Es decir un proceso donde tiene que hacer un pronunciamiento con efectos de cosa Juzgada, y en el que la cláusula que se impugna no se ha aplicado, sino que el proceso se promueve ante la eventualidad de que en el futuro se aplique de forma abusiva o injusta.

Lo que en absoluto es de recibo es extender la cuestión prejudicial planteada en un proceso declarativo a un proceso de ejecución. En el proceso de ejecución no se pretende una declaración, sino el cobro de una deuda conforme a un título que conforme a la Ley da derecho a ello. Los pronunciamientos que se hacen en caso de oposición del ejecutado lo son a los solos efectos de la ejecución y la cláusula ya

se ha aplicado, por lo que existe base para saber si se ha hecho de forma abusiva o injusta o, por el contrario, con base a un incumplimiento grave y definitivo.

Por ello las causas de suspensión en la ejecución son mucho más restrictivas que en los procesos declarativos y deben ser objeto de una interpretación restrictiva. Exactamente lo contrario que hace el auto de que discrepamos.

QUINTO .- Nada que oponer al fundamento de derecho quinto del auto.

SEXTO .- En conclusión, quienes emitimos el Voto particular estimamos que las cuestiones planteadas en un juicio ordinario por el Tribunal Supremo ante el TJUE a que se ha hecho referencia, no son obstáculo para resolver en cada caso en los procesos de ejecución hipotecaria cuándo una declaración de vencimiento anticipado realizada por la entidad prestataria hipotecante es o no abusiva y debe, en consecuencia, dar lugar o no al despacho de ejecución. Existen normas legales y criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo y del TJUE más que suficientes para resolver dicha cuestión. Tales normas y jurisprudencia, en esencia, no son cuestionados por las referidas preguntas que ha planteado el Tribunal Supremo en un concreto asunto. Por el contrario, tratan cuestiones muy específicas y concretas y no cuestionan lo esencial de la doctrina citada.

Creemos por ello que no es ajustado a derecho la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria. La tutela judicial efectiva del acreedor requiere un pronunciamiento sobre si su pretensión de ejecutar la garantía es o no ajustada a derecho y la del consumidor, en el supuesto del vencimiento anticipado, queda satisfecha si el tribunal examina si ha habido un incumplimiento con la suficiente gravedad para justificar la reclamación del ejecutante sin esperar a la finalización del plazo. Y esta realidad de la existencia de un crédito impagado que el ejecutado no puede o no quiere pagar y el acreedor quiere por ello cobrar con la garantía, como ya hemos dicho, no va a quedar afectada por lo que resuelva el TJUE, por lo que la suspensión de la ejecución carece de fundamento legal y de utilidad alguna, provocará cuando menos una dilación innecesaria e indebida, que es lo que en la mayor parte de las ocasiones persiguen exclusivamente y de modo abusivo los recursos de los deudores, infringe el deber de resolver que tienen los Tribunales y genera una situación de inseguridad jurídica de consecuencias imprevisibles.

Y en este sentido emitimos nuestro Voto particular.

Sevilla, a veintiocho de marzo de dos mil diecisiete.

Don Juan Márquez Romero	Don José Herrera Tagua

Don Conrado Gallardo Correa	Don Fernando Sanz Talayero