UNA BUENA TESIS SOBRE LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO*

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

Fecha de publicación: 22 de junio de 2017

Es sabido en este mundillo que una buena parte de las Audiencias Provinciales de España[1] suspenden el curso de los recursos de apelación contra autos dictados en procesos de ejecución hipotecaria, en los que el deudor tanga la consideración de consumidor y se enjuicie la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, hasta que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resuelva las cuestiones prejudiciales formuladas por el Tribunal Supremo en su Auto de 8 de Febrero de 2017.

Como ejemplo de esta práctica habitual, el Pleno Jurisdiccional de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Sevilla considera oportuno la suspensión del procedimiento ejecutivo cuando se cumplan los citados presupuestos, principalmente: (i) porque así lo hizo el Tribunal Supremo cuando tuvo que fallar sobre la retroactividad de los efectos de la nulidad de las clausulas suelo mientras pendían ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuestiones prejudiciales con el mismo objeto; (ii) por la inestabilidad de la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal en relación a la cláusula de vencimiento anticipado, que corre el riesgo de ser declarada incompatible, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con el Derecho de la Unión y; (iii) porque es improbable que la

* 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

[1] Como nos ilustra CARRASCO PERERA, Á. ("Ruido y demagogia en el falso problema de las cláusula de vencimiento anticipado", Publicaciones Gómez Acebo y Pombo, Marzo de 2017 [Consulta: junio de 2017]) las Audiencias de Madrid, Barcelona y Castellón han acordado la suspensión. Asimismo las Audiencias de Asturias, Málaga, Pontevedra, Murcia, Huesca, Zamora, Córdoba, Sevilla, Toledo y otras.

suspensión de las ejecuciones hipotecarias se dilate excesivamente debido a que el Supremo ha solicitado la tramitación de la cuestión prejudicial por el procedimiento acelerado.

Ahora bien, contra la decisión del Pleno Jurisdiccional de suspender las ejecuciones hipotecarias contra consumidores donde hubiese una cláusula de vencimiento anticipado se alzan varios magistrados disidentes, que emiten un sesudo voto particular en el que fundamentan: porqué no debe acordarse la suspensión de la ejecución hipotecaria a causa de la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo y porqué la cláusula de vencimiento anticipado que reproduce el artículo 693.2 LEC vigente en el momento de formalización de la escritura pública no puede ser reputada como abusiva.

1. La cláusula de vencimiento anticipado que reproduce el artículo 693.2 LEC vigente cuando se formaliza la escritura pública no puede ser abusiva

Como cuestión preliminar señalan los magistrados que la mayoría de ejecuciones hipotecarias son de escrituras públicas que se formalizaron con anterioridad al 15 de mayo de 2013, fecha hasta la cual se permitía el vencimiento anticipado por el impago de alguna cuota, incluso una, en virtud del artículo 693.2 LEC ("*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*"). Después, en la citada fecha, se modificó el artículo 693.2 LEC para limitar el vencimiento anticipado a los casos en que el deudor hubiera incumplido, al menos, tres plazos.

Así pues, entienden los jueces que la cláusula de vencimiento anticipado por un impago de la que conocen, que reproduce el artículo 693.2 LEC vigente al momento de formalización del contrato, no puede ser considerada abusiva, pues el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 establece que "*las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas […], no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".* Asimismo, estiman que de los postulados de la STJUE de 26 de enero de 2017 *Banco Primus* se desprende que si la cláusula de vencimiento anticipado de un préstamo con garantía hipotecaria reproduce una disposición legal vigente no puede ser declarada abusiva. Con todo, los magistrados sevillanos aclaran que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea erró en aquella resolución al considerar aplicable al litigio del que conocía, por desconocer el ordenamiento jurídico español, el artículo 693.2 LEC que limita el vencimiento anticipado al impago de los tres plazos, cuya entrada en vigor fue posterior a la formalización de la escritura pública de aquel caso. Así, explican los jueces como el

Tribunal de Justicia, al cometer esta equivocación, consideró que la cláusula de vencimiento anticipado que examinaba, y que permitía la resolución contractual por la falta de pago de cualquier cantidad, no cumplía con el artículo 693.2 LEC que establece el límite de los tres plazos, por lo que estimó que la condición general no reproducía un precepto legal y que por tanto, *ex* artículo 1.2 de la Directiva 93/13, podía ser objeto del control de abusividad.

En resolución, entienden los magistrados que la redacción vigente que introdujo el límite de los tres plazos, por elementales razones de seguridad jurídica y conforme al derecho transitorio tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, solo es aplicable a las escrituras de préstamo con garantía hipotecaria suscritas con posterioridad a su entrada en vigor, y no pueden privar de validez a los pactos hechos al amparo de la legislación vigente en el momento de concertarse, ya que "*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*". Por consiguiente, estiman que las cláusulas que permiten el vencimiento anticipado por el impago de alguna cuota, bastando por tanto una, al amparo de la redacción original del artículo 693.2 LEC, son válidas, aunque en su aplicación hayan de adaptarse a la legislación vigente y jurisprudencia actual, es decir, que para que se le despache ejecución hipotecaria al ejecutante debe aguardar para vencer anticipadamente, al menos, al impago de tres cuotas y en virtud de una falta de cumplimiento grave y definitivo, y no de un mero retraso o incumplimiento puntual.

2. La improcedencia de suspender las ejecuciones hipotecarias contra consumidores donde hubiese una cláusula de vencimiento anticipado

Además, los magistrados consideran importuna la suspensión del proceso ejecutivo hipotecario en estos casos por las siguientes razones:

1ª. *La cuestiones prejudiciales planteadas en ATS 8 de febrero de 2017 no tienen incidencia en el supuesto que enjuician*

A juicio de los magistrados la primera de las preguntas prejudiciales, que versa sobre 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, parte de la hipótesis de base de que la cláusula sea nula por lo que la respuesta no afecta a lo que ellos consideran, es decir, que la cláusula sea valida por reproducir el artículo 693.2 LEC vigente al momento de formalización del contrato. Asimismo, en la segunda pregunta, relativa a si en caso de que la cláusula de vencimiento anticipado sea abusiva puede continuarse la ejecución por ser más

beneficioso para el consumidor, se parte de la premisa de que la cláusula es nula por lo que no tiene incidencia en los casos en que el vencimiento anticipado se considere lícito por basarse en un precepto legal vigente cuando se suscribe el contrato.

2ª. ***Una suspensión excesivamente dilatada de la mayoría de ejecuciones hipotecarias de España***

Los magistrados creen que el hecho de que el Tribunal Supremo haya pedido la tramitación acelerada no implica que el Tribunal de Justicia la vaya a estimar, y aunque lo haga, no supone necesariamente un tiempo de tramitación breve, puesto que dependerá de la carga de trabajo del propio Tribunal (¡ya llevamos más de cuatro meses desde que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial!) . En este sentido, sostienen, que la mayoría de las hipotecas que están ahora en ejecución son anteriores a la reforma de 15 de mayo de 2013 que estableció el límite de los tres plazos y prevén la posibilidad, conforme a la redacción del entonces vigente artículo 693.2 LEC, 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, consideran que acordar la suspensión de miles de ejecuciones hipotecarias en un prolongado espacio de tiempo, sin discernir entre aquellas en que se ha producido un incumplimiento grave o definitivo de aquellos otros supuestos en que no está justificado el vencimiento anticipado, impide a los acreedores recuperar su crédito mediante la ejecución de la garantía que motivó el préstamo. Asimismo manifiestan los jueces que sea cual sea la respuesta del Tribunal de Justicia la suspensión no va a provocar que la deuda quede extinguida, ni aumentar la capacidad económica del ejecutado, sino solo el retraso de la ejecución de la garantía hipotecaria.

3ª. Perversión de la figura de la cuestión prejudicial

Los jueces están en contra de que el planteamiento de una cuestión prejudicial por un tribunal permita a otro que conozca de una situación similar suspender el procedimiento, pues de este modo se atribuye la cuestión prejudicial una especie de "*extensión de efectos*". Consideran los magistrados que si los Tribunales actúan de esta manera se estarían negando a resolver y quedarían a la espera de que se dicte una jurisprudencia que resuelva por ellos el problema, en lugar de resolver los asuntos de los que conocen aplicando la Ley y la jurisprudencia vigente, produciéndose de este modo una jerarquización de la Justicia contraria a la independencia, que es la esencia del Poder Judicial.

4ª. Improcedencia de extender la cuestión prejudicial dimanante de un procedimiento declarativo a un proceso de ejecución.

Según los magistrados disruptivos como la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo se plantea en un juicio declarativo lo que podría suspenderse a raíz de aquella sería un proceso de esta clase, y no una ejecución hipotecaria. Lo anterior lo sustentan en que en un proceso declarativo la cláusula de vencimiento anticipado no se ha aplicado sino que el proceso se promueve ante la eventualidad de que en el futuro se utilice de forma abusiva, sin embargo, en el proceso de ejecución, la cláusula sí se ha aplicado por lo que existe base suficiente para saber si se ha hecho de forma abusiva o, por el contrario, con base a un incumplimiento grave y definitivo.

Conclusiones:

1ª Sobre la interpretación del concepto *disposición legal o reglamentaria imperativa* y el falso problema de considerar que el artículo 693.2 LEC no es una norma imperativa ni dispositiva

La doctrina de los disidentes de Sevilla es, a mi juicio, correcta pero inconsistente en cuanto a la determinación y precisión de si el artículo 693.2 LEC es una disposición de las que se refiere el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, que recoge el principio general comunitario de presunción de adecuación de los derechos internos con el europeo, de forma tal que la cláusula de vencimiento anticipado que reproduzca el meritado precepto, en su redacción vigente al momento de formalización de la escritura pública, no pueda ser objeto del examen de abusividad.

Pues bien, realizando una interpretación literal del art. 1.2 de la Directiva 93/13 parece desprenderse que el precepto únicamente se está refiriendo a disposiciones de carácter imperativo. No obstante, el Considerando 13 de la Directiva 93/13 establece *"que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las* ***normas que, con arreglo a derecho, se aplican***

entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo". De lo anterior podría extraerse una primera conclusión: el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 únicamente hace referencia a normas de carácter imperativo o dispositivo.

Igualmente, de ciertas resoluciones del Tribunal de Justicia y de sus conclusiones precedentes podría concluirse que las disposiciones a las que se refiere el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 deben ser imperativas, es decir, que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección (ATJUE de 5 de julio de 2016, asunto C-7/2016, *Banco Popular* y STJUE de 10 de septiembre de 2014, asunto C- 34/13, *Monika Kusinova*, entre otras); o dispositivas, esto es, las aplicables cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C- 280/13, *Barclays Bank*).

En particular, el abogado general (en las Conclusiones de 2 de febrero de 2016, asunto C-421/14, *Banco Primus)*, declaró que el artículo 693.3 LEC no era una norma de carácter imperativo ni dispositivo porque para producir sus efectos necesita de un acuerdo explícito entre las partes y, que, por tanto, una cláusula que reflejara el citado precepto sí podía ser objeto del control de abusividad. Sin embargo, la fundamentación del Abogado en este punto es débil jurídicamente y, además, en la posterior STJUE de 26 de enero de 2017 el Tribunal de Justicia no confirmó el criterio de aquel, pues de los razonamientos de la sentencia se infiere que si la cláusula de vencimiento anticipado reproduce el contenido del artículo 693.2 LEC vigente en el momento de formalización de la escritura de préstamo hipotecario aquella no queda sometida a las disposiciones de la Directiva 93/13.

Con todo ello, el argumento relativo a considerar que la cláusula que reproduce el artículo 693.2 LEC, vigente en el momento de formalización de la escritura de préstamo hipotecario, sí puede ser objeto del control de abusividad porque el precepto no es una disposición de las que se refiere el artículo 1.2 de la Directiva (norma imperativa o dispositiva) es incorrecto por dos motivos:

1º Porque aunque el TJUE no se haya pronunciado con homogeneidad sobre qué tipo de disposiciones legales quedan comprendidas en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, **sí lo ha hecho la Abogada General, Verica Trstenjak, en las Conclusiones de 13 de septiembre de 2012, asunto C- 92/11, Vertrieb AG**, donde la ponente elabora un concienzudo análisis en el que realizando una interpretación histórica y teleológica del referenciado precepto, conforme a los antecedentes legislativos y los objetivos de la norma, deja claro, en resumidas cuentas, que el **concepto disposición legal o reglamentaria imperativa se está refiriendo a todo el Derecho vigente aplicable a un determinado tipo de**

contrato, sin que el legislador comunitario quisiera diferenciar entre normas imperativas y dispositivas.

A decir verdad, el razonamiento que defiende que solo las cláusulas contractuales que reproduzcan normas imperativas o dispositivas son las que se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 es, a mi entender, absurdo, pues a través de una exégesis histórica y teleológica del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 se infiere que lo que verdaderamente quiso el legislador comunitario fue excluir del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las cláusulas que reproduzcan el Derecho legal vigente, relacionado con un tipo de contrato, de un estado miembro, pues se supone que las disposiciones nacionales, independientemente de la categoría que ostenten, han sido aprobadas por el poder legislativo, el cual ha buscado un equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes a la hora de producir cualquier tipo de normas. Nótese, que el hecho de que una norma sea de una determinada categoría y no de otra no la convierte en una disposición más o menos equilibrada para las partes. A modo de ejemplo, no puede decirse que el artículo 105 de la LH, que establece que, salvo pacto en contrario, la hipoteca no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor, sea una disposición que favorece los intereses del prestatario.

2º Porque aunque cierta jurisprudencia menor española (por todas: SJPI de Oviedo núm. 189/2016 de 21 julio [JUR\2016\201447]) y el Abogado General en las Conclusiones del caso *Banco Primus* digan que el artículo 693.2 LEC no es una norma imperativa porque necesita de un pacto expreso entre las partes, lo cierto, es, que, **el citado precepto fija un requisito obligatorio para que el acreedor pueda acudir al procedimiento de ejecución hipotecaria, es decir, debe pactarse el vencimiento anticipado como regula la citada disposición para poder ejecutar por la vía sumaria**. Nótese, que el concepto de imperatividad que maneja la Abogada General, Verica Trstenjak (*son disposiciones imperativas aquellas que vinculan a las partes y de las que éstas no se pueden apartar mediante acuerdo entre ellas*), subyace en el artículo 693.2 LEC, pues no se puede acudir al procedimiento hipotecario sin que conste la clausula de vencimiento anticipado en la escritura y en el Registro, y no pueden las partes eludir ese requisito procesal. Además, aunque en teoría pueda existir una escritura pública de préstamo hipotecario que no disponga de una cláusula de vencimiento anticipado, aquella carecería de una de sus virtudes primordiales ya que el acreedor no podría ejecutar por la vía especial en caso de impago del crédito, desapareciendo de esta forma unas de las razones fundamentales por la que el acreedor decide conceder el préstamo hipotecario.

Es más, el legislador nacional ha considerado oportuno establecer, en el Anteproyecto de Ley XX/2016 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, "*una nueva regulación imperativa del vencimiento anticipado*" (*vid*. Exposición de Motivos). Es decir, que el poder legislativo entiende que la nueva regulación del vencimiento anticipado es una disposición de carácter imperativo, por lo tanto, el artículo 693.2 LEC, que es sustancialmente parecido –la única diferencia es que prevé un incumplimiento de menor entidad para que puede vencerse anticipadamente el préstamo–, también debe considerarse una norma de tal carácter.

En virtud de todo lo dicho reputamos que la cláusula de vencimiento anticipado que reproduce el art. 693.2 LEC vigente en el momento de formalización del contrato no puede ser declarada abusiva en aplicación del artículo 1.2 de la Directiva, que impide, a través de su interpretación histórica y teleológica, apreciar el carácter abusivo de cláusulas contractuales que reproduzcan una disposición de Derecho nacional vigente relacionado con el tipo de contrato en cuestión.

2º Sobre el principio de seguridad jurídica, el abuso de derecho y la interpretación de las normas conforme a la realidad social

A nuestro juicio, el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exige que no pueda ser considerado ilícito aquello que es acorde a la ley. Asimismo entendemos que no es razonable que se le impida a un acreedor hipotecario que cumplió la legislación vigente a la hora de fijar el vencimiento anticipado recuperar el crédito fallido con la ejecución de la garantía debido a una doctrina jurisprudencial posterior al momento en que se formalizó la escritura de préstamo hipotecario.

Con todo, a pesar de defender la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado que reproduzcan el artículo 693.2 LEC vigente al momento de formalización de la escritura pública, consideramos que los tribunales deben sopesar el posible abuso de derecho que el acreedor hipotecario puede hacer de una cláusula que reproduce una norma legal (*ex* art. 7.2 CC), y, asimismo, interpretar el art. 693.2 LEC conforme la realidad social del tiempo en que han de ser aplicada (art. 3.1 CC), de modo que, si el acreedor ejecutante no aguarda a incumplimiento reiterado que evidencie el estado de morosidad manifiesta del deudor se le deniegue el despacho de ejecución hipotecaria, pues de otra forma no tendría sentido toda la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia (por todas, *Aziz*) que requiere que el incumplimiento del deudor sea de entidad suficiente en relación a la cuantía y duración del contrato para que el acreedor pueda resolver anticipadamente el préstamo hipotecario de forma no abusiva.