NO SE PUEDE VALORAR LA EXISTENCIA DE PRÁCTICAS COMERCIALES DESLEALES EN EL PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA*

José María Martín Faba**
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 6 de abril de 2018

1. Introducción

El escrito de conclusiones del Abogado General de 21 de marzo de 2018, asunto C-109/17, trata de dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Cartagena (Auto de 20 febrero 2017 JUR\2017\90413). A través de la interpelación de mayor sustancia, el juzgado remitente pretende saber si en el marco de un proceso de ejecución hipotecaria puede o no suscitarse de oficio o a instancia de parte la existencia de prácticas comerciales desleales con la finalidad de garantizar al consumidor la protección prevista por la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales. Como es sabido, la LEC no permite oponerse a la ejecución hipotecaria más que por los motivos enumerados exhaustivamente en dicha Ley, entre los que no figuran las prácticas comerciales desleales, cuya fiscalización debe ser objeto de un procedimiento declarativo aparte. Obsérvese que la cuestión promovida por el órgano judicial español es en cierta medida similar a las examinadas en otros casos por el Tribunal de Justicia en relación con la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, en particular al supuesto desarrollado en la STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (*Aziz*), en la que en resumidas cuentas el Tribunal dictaminó que, aunque la normativa procesal española sobre ejecución hipotecaria no lo previera, podía apreciarse en este proceso la existencia de cláusulas abusivas, ya fuera de oficio o bien a solicitud del ejecutado, razón por la que se modificó el art. 695 LEC para introducir ese motivo de oposición. Pero ¿qué ocurre si el juez constata una práctica comercial desleal en el seno del procedimiento de ejecución de

* Trabajo realizado en el marco del contrato predoctoral para la formación de personal investigador en el marco del Plan Propio de I+D+i de la UCLM [2016/14100]; y de la Ayuda del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) del Ministerio de Economía y Competitividad, otorgada al Grupo de investigación y Centro de investigación CESCO, dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera, de la UCLM, ref. DER2014-56016-P.

** ORCID ID: 0000-0002-4826-8140.

hipoteca? ¿Puede realizar la declaración de deslealtad y decretar las consecuencias que esta declaración tendría en el marco del procedimiento? Por otra parte, las cuestiones restantes versan, fundamentalmente, sobre la eficacia jurídica de los códigos de conducta, concretamente la del Código de Buenas Prácticas Bancarias introducido por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo.

2. Hechos

En 2006 tres consumidores celebraron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria en los siguientes términos: capital de 166.000 euros, plazo de devolución de 25 años y tasación de la finca hipotecada en 195.900 euros. En enero de 2009 se amplió el capital del préstamo y el plazo de devolución pasó a ser de 34 años y 4 meses. En octubre de 2013, ascendiendo el capital pendiente a 102.750 euros, y tras acumular los deudores importantes impagos, se modificaron de nuevo las condiciones del contrato de préstamo a solicitud de aquellos. Se pactó, pues, ampliar a 40 años el plazo de devolución del capital pendiente de 102.750 euros y una nueva tasación de la finca hipotecada y, por ende, un nuevo tipo de la vivienda para subasta que, debido a un mercado en declive, se estimó en 57.689,90 euros. Como consecuencia de un nuevo impago por los deudores el banco inició el procedimiento de ejecución hipotecaria en marzo de 2015.

Por su parte, los deudores formularon posteriormente oposición a la ejecución alegando, en primer lugar, que el contrato que servía de título a esa ejecución contenía cláusulas abusivas, en particular la cláusula de la ampliación del plazo de devolución y la que fijaba la nueva tasación del bien hipotecado. Adujeron también los deudores que el consentimiento que prestaron a la novación del préstamo se basó en un error esencial sobre el significado de las condiciones de la contratación. A juicio de los prestatarios la ampliación del plazo operó como un mero cebo para inducirles a aceptar una tasación sensiblemente a la baja del bien hipotecado, que redundó en su perjuicio, pues en caso de incumplimiento con la venta de la vivienda se satisfaría un menor porcentaje de deuda que la que se pagaría con la realización de aquella tasada al valor inicial. Como segundo motivo de oposición los deudores adujeron que se daban las condiciones que les permitían "librarse" de la deuda por dación en pago de la vivienda, permaneciendo en ella como arrendatarios, en aplicación del Código de Buenas Prácticas Bancarias, habida cuenta de la situación económica en que se encontraban. Por todo ello solicitaron el sobreseimiento de la ejecución.

3. Las preguntas

A causa de los hechos expuestos el órgano jurisdiccional remitente acordó suspender el procedimiento de ejecución hipotecaria y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

"1) Se opone al art. 11 de la Directiva 2005/29[1], por dificultar o impedir el control judicial de los contratos y los actos en los que puedan existir prácticas comerciales desleales, una normativa nacional como la vigente regulación de la ejecución hipotecaria española —arts. 695 y siguientes, en relación con el 552, apartado 1, todos de la LEC— en la que no está previsto el control, ni de oficio ni a instancia de parte, de las prácticas comerciales desleales.

2) Se opone al art. 11 Directiva 2005/29 una normativa nacional como la del ordenamiento español que no garantiza el efectivo cumplimiento del código de conducta si el ejecutante decide no aplicarlo, artículos 5 y 6 en relación con el artículo 15, todos del Real-Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo.

3) Se opone al art. 11 Directiva 2005/29 una normativa como la nacional española que no permite al consumidor, durante un proceso de ejecución hipotecaria, instar el cumplimiento de un código de conducta, concretamente, en cuanto a la dación en pago y extinción de la deuda —apartado 3 del Anexo del Real-Decreto Ley 6/2012, de 9 de marzo, Código de Buenas Prácticas—."

4. Sobre la primera cuestión prejudicial: Las eventuales prácticas comerciales desleales no se tratan en la ejecución hipotecaria

Primeramente explica el Abogado que el art. 11 Directiva 2005/29 exige a los Estados miembros que existan "medios adecuados y eficaces" para luchar contra las prácticas comerciales desleales. Estas medidas podrán consistir, como dice el Sr. Wahl, en la existencia de acciones judiciales dirigidas contra las prácticas comerciales desleales o de recursos administrativos que a su vez pueden ser recurridos judicialmente. En este sentido afirma el Abogado que, según el art. 13, los Estados miembros establecerán un sistema adecuado de sanciones a los profesionales que recurran a prácticas comerciales desleales. No obstante, a juicio del Sr. Wahl, no existe una obligación específica impuesta a los Estados miembros en cuanto al tipo de procedimiento, como pueda ser el procedimiento de ejecución hipotecaria, en el que deban examinarse las prácticas comerciales desleales. En efecto, manifiesta el Abogado que el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que la Directiva 2005/29 concede a los Estados miembros un margen de apreciación respecto de la elección de las medidas nacionales destinadas a combatir las prácticas comerciales desleales, a condición de que dichas medidas sean adecuadas y eficaces y de

[1] "1. Los Estados miembros **velarán por que existan medios adecuados y eficaces** para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la presente Directiva en interés de los consumidores (…)"

que las sanciones así previstas sean efectivas, proporcionadas y disuasorias[2] .

Respecto a lo que de verdad interesa, resalta el Sr. Wahl que los derechos que confiere al consumidor la Directiva sobre prácticas comerciales desleales son diferentes de los que le reconoce la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así es, entiende el Abogado que a diferencia del art. 6.1 de la Directiva 93/13, sobre las cláusulas abusivas en los contratos, que dispone expresamente como consecuencia legal la anulación de la cláusula en cuestión o, en su caso, de todo el contrato, la Directiva 2005/29 se limita a imponer sanciones a los comerciantes y no garantiza a los consumidores una vía de recurso contractual. Destaca el Abogado que el art. 3.2 de la Directiva 2005/29 dice expresamente que la aplicación de esta no tendrá efectos sobre el Derecho contractual, y en particular sobre las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos. Concluye, pues, que la apreciación de la existencia de una práctica comercial desleal no puede generar efectos jurídicos directos en la relación contractual que une a un comerciante con un consumidor. Por este motivo considera el Sr. Wahl que en el caso de que se dicte sentencia en el proceso declarativo apreciando la practica desleal tras la ejecución del crédito, ello no supondría un perjuicio injusto para el consumidor, no afectando en absoluto a su posición jurídica en la ejecución hipotecaria, pues únicamente se concedería una indemnización a aquel y tal declaración no tendría consecuencias contractuales. Por consiguiente, el Abogado General estima que el hecho de que el proceso declarativo no surta efectos suspensivos no imposibilita ni dificulta excesivamente la aplicación de la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, a pesar de que éstas no puedan ser examinadas en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria.

No obstante, el Abogado entiende que deben hacerse ciertas matizaciones cuando se plantea de oficio o a instancia de parte, como sucede en el litigio principal, el examen del carácter abusivo de una cláusula contractual con arreglo a la Directiva 93/13. Añade en este sentido el Sr. Wahl que el hecho de que se aprecie la existencia de una práctica comercial desleal no determina "automáticamente por sí solo" que la cláusula contractual controvertida sea abusiva[3] y, en consecuencia, esta apreciación no tiene consecuencias directas e inmediatas en la cuestión de si el contrato es válido a efectos del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, debiendo concurrir una serie de criterios adicionales, como que la cláusula en cuestión no haya sido negociada individualmente entre el profesional y el consumidor. Ahora bien, al Abogado le parece que en el litigio principal la cláusula en cuestión fue el resultado de una negociación pues los deudores solicitaron una ampliación del plazo de devolución del préstamo y el banco aceptó esta ampliación

[2] STJUE de 16 de abril de 2015, UPC Magyarország [C 388/13, EU:C:2015:225], apartado 57 y jurisprudencia citada.
[3] En virtud de la interpretación que hace de la STJUE de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič (C 453/10, EU:C:2012:144), apartados 44 a 46.

a condición de que se hiciera una nueva tasación del bien hipotecado. En cualquier caso, según el Abogado, incluso en la hipótesis de que un juez nacional aprecie la existencia de una práctica comercial desleal, este deberá tomar debidamente en consideración todos los requisitos exigidos por la Directiva 93/13 para que una cláusula contractual se califique de abusiva. Así, para proceder a ese examen, basta con que quede prevista la posibilidad de examinar las cláusulas contractuales con arreglo a la Directiva 93/13, cosa que hace el artículo 695 LEC. Por ende, entiende el Sr. Wahl que no es necesario prever motivos independientes de oposición a la ejecución hipotecaria basados en la Directiva 2005/29. Culmina el Abogado manifestando que en caso de que una práctica comercial desleal se concrete en una cláusula contractual abusiva, la posibilidad de examinar tal práctica queda contemplada en el contexto del juicio al que se someta la cláusula contractual sobre la base de la Directiva 93/13.

En aplicación de todo lo dicho, el Abogado determina que el art. 11 de la Directiva 2005/29 no se opone a una legislación nacional, como la controvertida en el litigio principal, que no prevé que los tribunales examinen en el procedimiento de ejecución hipotecaria, de oficio o a instancia de parte, la existencia de prácticas comerciales desleales.

Crítica:

Resáltese que el Abogado General no es versado en Derecho español y por ello no acierta a resolver las cuestiones con rigor.

Así, en primer lugar, el Abogado se equivoca al manifestar que la constatación de una práctica comercial desleal, al contrario que la declaración de abusividad de una cláusula, no puede generar efectos jurídicos directos en la relación contractual que une a empresario y consumidor, sino únicamente una sanción para aquel. Sin embargo, nótese que, como ha venido sosteniendo la doctrina civilista española más relevante[4], una práctica comercial desleal puede dar lugar a un desequilibrio contractual. En efecto, aunque la competencia desleal y los contratos están sujetos a normas legales independientes pueden resultar aplicables ambas a un mismo supuesto de hecho. Por ejemplo es claro, que en algunos supuestos de prácticas engañosas o agresivas, además de las normas prohibitivas de la Ley 29/2009 (LCD) y de la Directiva, esos hechos incidirán en la validez del contrato, pudiendo dar lugar a la nulidad del mismo por error esencial en el consentimiento del consumidor. Piénsese en todas aquellas prácticas de comercialización engañosa o agresiva que han determinado la adquisición de un producto

[4] CARRASCO PERERA Á., *Derecho de contratos*, Aranzadi, enero de 2017(BIB 2017\1078); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal.* Aranzadi, marzo de 2011 (BIB 2011\502 y; BUSTO LAGO, J.M.; ALVAREZ LATA, N.; Y PEÑA LÓPEZ F.; *Reclamaciones de consumo*, Aranzadi, noviembre de 2010 (BIB 2010\3206).

distinto del que se creía adquirir o de un servicio en unas condiciones jurídicas totalmente desfavorables para el consumidor. A mayor abundamiento, como ha comentado el Prof. CARRASCO (*Derecho de contratos),* "la circunstancia de que la regulación comunitaria deje inalterado el régimen de los vicios de la voluntad , y aunque en ningún lugar la Directiva ni la LCD afirman o sugieren que la existencia de prácticas desleales activas u omisivas deba ser considerada como dolo *in contrahendo* según el régimen civil de cada Estado miembro, lo cierto es que la descripción de lo que constituye una práctica desleal engañosa en el art. 6.1 de la Directiva coincide con la definición estándar de dolo *in contrahendo:* información falsa o inveraz que engaña o es susceptible de engañar al destinatario y actúa sobre la voluntad negocial del consumidor para hacerle tomar una decisión de compra que no hubiera tomado en otras circunstancias". Por ello, manifiesta el Profesor que "a pesar de que la Directiva no pretende influir en el Derecho de contratos, necesariamente tiene que proyectar sus efectos sobre él". **En consecuencia, la constatación de una práctica comercial desleal sí puede tener incidencia en la validez del contrato si aquella ha provocado que el consumidor tome una decisión negocial que no hubiera tomado en ausencia de tal práctica.** Por ende, no puede ser el motivo para no apreciar una práctica comercial desleal en la ejecución hipotecaria que la constatación de esta no tiene incidencia en el plano contractual, porque en rigor sí puede tenerla.

Es otra la razón por la que no puede apreciarse una práctica comercial desleal en el seno de la ejecución hipotecaria. Repárese que al ser necesarias extremadas formalidades para constituir el derecho de hipoteca, escritura pública y acceso al registro, el procedimiento de ejecución hipotecaria tiene unas causas de oposición limitadas. Así, es evidente que en fase de oposición a la ejecución hipotecaria no pueden alegarse posibles nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió tanto la obligación garantizada como la garantía hipotecaria (ATC 113/2011, de 19 de julio). A mi juicio, la justificación de esta limitación es que el **juez de la ejecución solo puede fiscalizar con concisión elementos que estén reflejados en el título ejecutivo, como las cláusulas contractuales, pero no enjuiciar cuestiones que no tienen porqué tener un reflejo expreso en el título como pudieran ser los vicios del consentimiento o las prácticas comerciales desleales, que deben ser tratadas en el juicio correspondiente (art. 698 LEC) donde el órgano judicial puede tener una percepción plena de las circunstancias que rodearon la contratación**. Nótese que el art. 695.4º LEC respeta esta idea pues permite que la parte se oponga a la ejecución hipotecaria por cláusulas abusivas que la fundamenten o que determinen la cantidad exigible, y que por consiguiente tienen un reflejo expreso en el título ejecutivo. En efecto, cuando el TJUE, en su Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11 (*Aziz*), estableció el juez de la ejecución tenía la obligación de apreciar de oficio cláusulas abusivas lo hizo a sabiendas de que estas estaban dispuestas en el título ejecutivo y que por ello el juez nacional podía fiscalizarlas de manera sencilla, analizando simplemente el título. En este sentido, obsérvese que toda la jurisprudencia en la que el

Tribunal de Justicia ha declarado que el juez de la ejecución tiene la obligación de apreciar de oficio cláusulas abusivas fue dictada en un contexto en el que las cláusulas estaban incorporadas al título ejecutivo y cumplían las características típicas de condiciones generales de la contratación (cláusula suelo, interés de demora, vencimiento anticipado, etc). **Por lo tanto, la razón por la que las prácticas comerciales desleales no deben tratarse en la ejecución hipotecaria es que no están incorporadas al título ejecutivo**. Si estas se incorporaran al título como cláusula predispuesta no negociada quedarían sujetas al examen de cláusulas abusivas.

A mi entender, la cuestión prejudicial del juez español nunca debió ser admitida. Repárese que el juzgador, consciente de que no podía apreciar como abusivas las cláusulas que conformaban la novación porque existió negociación, decidió considerar que esta se había formalizado a partir de una práctica comercial desleal y así preguntar si podía apreciar esta circunstancia de oficio, al ser una materia que, al igual que las cláusulas abusivas, atiende a la protección del consumidor, notoria cuestión de orden público. Pero si existió negociación al consumidor solo le quedaba en puridad demandar al banco solicitando la nulidad de la novación en un juicio declarativo por vicio del consentimiento, o alegar que la novación se formalizó a raíz de una práctica comercial engañosa que provoco que su consentimiento estuviera viciado. Además, a decir verdad, el consumidor no tenía porqué verse perjudicado por el hecho de que no puedan apreciarse en la ejecución nulidades relativas a las circunstancias en que se suscribió el préstamo hipotecario –o en este caso la novación- si, después de haber sido demandado ejecutivamente, hubiese interpuesto una demanda de juicio declarativo solicitando la nulidad de la novación por vicio del consentimiento y pidiendo como medida cautelar la suspensión de la ejecución hipotecaria *para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare* en aquel proceso (721.1 LEC).

5. Sobre las cuestiones prejudiciales segunda y tercera: No puede exigirse el cumplimiento del Código de Buenas Prácticas Bancarias en el seno de la ejecución hipotecaria

Mediante las cuestiones prejudiciales segunda y tercera el órgano jurisdiccional remitente pregunta en síntesis si ¿se puede obligar a la entidad financiera a cumplir un código de conducta de los referidos en la Directiva 2005/29, como el Código de Buenas Prácticas Bancarias, en un proceso ejecutivo hipotecario?

Así las cosas, el Abogado manifiesta que los códigos de conducta se han utilizado en algunos Estados miembros para definir normas y estándares de comportamiento de los comerciantes con carácter voluntario dentro de un sector determinado. El propósito de esos códigos de autorregulación consiste, a juicio del Sr. Wahl, bien en explicar detalles de los requisitos legales a los consumidores en un modo que les resulte comprensible,

bien en fijar determinados estándares sectoriales cuando la normativa no los impone. Además, añade que el control de la conducta solo se ejerce entre los miembros de un sector determinado que se han comprometido a quedar vinculados por un código concreto. En esta dirección el art. 2, letra f) Directiva 2005/29, define "código de conducta" como un "acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de [comerciantes]". Por ende, sostiene el Abogado que, los códigos de conducta quedan caracterizados como un instrumento no vinculante y carente de naturaleza o fuerza de ley por lo que en principio parece contrario a tal definición confiar a los tribunales el cumplimiento forzoso de los aludidos códigos.

Manifiesta el Sr. Wahl que, en relación con la aplicación forzosa de los códigos de conducta, la Directiva no concede al consumidor ninguna vía de recurso contractual particular que le permita imponer el respeto de un código de conducta, por lo que corresponde a cada Estado miembro fijar las consecuencias que se derivan del incumplimiento de tal código, siempre que se garantice la existencia de "medios adecuados y eficaces" para luchar contra las prácticas comerciales desleales. Refiriéndose ya al caso concreto, afirma que el Código de Buenas Prácticas Bancarias prevé un mecanismo de reclamaciones que pueden presentarse ante el Banco de España. Así, las reclamaciones basadas en un supuesto incumplimiento del Código por parte de una entidad bancaria pueden presentarse ante el Banco de España, quien puede entonces imponer sanciones económicas y requerir a los bancos para que observen el Código. Por consiguiente, para el Abogado, esta solución cumple los requisitos de la Directiva 2005/29 en lo que se refiere a los códigos de conducta. Con todo, el Sr. Wahl aclara que el Código de Buenas Prácticas Bancarias no es en realidad un "código de conducta" en el sentido de la Directiva 2005/29 pues en virtud de los artículos 5, apartado 4, y 15 del Real Decreto-ley 6/2012, se basa en un acto jurídico y, una vez que una entidad de crédito se adhiere al mismo, resulta vinculante legalmente.

En consecuencia, declara el Abogado que la Directiva 2005/29 no se opone a una normativa nacional, como la aplicable en el litigio principal, que no reconoce al consumidor una vía de recurso contractual particular en caso de que un comerciante no respete un código de conducta.

Crítica:

Lo manifestado en este punto por el Abogado es también erróneo. Muy al contrario de lo que expresa, el ordenamiento jurídico español sí otorga *enforcement* a los códigos de conducta. En efecto, el art. 39 de la Ley 29/2009 establece que el consumidor podrá entablar las correspondientes acciones judiciales cuando el empresario o profesional

incumpla los compromisos asumidos en un código de conducta[5]. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico español, el código de conducta sí es un elemento vinculante cuyo incumplimiento por el empresario puede dar lugar a que el consumidor interponga las acciones judiciales correspondientes. Y no solo las acciones de cesación o rectificación del acto. Por ejemplo, imagínese que el incumplimiento del código de conducta por el empresario hace al consumidor tomar una decisión de compra que no hubiera tomado en otras circunstancias. Es evidente que esta vulneración del código de conducta podría afectar a la validez del contrato y el consumidor podría accionar contra el empresario solicitando su nulidad por error en el consentimiento. Por otro lado, supongamos que se han incluido aspectos de un código de conducta en un contrato, el incumplimiento de aquel por el empresario puede suponer a su vez un incumplimiento del contrato, que puede originar el nacimiento de la correspondiente acción de cumplimiento o resolutoria, más indemnizatoria en ambos casos, por parte del consumidor. Cuestión distinta es que en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria se pueda exigir el cumplimiento de un código de conducta, anular un contrato viciado por el incumplimiento de dicho código o resolver el contrato por incumplimiento. A mi juicio, **al igual que los asuntos relativos a las circunstancias en las que se suscribió el contrato, las cuestiones tangentes al incumplimiento de un código de conducta deberían tratarse en el proceso declarativo que corresponda, al no afectar propiamente a un elemento del título ejecutivo**. En efecto, si una entidad esta adherida al Código de Buenas Prácticas Bancarias y un prestatario esta en el ámbito de aplicación del mismo, este puede exigir judicialmente la aplicación de las medidas reguladas en el código, pero no en el marco del proceso de ejecución hipotecaria.

[5] El único requisito es que el consumidor inste, con carácter previo al ejercicio de las acciones judiciales correspondientes, ante el órgano de control del código de conducta, "la cesación o rectificación del acto o la práctica comercial de quienes de forma pública estén adheridos al mismo, así como el compromiso de abstenerse de realizar el acto o la práctica desleal cuando éstos todavía no se hayan producido. El órgano de control estará obligado a emitir el pronunciamiento que proceda en el plazo de 15 días desde la presentación de la solicitud, plazo durante el cual, quien haya iniciado este procedimiento previo, no podrá ejercitar la correspondiente acción judicial. Transcurrido el plazo previsto en el párrafo anterior, sin que se haya notificado al reclamante la decisión o cuando ésta sea insatisfactoria o fuera incumplida, quedará expedita la vía judicial"