

Un repaso de los hitos acaecidos en los últimos años en materia de cláusula de vencimiento anticipado, y describir una tesis que propugna la validez de la cláusula que reproduce el artículo 693.2 LEC vigente cuando se formalizó el préstamo hipotecario

José María Martín Faba
Centro de Estudios de Consumo

1. Una revisión de los hitos acaecidos en materia de cláusula de vencimiento anticipado

Como sabéis, la cláusula de vencimiento anticipado está teniendo una incidencia en el mercado hipotecario español de una magnitud mayor que otro tipo de condiciones generales como la cláusula suelo, la de intereses de demora o la cláusula de gastos, entre otras, pues la declaración de abusividad de aquella puede originar el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria en base al motivo de que la cláusula es fundamento de la ejecución. Asimismo, las ejecuciones hipotecarias contra consumidores donde se enjuicie la validez de la cláusula de vencimiento anticipado pueden quedar suspendidas, pues así lo han acordado multitud de Audiencias Provinciales, hasta que el Tribunal de Justicia de la UE resuelva la cuestión prejudicial planteada por Tribunal Supremo a la que después haré referencia.

En primer lugar debe apuntarse que prácticamente todas las escrituras de préstamo hipotecario de este país que se están ejecutando disponen de una cláusula de vencimiento anticipado que permite al prestamista exigir la totalidad de lo adeudado por el impago de “alguna” cuota, incluso una, probablemente porque el art. 693.2 LEC vigente desde el 8 de enero de 2001 hasta el 14 de mayo de 2013 permitía el vencimiento a causa de la falta de pago de alguno de los plazos, incluso uno. Debe resaltarse además que la posibilidad de vencimiento anticipado por el impago de cualquier cuota ya se preveía en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893 la cual estableció por primera vez un procedimiento especial de ejecución de hipoteca.

Así las cosas, allá por el año 2008, estalló la crisis financiera mundial y a muchos prestatarios les fue imposible pagar las cuotas de sus préstamos hipotecarios. Consecuentemente, los bancos comenzaron a hacer uso de la previsión del vencimiento anticipado y a interponer demandas de ejecución hipotecaria para cobrar su crédito con la venta o adjudicación del inmueble hipotecado.

Fue entonces cuando el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona se percató de que la cláusula que enjuiciaba preveía el vencimiento anticipado a causa de un incumplimiento nimio del prestatario, por lo que pregunto al TJUE mediante auto de 19 de julio de 2011 si la posibilidad de vencimiento anticipado por incumplimientos en un período muy limitado y concreto, evidenciaba su desproporción y consiguiente abusividad. Entonces, el TJUE, en su célebre STJUE 14 marzo de 2013 caso *Mohamed Aziz*, contestó al juez de Barcelona manifestando que para apreciar el posible carácter abusivo de una cláusula de vencimiento anticipado el juez nacional debía examinar, entre otras circunstancias, si esa

facultad estaba prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo.

A causa de la Sentencia *Aziz*, se modificó, a través de la Ley 1/2013, entre otras muchas cosas, el art. 693. 2 LEC. La nueva regulación entró en vigor el 15 de mayo de 2013 y fijó que podría vencerse anticipadamente el contrato en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos.

Pues bien, muchas Audiencias Provinciales, conscientes de que casi todas las escrituras públicas de España que se ejecutaban contenían una cláusula de vencimiento anticipado por un impago y que estas podían no respetar lo manifestado por el Tribunal de Justicia en la STJUE *Aziz* y en el nuevo art 693.2 LEC, rubricaron Acuerdos de Unificación de Criterios (por ejemplo: Barcelona, Madrid y Valencia, entre otras) en los que acordaron que procedía el despacho de ejecución hipotecaria siempre que el acreedor hubiera dejado pasar al menos los tres plazos a los que se refiere el artículo 693.2 de la LEC, con independencia de los términos en los que hubiera estado redactada la cláusula. Por tanto, estas Audiencias no realizaban, en el juicio hipotecario, el examen de abusividad sobre la cláusula en abstracto sino que fiscalizaban el comportamiento real del ejecutante, analizando si este había realizado un uso abusivo de la previsión contractual.

Sin embargo, el Juzgado de Primera Instancia nº2 de Santander dudó de la compatibilidad de esta práctica, de no realizar el control de abusividad en el plano abstracto, con el Derecho comunitario por lo que preguntó al TJUE si debía tenerse por no puesta una cláusula de vencimiento anticipado por cualquier impago aunque el profesional hubiera esperado o incluso superado en la práctica el tiempo mínimo previsto en el art. 693.2 LEC vigente, es decir, tres plazos. Y ya conocemos todos lo que contestó al juez cántabro el TJUE en su Auto de 11 de junio de 2015 caso BBVA:

“Cuando el juez nacional haya constatado el carácter abusivo -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13- de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión”.

Así pues, la famosa frase fue utilizada por una gran parte de las Audiencias Provinciales y Juzgados de Primera Instancia de España como fundamento para declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por cualquier impago y sobreseer el procedimiento de ejecución hipotecaria, aunque en la práctica el acreedor hubiera aguardado a un incumplimiento reiterado del deudor para vencer anticipadamente e interponer la demanda de ejecución hipotecaria.

Entonces, el debate de la validez de la cláusula de vencimiento anticipado llegó al Tribunal Supremo a través de un recurso de casación contra una sentencia dimanante de una acción colectiva. Así, la STS de 23 de diciembre de 2015 estableció de una forma confusa, según mi interpretación, que:

En un proceso declarativo el juez debe valorar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado en abstracto y no su aplicación, por lo que consideró abusiva la cláusula de vencimiento anticipado por un impago que

enjuiciaba puesto que no preveía un incumplimiento suficientemente grave en función de la duración y cuantía del préstamo. No obstante, matizó que podía continuarse la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que a juicio del Supremo suponía el procedimiento de ejecución hipotecaria para el deudor. Así, el Tribunal Supremo determinó que este ejercicio no abusivo se produce siempre que el acreedor espere, al menos, al impago de los tres plazos conforme al art. 693.2 LEC para vencer anticipadamente, y, además, si el vencimiento anticipado se produce por el incumplimiento de una obligación de carácter esencial y suficientemente grave en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo.

Al ser una doctrina poco clara y contradictoria en algunos puntos, gran parte de la judicatura española se negó a suscribirla. Entonces, el Alto Tribunal, consciente del batiburrillo que había originado su doctrina en la jurisprudencia menor, decidió cuestionarla prejudicialmente al TJUE mediante un Auto de 8 de febrero de 2017 en el que, en esencia, preguntó si:

- 1º. Tomando la interpretación del Prof. CARRASCO, podía aplicar la regla *pencil blue test* a la cláusula de vencimiento anticipado y si consiguientemente, la aplicación de esta regla era contraria al Derecho comunitario. Es decir, si en el caso de considerarse nula por abusiva la cláusula que prevé el vencimiento por un impago, se puede separar este elemento abusivo de la previsión válida contenida en dicha cláusula relativa a declarar el vencimiento anticipado por impago de más de una cuota, de manera que esta última pueda mantener su vinculación y eficacia tras la declaración de nulidad del elemento abusivo, y;
- 2º. Si en caso de que la cláusula de vencimiento anticipado sea abusiva puede continuarse la ejecución hipotecaria por ser más beneficioso para el consumidor .

Señálese, que entre medias de la STS de 23 de diciembre de 2015 y el Auto de 8 de febrero de 2017 se dictó y publicó la STJUE de 27 de enero de 2017 *Banco Primus*. A mi juicio, a primera vista, esta resolución no decía nada nuevo en relación al vencimiento anticipado que no hubieran manifestado otras resoluciones del TJUE, como el Auto de 11 de junio de 2015. Ahora bien, después de analizar la resolución me percaté, como haremos referencia a continuación, de que la sentencia contenía un pronunciamiento importante por el que se podía argumentar que la cláusula de vencimiento anticipado que cumple con el art. 693.2 LEC vigente al momento de formalización de la escritura de préstamo hipotecario no puede ser objeto del examen de abusividad.

Dicho esto, a raíz de la cuestión prejudicial planteada por el Supremo un gran número de Audiencias Provinciales de España decidieron, mediante acuerdos de unificación de criterios, a través de resoluciones de sus salas de gobierno o de plenos jurisdiccionales suspender el curso de los recursos de apelación contra autos dictados en procesos de ejecución hipotecaria, en los que el deudor tuviera la consideración de consumidor y se enjuicie la validez de la cláusula de vencimiento anticipado, hasta que el TJUE resolviera la cuestión.

Pues bien, con ocasión de que el Pleno Jurisdiccional de las Secciones Civiles de la

Audiencia Provincial de Sevilla decidiera suspender las ejecuciones hipotecarias si se cumplían los citados presupuestos, los magistrados contrarios a esta postura elaboraron un prólijo voto particular en el que fundamentan, en lo que aquí interesa, porqué la cláusula de vencimiento anticipado que reproduce el art. 693.2 LEC vigente en el momento de formalización de la escritura pública no puede ser reputada abusiva.

2. La tesis de los magistrados disidentes de Sevilla: Es válida la cláusula de vencimiento anticipado que reproduce el artículo 693.2 LEC vigente en el momento de formalización de la escritura pública

Así, los magistrados disidentes estiman que la cláusula de vencimiento anticipado por un impago de la que conocen, que reproduce el art. 693.2 LEC vigente al momento de formalización del contrato, no puede ser considerada abusiva, pues el art. 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 razonamientos 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 no puede ser considerada 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, por lo que consideró que la cláusula de vencimiento anticipado por un impago que examinaba no reproducía un disposición legal y que, por tanto, podía ser objeto del control de abusividad.

En definitiva, entienden los jueces 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 ni licitud 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”. Aunque los magistrados 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, también entienden que en su aplicación han de adaptarse a la legislación vigente y jurisprudencia actual, es decir, que para que se le despache ejecución al acreedor hipotecario debe aguardar 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.

3. Precisión y complementación de la doctrina propuesta por los magistrados escépticos

La doctrina de los escépticos de Sevilla es 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 que el precepto únicamente se está refiriendo a disposiciones de carácter imperativo. Con todo, el Considerando 13 de la Directiva 93/13 establece que *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»*. Asimismo, 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 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*, y otras).

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 podía ser objeto del control de abusividad.

Sin embargo, a mi juicio, el argumento relativo a considerar que la cláusula que reproduce el artículo 693.2 LEC vigente sí puede ser objeto del control de abusividad porque el precepto no es una disposición de las que se refiere el art. 1.2 de la Directiva (norma imperativa o dispositiva) es incorrecto, a mi juicio, por dos motivos:

1º Porque aunque el TJUE no se haya pronunciado con homogeneidad y precisión sobre qué tipo de disposiciones legales quedan comprendidas en el art. 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 existente 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, en teoría, 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. Por ejemplo, normas dispositivas como los arts. 105 LH, 671 LEC y 9 RLMH son en cierta medida perjudiciales para el 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 procesal 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**. Por tanto, en sede de ejecución hipotecaria, el art. 693.2 LEC tiene cierto grado de imperatividad, pues no se puede instar el procedimiento hipotecario sin que conste la cláusula de vencimiento anticipado en la escritura y en el Registro, y no pueden las partes apartarse de esa exigencia o 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.

4. Conclusiones

- 1ª. Considero que la cláusula de vencimiento anticipado que reproduce el art. 693.2 vigente en el momento de formalización del contrato no puede ser declarada abusiva en virtud del art. 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. Por consiguiente, entendemos que los principios constitucionales de legalidad y seguridad jurídica (art. 9.3 CE) exigen que no pueda ser declarado ilícito aquello que es considerado acorde a la ley, no siendo razonable que un acreedor hipotecario que cumplió la legislación vigente a la hora de fijar el vencimiento anticipado de un préstamo hipotecario tenga que sufrir las consecuencias de una doctrina jurisprudencial posterior al momento en que se formalizó la escritura de préstamo hipotecario;
- 2ª. 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 pueden analizar el posible abuso que el acreedor hipotecario puede hacer de una cláusula perfectamente válida y legal (art. 7.2 CC), y, asimismo, interpretar el art. 693.2 LEC conforme la realidad social

del tiempo en que han de ser aplicadas (art. 3.1 CC), de modo que, si el acreedor ejecutante no aguarda a incumplimiento suficientemente grave 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 para que el acreedor pueda resolver anticipadamente el préstamo hipotecario de forma no abusiva;