

Ruido y demagogia en el falso problema de las cláusulas de vencimiento anticipado hipotecario

Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Las Audiencias de Madrid, Barcelona y Castellón, al menos, han decidido en sus salas de gobierno que se suspendan las ejecuciones hipotecarias contra consumidores donde hubiese una cláusula de vencimiento anticipado que pudiera verse afectada por la cuestión prejudicial instada por el Tribunal Supremo. Existen un ruido y una demagogia interesados o absurdos en este falso problema.

Primero: averigüemos de qué cláusula estamos tratando

Como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha vuelto a pronunciar (en términos irrelevantes, frente a lo que se clama comúnmente) sobre la cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios al consumo en la Sentencia de 26 enero del 2017, y la Sala Primera del Tribunal Supremo ha elevado al Tribunal de Luxemburgo una cuestión de constitucionalidad, que nace de los pésimos términos en que se redactó la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, de 23 de diciembre, sobre la validez de esta cláusula en su Auto de 8 de febrero del 2017. La primera pregunta del Tribunal Supremo está algo defectuosamente formulada —peligroso, teniendo en cuenta lo sumario que es el entendimiento del Tribunal de Justicia—, aunque bien explicada en el fundamento de derecho sexto, y debería responderse positivamente, salvando de esta forma el batiburrillo mostrado por los «violentos anticláusula» y dando por bueno un vencimiento anticipado en que el deudor ha dejado impagados plazos no inesenciales.

La oportunidad de esta cuestión —advierte el Tribunal Supremo— fue sugerida por el recurrente en un momento ulterior. Aunque no sé de dónde pudo sacar la idea el recurrente, me parece que está tomada de estas palabras mías (disponibles en la web de Gómez-Acebo & Pombo, Gestión del Conocimiento) escritas hace un año a propósito de lo que me parecía una perversa aplicación de la regla (STJUE de 14 junio 2012) de «nulidad sin moderación ni integración judicial», o la regla «todo o nada». Yo decía entonces lo siguiente:

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

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.

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. 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.

Más o menos es lo que ahora fundamenta el Tribunal Supremo en su auto y lo que le pide —en términos no del todo correctos ni suficientemente generales («que prevé el vencimiento anticipado por impago de una cuota, además de otros supuestos de impago de más cuotas»)— al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que se pronuncie. Creemos que la respuesta debe ser incondicionalmente positiva, que lo debió ser siempre y que no tenía que haberse planteado el presente batiburrillo sobre la cláusula de vencimiento anticipado. Porque la cláusula de vencimiento incluso por un plazo es siempre parte de una cláusula de vencimiento más amplio, que sólo en una fracción léxica está afectada por la nulidad; y esto no es integración ni moderación de lo nulo.

Con todo, parece que el Tribunal Supremo no ha entendido correctamente el argumento. La validez de un vencimiento por incumplimiento sustancial no sólo procede en el caso que pregunta dicho tribunal, porque resulta difícil imaginar una redacción de una cláusula que afirme insensatamente que «procede el vencimiento anticipado por incumplimiento de cuatro cuotas, e incluso de una cuota». Y, si el Tribunal de Justicia responde positivamente a esta pregunta (como tal, absurda), volverá a surgir el debate de si dicha respuesta positiva se aplica a las cláusulas de vencimiento anticipado que verdaderamente existen.

Segundo: atentos al Derecho dispositivo

Vayamos al artículo 1119.1.º del Código Civil. Se ha contraído una deuda *no garantizada*, el deudor ha devenido «insolvente» y el acreedor declara lícitamente el vencimiento anticipado. Se dirá que este precepto no es aplicable a nuestro caso, porque se trata de un préstamo hipotecario. Mas no es cierto. Veamos: el deudor contrae una deuda hipotecaria, impaga un plazo y el acreedor declara el

vencimiento anticipado para poder cobrar la deuda. Obsérvese que la hipoteca existente pertenece al supuesto previo de la deuda, porque la garantía que, según el precepto, el deudor debe aportar para impedir el vencimiento anticipado, es una garantía *para cubrir la nueva contingencia del incumplimiento, no para cubrir la antigua contingencia de la deuda*, que se contrajo como no garantizada o como sujeta a una hipoteca.

Si tenemos en cuenta, además, que «insolvencia» es un término definido en la Ley Concursal como no atendimiento al pago de las obligaciones vencidas, el deudor que impaga un plazo es «insolvente» con todas las de la ley. Si quiere evitar el vencimiento por el artículo 1129.1.º, tiene que aportar *una nueva garantía*, porque la hipoteca existente cubre la deuda original, pero no la nueva contingencia de deuda.

Es por tanto el caso que, al redundar en una norma de Derecho dispositivo, la cláusula de vencimiento por impago de una deuda no podría haber sido declarada abusiva. Ahora bien, una vez que ha sido declarada de esta suerte, lo que sí procederá al menos es aplicar el Derecho supletorio, El Derecho supletorio no es «integración» de nulidad a los efectos de la regla «todo o nada», porque el acreedor podría siempre aplicarlo, de ahí su naturaleza, y no podría ser apartado sino por un pacto en contrario, pero no por la nulidad de una cláusula contractual que es abusiva. De hecho, es perfectamente posible concertar una escritura de hipoteca sin mencionar siquiera el vencimiento anticipado, dejando las cosas a la aplicación supletoria del artículo 1129.1.º.

Tercero: No perdamos de vista la exigencia de buena fe

Aunque no está claro que con ello hayan querido abrir otra vía discursiva, hay sentencias de Audiencias que recientemente apelan a la mala fe y al abuso que supone que el deudor insistentemente impagador oponga en el ejecutivo la nulidad de la cláusula de impago por una cuota, cuando el banco esperó mucho más para declarar el vencimiento.

La cuestión es obvia, y tampoco está sujeta a los efectos draconianos de la regla comunitaria que prohíbe moderar o integrar la cláusula nula. La excepción de abuso de derecho es una excepción propia, en ningún caso disponible ni neutralizable. Ello resulta de modo indubitado del artículo 247 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). *Mala fides non auditur*. El juzgador deberá en estos casos dejar pasar el trámite de oficio del artículo 552 y, cuando el deudor o hipotecante oponga la nulidad por el artículo 695.1.4.º, recurrir a la excepción de abuso. La excepción de abuso no se aplica porque la cláusula sea nula ni tiene su encaje en el supuesto de que se genere una laguna por su nulidad, ya que su aplicación es incondicional. En efecto, la cláusula es nula, pero no podrás proceder con abuso de derecho, desestimándose tu oposición vía excepción.

Cuarto: la inconsistente segunda pregunta prejudicial

En una memorable frase autocontradictoria de la Sentencia del Tribunal Supremo 705/2015, el tribunal afirma reproducir de un lado la doctrina del Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio del 2015 (esto es, «cuando se juzgue la validez o nulidad de la cláusula no hay que atender al modo en que la cláusula haya sido efectivamente aplicada»), pero de otro («es decir!») afirma que los tribunales deben valorar en el caso concreto si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado está justificado: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento. Además de incurrir en esta contradicción, el Tribunal Supremo entendió que procedía

integrar la cláusula nula de vencimiento anticipado, ya que, por las razones que el tribunal aduce, *era mejor para él ser demandado en el ejecutivo hipotecario que fuera de él.*

Naturalmente, al menos la mitad de la judicatura española se negó a seguir la doctrina del Tribunal Supremo. Primero, por contradictoria. Segundo, por chocante. Suponiendo que hubiera previstas algunas facultades salvadoras del deudor en la ejecución hipotecaria (se citan por ejemplo, los arts. 693, 579, 682 LEC), ¿qué impediría extenderla a una ejecución de otro tipo o incluso al declarativo? En cualquier caso, ¿no es mejor no ser ejecutado *at all* que gozar del derecho a los tres pagos del artículo 693.3 y alguna otra minucia que de hecho al deudor de nada le sirve? Pero, para decirlo de un modo más claro aún: si una cláusula es nula por abusiva en el ejecutivo hipotecario o general, también lo será en cualquier otro procedimiento, incluso el declarativo, por lo que no podrá existir sentencia de condena estimatoria susceptible de ser ejecutada.

Como el Tribunal Supremo se ha visto asaltado por la reacción, ha buscado defender su propia doctrina mediante el autoplanteamiento de la cuestión de constitucionalidad. Mas la pregunta que formula al Tribunal de Justicia de la Unión Europea es insana, retorcida. Se pregunta si es hacedero para el tribunal seguir adelante con la ejecución hipotecaria cuando ello es más ventajoso que el sobreseimiento del procedimiento hipotecario y acudir a otras vías menos favorables. Yo me imagino que el Tribunal de Justicia se quedará extrañado de la pregunta, y como no es probable —los antecedentes lo avalan— que la Sala esté bien documentada en Derecho procesal e hipotecario español, evidentemente tendrá que dar una respuesta positiva a la pregunta, pues lo contrario sería perverso. Pero la respuesta habrá sido también aquí *inutiliter data*. Los jueces críticos, que son ya legión, dirán que eso está muy bien, pero que no hay nada favorable en el procedimiento de ejecución hipotecaria que no sea su propio sobreseimiento: en eso sí es más favorable que el resto de las vías procesales.