

Ejecución hipotecaria instada sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado que se reputa abusiva, *o cada día un poco más cerca del abismo*

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Dos oscuras declaraciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas

El artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) reconoce expresamente la licitud del pacto de vencimiento anticipado en sede de ejecución hipotecaria, si bien en el año 2013 se elevó a tres el número mínimo exigido de cuotas impagadas para que el acreedor pudiera solicitar ejecución por el todo.

No obstante, la validez de estas cláusulas se ha convertido recientemente en objeto de debate desde el punto de vista de su tendencial abusividad. Primero, el juzgado de Santander elevó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la que preguntaba si debe tenerse por no puesta una cláusula abusiva de vencimiento anticipado que no respeta el límite del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque el profesional de hecho haya esperado, y acaso rebasado, el límite mínimo requerido en la norma. En su Auto de 11 de junio del 2015 (as. C-602/13), el citado tribunal dictaminó que la circunstancia de que la cláusula no se haya llegado a aplicar no impide que el juez nacional extraiga todas las «consecuencias oportunas» del carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

Luego, el juez de Miranda de Ebro preguntó al mismo tribunal si el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil era conforme con la normativa comunitaria de cláusulas abusivas al permitir

reclamar de forma anticipada la totalidad del préstamo a partir del momento del impago de al menos tres mensualidades, sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes. En el Auto de 8 de julio del 2015 (as. C-90/14), el tribunal confirmó que la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas a las que se les aplique la Directiva 93/13 debe hacerse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato en cuestión y considerando todas las circunstancias que concurren en su celebración.

2. La batalla judicial contra las cláusulas de vencimiento anticipado

Con anterioridad al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio del 2015, la jurisprudencia española más relevante (reforzada por sendos acuerdos de unificación de doctrina de las Audiencias Provinciales de Madrid y Barcelona) sostenía que procede despacho de ejecución hipotecaria, aunque fuese nula (abusiva) la cláusula de vencimiento anticipado por impago de *un plazo*, siempre que, *de hecho*, el acreedor hubiera dejado pasar más de los tres plazos a que se refiere el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, antes de declarar el vencimiento anticipado.

Todavía una recentísima y bien fundamentada resolución del Pleno de los magistrados civiles de la Audiencia Provincial de Baleares (Auto 175/2015, de 24 de noviembre) acaba

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

de sostener y argumentar que ni siquiera es abusiva en préstamo hipotecario la cláusula de vencimiento anticipado por impago de *una cuota* del préstamo.

Pero recientemente dos sentencias de audiencias, que se hacen eco de las citadas resoluciones europeas, decretaron el sobreseimiento de una ejecución hipotecaria a resultas de la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado, que consideran abusiva¹.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4.ª) de 29 de septiembre del 2015 (AC 2015/1517), la parte ejecutada pretende la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo con garantía hipotecaria. Según la cláusula, la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses y plazos de amortización de capital prestado faculta a la parte prestamista para reclamar la devolución íntegra del préstamo.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la oposición a la ejecución, pero la Audiencia Provincial acoge el recurso, trayendo a colación la jurisprudencia comunitaria y en particular el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio del 2015 (C-602/15), que resuelve que el mero hecho de que la cláusula no llegue aplicarse no excluye la posibilidad de que se declare abusiva, aunque, añade, la simple inobservancia del límite del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco debe conllevar *per se* que la cláusula se repute abusiva. El auto de la Audiencia reconoce que la parte ejecutante toleró un número superior de cuotas impagadas al contractualmente previsto, pero no especifica cuántas. También se cita la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo del 2013, en la que se estima que en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los contratos de larga duración debe comprobarse si la facultad

de vencimiento se condiciona a un incumplimiento esencial del deudor y si dicho incumplimiento tiene carácter grave. La Audiencia Provincial finalmente llega a la conclusión de que la cláusula en cuestión es nula por resultar la facultad de vencimiento anticipado manifiestamente desproporcionada. En consecuencia, se declara la nulidad de la cláusula entera, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea impide que el juez nacional proceda a moderarla. Decae el fundamento de la ejecución y se decreta ésta sobreseída.

En el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1.ª) de 30 de octubre del 2015 se analiza un supuesto similar. Aunque en la escritura del préstamo hipotecario se incluyó una cláusula por la que la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas confería la facultad de dar por vencido el préstamo, la entidad esperó hasta que se acumularan cinco mensualidades impagadas. El ejecutado se opuso a la ejecución, alegando, entre otros, la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado. El juzgado desestimó la petición en este punto al entender que, cuando se dio por vencido el préstamo, el número de cuotas impagadas superaba el mínimo de tres fijado por el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero la Audiencia Provincial discrepa de este criterio. En prolija argumentación explica que el juez debe valorar el carácter abusivo de la cláusula exclusivamente en el momento de celebración del contrato, sin que pueda sopesar el modo en que aquélla se hubiera aplicado o dejado de aplicarse. En consecuencia, declara la nulidad y el sobreseimiento de la ejecución, dado que desaparece la facultad que se reservaba la entidad de dar por vencido el préstamo y, en consecuencia, para instar la ejecución. Rechaza la posibilidad de estudiar la concurrencia de los presupuestos del artículo 1124 del Código Civil para dar por resuelto el contrato, al entender que el carácter formal del procedimiento

¹ También los jueces de primera instancia de Valencia aprobaron el 17 de julio del 2015 un documento de unificación de criterios en relación con la abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado, siguiendo la línea de la jurisprudencia comunitaria citada. Según dicho documento, la unificación de criterios no se limita a los procesos de ejecución hipotecaria, siendo aplicable también a la ejecución de títulos extrajudiciales siempre que la cláusula se halle inserta en un contrato celebrado con un consumidor.

de ejecución resulta reñido con un debate de fondo sobre la concurrencia de requisitos de la acción resolutoria.

Afortunadamente, esta jurisprudencia no es unánime, como se aprecia con la lectura del Auto de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.ª) de 17 de septiembre 2015 (JUR 2015/271026).

3. Crítica de la doctrina emergente

Sin duda, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra citado es la resolución más concienzuda y detallada que se ha dictado hasta la fecha sobre el asunto de la irreversibilidad de la nulidad de la cláusula y la improcedencia de tomar en consideración el comportamiento real del acreedor, que pudo haber esperado tres o más impagos para proceder al vencimiento anticipado. Por eso centraré mi discurso en el contexto de esta resolución judicial.

Los argumentos desarrollados en esta prolija y trabajada resolución no me parecen sostenibles.

4. ¿Qué dice realmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea?

El punto más importante que considerar es la remisión que continuamente se hace al Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 junio del 2015. La doctrina de esta resolución, oscura y poco matizada, además, no puede construirse sobre la base de entender que el juez nacional haya de proceder a la declaración de nulidad y *sobreseimiento del despacho de ejecución* por el hecho de que la cláusula fuera nula en origen, aunque «no haya sido aplicada» por el predisponente. Lo que dicho auto afirma es, por demás, obvio, y no debe extremarse en sus consecuencias. En efecto, la cláusula ha de reputarse nula si está afectada por la patología de nulidad y deben aplicarse las consecuencias propias de la nulidad declarada, las «consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión». Pero el juez comunitario no ha dicho que resulte incorrecta y sobreseíble una ejecución en la que se ha despachado ejecución por vencimiento anticipado por impago de cinco cuotas, aunque en el título se permitía

hacerlo por el impago de una simple cuota. El juez comunitario no ha sostenido —ni podía sostener— que la nulidad de la cláusula de vencimiento haya de producir tales consecuencias adicionales o indirectas. Simplemente, sostiene lo obvio, a saber, que si no se puede despachar ejecución por un impago, entonces no se puede despachar ejecución sobre la base de una integración posterior de la laguna dejada por la nulidad.

5. No existe integración prohibida de la cláusula de impago

Parece ser que el núcleo del problema está en la integración de la cláusula abusiva. El argumento —que se va a criticar aquí— sería como sigue. Dado que la cláusula de vencimiento por impago de un plazo es nula por abusiva, el juez nacional no puede proceder a integrarla con una reducción conservadora de validez derivada del artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, como tampoco podría, por ejemplo, «reducir» la tasa de intereses moratorios en una cláusula de intereses declarada abusiva. Pero la cláusula nula de vencimiento no ha sido *integrada* por el artículo 693.2 de dicha ley. De hecho, ni siquiera la cláusula de vencimiento pactada constituyó el «fundamento de la ejecución», empleando los términos que usa el artículo 695.3 II de la misma ley. La cláusula que se hizo valer fue la que establecía que el acreedor podría ejecutar por *impagos* de las cuotas y otras obligaciones dinerarias, *incluso una*. Pero esto último es todo el contenido de la cláusula que es abusivo. El resto de la cláusula no es una integración de lo nulo, sino un supuesto de hecho independiente en virtud del cual el acreedor puede anticipar el vencimiento si el deudor incumple.

6. La cláusula de «un solo incumplimiento»

Mas supongamos, en aras del argumento, que la cláusula esté así diseñada en exclusiva como cláusula de vencimiento *por un solo incumplimiento*. Es evidente para cualquiera que una cláusula de este tenor es *suprainclusiva*. La cláusula declara que el acreedor puede provocar el vencimiento (o la resolución) por uno, dos, quince, innumerables incumplimientos. Ningún número de incumplimiento superior

a uno es una *integración de laguna contractual*, sino la realización del supuesto de hecho mismo de la cláusula. Incluye ésta todas las cantidades superiores a uno. Esta inclusión es parte del contenido mismo de la cláusula, no una reintegración de la cláusula (nula) de un solo incumplimiento. Para que se pueda provocar el vencimiento por veinte impagos no ha sido preciso reconstruir el supuesto de hecho. En esta tesitura *un solo incumplimiento* no es la cláusula definida como relevante, sino una parte infinitesimal (porque la serie de los números es indefinida) de una cláusula supraintegrada en su misma formulación. La nulidad eventual (de un plazo) será nulidad de una parte exigua de la cláusula de vencimiento, no de toda la cláusula de vencimiento por impago.

7. Relevancia del incumplimiento y abusividad de la cláusula

No es lo mismo nulidad o validez parcial de la cláusula abusiva (que es lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sanciona como inadmisibles) que la nulidad total de un supuesto de hecho parcial de una cláusula contractual más amplia. Si se elimina todo el supuesto de hecho que es abusivo, pero sólo ese supuesto de hecho, la validez del resto del supuesto de hecho no es una «integración» (prohibida) de una cláusula *enteramente* nula, sino contenido contractual ajeno a la parte nula. Es cierto que la jurisprudencia viene sosteniendo que el incumplimiento preciso para provocar la anticipación ha de ser «relevante». Pero eso no quiere decir que el acreedor pierda la capacidad de vencer anticipadamente si lo hace sobre una cláusula que se refiera a incumplimientos del deudor *que la propia cláusula no cualifica ni condiciona adicionalmente como relevantes*. La «relevancia» es una cualificación del incumplimiento resolutorio, una cualificación del *remedio* resolutorio o de vencimiento, pero no un contenido necesario de una cláusula de vencimiento o resolución, cuya omisión la condene *eo ipso* como abusiva. En consecuencia, si el juez ha podido apreciar que el incumplimiento ha sido relevante, ya no tiene que considerar si el fundamento de la ejecución era aquella parte de cláusula que establecía que *incluso por un impago* se podía vencer anticipadamente. Es

evidente que, si una cláusula se formula de modo desmañado en forma tal que el crédito puede declararse vencido o resuelto por un incumplimiento *incluso irrelevante*, la consecuencia no puede ser que no quepa vencimiento o resolución por un incumplimiento *relevante*.

Ocurre lo mismo con una cláusula ordinaria de resolución por incumplimiento. Una cláusula de este tipo no puede ser abusiva porque haya omitido la cualificación de «relevancia» del incumplimiento. Esta cualificación («relevancia») pertenece al examen de suficiencia de la resolución, que se realiza *officio iudicis* en sede de ponderación sobre procedibilidad de la acción, pero no es un elemento negativo de la cláusula en sí que, omitido, la haga irreversiblemente abusiva si la contraparte es consumidor. Porque entonces el acreedor ya no podría resolver nunca el contrato por incumplimiento, toda vez que, seguiría el argumento que critico, el juzgador estaría integrando la nulidad de la cláusula con la disposición legal del artículo 1124 del Código Civil.

8. Relevancia del incumplimiento y límites del juicio ejecutivo

Según el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, no se podría aplicar el control de «relevancia» del incumplimiento en trámite de oposición hipotecaria fundada en el artículo 695 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es cierto, pero ello es consecuencia del modo en el que el juicio de ejecución hipotecaria y la ejecución en general han sido diseñados por la ley. La circunstancia de que el control de «relevancia» del incumplimiento no pueda ser discutido, salvo limitadamente, en el procedimiento de ejecución no quiere decir que la cualificación legal del remedio en cuestión (en este caso, el vencimiento anticipado) deba ser arrojada al nicho de la causa de oposición (a la ejecución) basada en la abusividad de una cláusula. No puede ser abusiva una cláusula que de hecho conduce a que el ejecutado no pueda defenderse de la forma en que habría podido hacerlo si la ley hubiera dejado enteramente abierta la fase de cognición del ejecutivo. Es una decisión del legislador. No es abusiva la cláusula que no condiciona el incumplimiento resolutorio a la exigencia de

que sea relevante, siempre que la discusión sobre este extremo quepa en el marco del artículo 698 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (juicio ordinario posterior). La razón es la misma que concurre en otras causas de oposición que no pueden ventilarse en el ejecutivo ordinario o especial, por ejemplo, una pluspetición no fundada en causa tasada del número 2.º del artículo 695.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una causa de oposición fundada en fraude de acreedores, en una tercería de dominio distinta de la del artículo 696, en una tercería de mejor derecho, en una causa de nulidad resultante de incapacidad natural, en la alegación de hallarse el deudor por debajo del umbral de exclusión social, etc. Para que todas estas contingencias fueran absorbidas por la causa de oposición consistente en abusividad de la cláusula, tendríamos que sostener que es abusiva toda cláusula que permite disparar la ejecución sin excepcionar expresamente el caso de fraude de acreedores, de pluspetición, de tercería de mejor derecho, de pobreza extrema del deudor, etc.

9. Abusividad a pesar de la concurrencia de tres impagos

La conclusión que se acaba de proponer es también importante para las hipotecas futuras. Al igual que ocurre con la cifra de «tres veces el interés legal del dinero» del artículo 114 III de la Ley Hipotecaria, tampoco el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil constituye un estándar definitivo de no abusividad. Es un mero *plafond* legal, que ha de cumplirse porque se trata de norma imperativa, pero con el que el legislador nacional no puede pretender haber integrado para siempre el juicio de abusividad de la Directiva 13/93 y que no impide una declaración de abusividad *incluso dentro de la legalidad del plafond legal*². Si ocurriera que un contrato de crédito o préstamo determinara el vencimiento de las obligaciones *por impago de tres cuotas*, pero un juzgador reputara todavía como abusiva la cláusula a pesar de que se ha respetado

aquel umbral, no podría sobreseerse la ejecución hipotecaria si, con todo, el acreedor hubiera esperado, digamos, siete impagos, porque el fundamento de la ejecución no sería *la parte nula del supuesto de hecho* («incluso por tres cuotas»), sino la cláusula que permite vencer por un incumplimiento que *ex post* —una vez más, *officio iudicis* y no por la redacción anticipada de la cláusula— se estima merecedor de sanción.

10. ¿Diferencia entre ejecución ordinaria e hipotecaria?

El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra es incorrecto cuando pretende distinguir entre ejecución hipotecaria y ejecución ordinaria en presencia de una cláusula (seditamente abusiva) de vencimiento anticipado. Según nos dice, en la primera no es el crédito lo que se ejecuta, sino la hipoteca, y la cláusula de vencimiento sería de esencia de esta ejecución de la garantía misma. Considero incorrecto el predicado de que «la cláusula de vencimiento anticipado en relación con el impago y el cierre de la cuenta aparecen como elementos sobre los que se articula la pretensión concreta y configuran la causa de pedir». Pero, si es correcto, su verdad vale igual para la ejecución ordinaria. Y aunque el propio auto reconoce que su postulado es falso porque admite que puede procederse a la ejecución hipotecaria sin que se declare vencida la totalidad del préstamo, resulta que «no es éste empero el sentido primigenio de la hipoteca». ¿Por qué no? La distinción que se hace entre lo dispuesto en el artículo 561.1 y el contenido del artículo 695, en el sentido de que la cláusula de vencimiento es «fundamento» de la ejecución en el segundo caso, pero no en el primero, se basa en una consideración sin importancia más allá de la diferencia textual. Lo que quiere decir el artículo 695.1.4.^a (producido atropelladamente en el desconcierto causado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea *Aziz*) es que «no todo el monte es orégano» y que no toda apreciación

¹ En su radicalismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra va incluso más allá. El artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni siquiera está sosteniendo que el umbral de las tres cuotas impagadas determine la legalidad de la cláusula de vencimiento anticipado, validez que habría que buscarse en otra fuente, al margen incluso del régimen de las cláusulas abusivas.

de abusividad condenará al sobreseimiento de la ejecución. Es lo mismo que lo que en términos parecidos declara el artículo 561.1.3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En la praxis, además, no abundan más las cláusulas de vencimiento anticipado en hipotecas que en ejecuciones ordinarias. Es más, la cláusula de vencimiento anticipado es el fluido vital de las ejecuciones ordinarias despachadas sobre títulos no judiciales ni arbitrales, mientras que las hipotecas de largo plazo (por ejemplo, las de rentas) pueden vivir cómodamente con un despacho por cantidad parcial.

11. Ejecutivo y declarativo

El Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra incurre a continuación en una comparación inapropiada. Según la resolución, se discriminaría al consumidor que por acción individual o colectiva solicita nulidad de la cláusula en juicio declarativo, porque en éste supuesto sólo se tendría en cuenta la redacción de la cláusula y no su efectiva aplicación. Exigir otra cosa en la ejecución judicial —sigue el auto— resultaría contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal. Pero se trata de un argumento inconducente. Cuando la nulidad de una cláusula se declara en un juicio declarativo, el juzgador sacará de ello las «consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión», que es, en efecto, la declaración de nulidad. Pero, cuando una cláusula o parte de una cláusula se declara nula en un procedimiento de ejecución, la «consecuencia oportuna» de ello no consiste necesariamente en sobreseer la ejecución, como, por demás, bien claro dejan los artículos 561.1.3.º, 575.2 y 695.3 II de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

12. Contra el formalismo

El último reproche que quiero hacer al Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra es el de su formalismo. La teoría sobre la «causa de pedir» y el papel que en ello desempeña la cláusula de vencimiento anticipado, desarrollada al final de los fundamentos de derecho, llega a un resultado inaceptable desde el punto de vista de la justicia individual y de la racionalidad económica del proceso civil. Como resulta ahora que la cláusula de vencimiento

no es el fundamento de pedir en la ejecución ordinaria, pero sí lo es en el hipotecario, el acreedor, que ve inopinadamente sobreseído el juicio hipotecario, puede perseguir la ejecución de su hipoteca por la ejecución ordinaria, aunque de hecho el control de abusividad que se practica sobre las cláusulas contractuales sea el mismo en uno y otro juicio ejecutivo. Y si la doctrina europea tan traída y llevada, sobre la base del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio del 2015, obliga a sacar la «consecuencia oportuna» de la nulidad de la cláusula, aunque no haya sido aplicada, no se alcanza a ver que la oportuna consecuencia deba ser distinta en un vencimiento declarado tras incumplimiento de seis plazos en el ejecutivo ordinario y en el hipotecario. De hecho, esto es lo que afirman los jueces de Valencia, y lo que se acabará imponiendo, con la consecuencia descomunal de que 1) el acreedor hipotecario no podrá declarar *nunca* el vencimiento anticipado del crédito, ya que esta declaración *siempre se soportaría sobre una cláusula nula*; 2) a lo sumo —y tampoco es evidente— el acreedor hipotecario podría obtener una ejecución de la garantía en un procedimiento declarativo, haciendo valer que el contrato deba declararse vencido por una especie de aplicación analógica del artículo 1124 del Código Civil.

13. Lo malo de las sentencias que no miden el impacto social del dogmatismo

Las consecuencias de la doctrina que se critica son devastadoras en el mercado del crédito hipotecario español. Muchas escrituras hipotecarias vivas contienen una cláusula de vencimiento *incluso por un impago*. Para que esta condición no causara la impracticabilidad de la ejecución hipotecaria, sería preciso hoy novar la cláusula en cuestión; no bastaría con esperar tres, seis o diez impagos. Como es presumible que el deudor bien advertido no se deje convencer de la conveniencia de la novación, los acreedores hipotecarios tendrán que acudir el procedimiento de ejecución ordinaria, más largo y más costoso. Y así, todos a la par —los jueces los primeros— contribuimos, cada día un poco más, a destrozarnos el sistema de ejecución hipotecaria, que ha sido el aceite que ha lubricado y lubrica la concesión de crédito hipotecario para las familias que aspiran,

con razón o sin ella, a una vivienda habitual en propiedad. Y aunque no se aceptara la procedencia de esta premonición, ya hace

mala en origen una teoría que su consecuencia natural sea premiar *tan injustamente* el oportunismo de los incumplidores.