

PRECLUSIÓN DEL PLAZO DE OPOSICIÓN, COSA JUZGADA FORMAL Y VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA: MUCHO RUIDO Y POCAS NUECES CON LA STJUE DE 26 DE ENERO DE 2017*

Cuestión prejudicial planteada mediante AJPI nº 2 de Santander de 10 de septiembre de 2014 (JUR 2015 1360169)

José María Martín Faba**

Centro de Estudios de Consumo
Contratado predoctoral investigador
Universidad de Castilla-La Mancha

Una y otra vez, el JPI nº 2 de Santander interpela al TJUE con la finalidad de conocer si preceptos o praxis judiciales españolas son conformes con los postulados de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Es sabido, al menos, por los que están familiarizados con las ejecuciones hipotecarias, que una duda pasada suya fue la causa del célebre ATJUE de 11 de junio de 2015, del que se sirven muchos Juzgados y Audiencias para sobreseer ejecuciones hipotecarias al declarar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado "por cualquier impago", aunque el ejecutante en la práctica no haya hecho uso de la cláusula y haya esperado a impagos reiterados del deudor para declarar vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la hipoteca.

La sentencia que se comenta ha sido objeto de tergiversación por parte de medios de comunicación sensacionalistas, llegándose a proclamar que a la luz de la doctrina que asienta deberán sobreseerse todas las ejecuciones hipotecarias de España. Esto es mentira, la STJUE de 26 de enero de 2017 apenas aporta doctrina novedosa y casi todos sus postulados ya habían sido establecidos en otras resoluciones del TJUE.

De nuevo, las preguntas del órgano remitente se suscitan en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria.

* 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. Hechos que motivaron el planteamiento de la cuestión prejudicial

Todo empezó, como siempre, con la concesión en junio de 2008 de un préstamo hipotecario por parte del banco a un consumidor. Como consecuencia del impago de siete mensualidades consecutivas, en marzo de 2010, el banco declaró el vencimiento anticipado del préstamo y reclamó la totalidad del capital pendiente de devolución, más los intereses ordinarios, moratorios, costas y gastos. Una vez acordado el despacho de ejecución se procedió a la venta en pública subasta del bien hipotecado. En enero de 2011 tuvo lugar dicha subasta, a la que no compareció ningún postor, adjudicándose finalmente el ejecutante el inmueble en marzo de 2011 por el 50 % del valor de tasación del mismo. En abril de 2011, el banco solicitó la entrada en posesión del bien, que fue diferida por tres incidentes sucesivos. Al tiempo que se ventilaban estos incidentes entró en vigor la Ley 1/2013, lo que permitió al juez pronunciarse de oficio y declarar abusivos los intereses de demora. Luego, en abril de 2014, se dictó el último auto incidental que decretó la no suspensión del lanzamiento. Poco después, en junio de 2014, el prestatario formuló incidente extraordinario de oposición a la ejecución alegando la abusividad de la cláusula de intereses de demora, aunque existía, como dijimos, un auto donde quedaban anulados y reducidos a cero. A raíz de la oposición el Juez de Santander tras suspender el lanzamiento, en junio de 2014, reestudio el título ejecutivo y puso de manifiesto que subsistían dudas en cuanto al carácter abusivo de determinadas cláusulas del contrato de préstamo diferentes de la de intereses de demora, en particular:

- De la cláusula relativa a los intereses ordinarios en la que se estipula el cálculo de los mismos con arreglo a una fórmula que divide el capital pendiente de devolución y los intereses devengados por el número de días que conforman un año comercial, esto es, por 360 días $[c \times r / 360 \times 100]$, y;
- De la cláusula de vencimiento anticipado en virtud de la cual el banco podrá exigir la devolución inmediata del capital, de los intereses y de los demás gastos, entre otras razones, cuando se produzca la falta de pago en la fecha convenida de cualquier cantidad adeudada en concepto de principal o intereses.

En este contexto al juez cántabro le surgieron varios interrogantes:

- Por una parte, constató que el prestatario había formulado la oposición extemporáneamente ya que había expirado el plazo preclusivo de un mes fijado por la DT4ª de la Ley 1/2013 para oponerse al despacho de ejecución por cláusulas abusivas en los procedimientos ejecutivos vivos a la entrada en vigor de la citada norma que no hubiera culminado con la puesta en posesión del inmueble al adquirente;
- Por otra, evidenció que el artículo 207 de la LEC, que regula el principio de cosa juzgada formal, impediría realizar un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas del contrato sobre el que versa el litigio principal, dado que la legalidad de dicho contrato ya había sido objeto de apreciación en el marco del auto de junio de 2013, el cual había adquirido firmeza;

- Asimismo, indicó que incluso en el supuesto de que procediera declarar abusiva la cláusula de vencimiento anticipado del contrato la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS de 21 de abril 2014 caso *Polaris* [RJ 2014/3281]) le impedía declarar esa cláusula nula y dejarla sin aplicar dado que el banco no la había aplicado en la práctica sino que había actuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, al esperar a que se produjera el impago de siete mensualidades para declarar el vencimiento anticipado. Como veremos, la sentencia del Supremo que cita el juez de Santander no le impide declarar la cláusula de vencimiento anticipado nula y dejarla de aplicar en un proceso de ejecución hipotecaria porque el banco hubiera respetado en la práctica el plazo del artículo 693.2 LEC, ni siquiera trata sobre este tema.

La incertidumbre a la que se enfrentaba el JPI de Santander se refleja en el prolijo auto que plasma la cuestión prejudicial, en el que el juzgado de instancia planteó un arsenal de preguntas variadas que pueden reconducirse del siguiente modo:

- 1.º Si es compatible la DT4º de Ley 1/2013 con la Directiva de cláusulas abusivas;
- 2.º Si en un procedimiento de ejecución hipotecaria la Directiva le obliga, a pesar de lo dispuesto en el artículo 207 LEC, a examinar de oficio las cláusulas de un contrato que ya ha sido sometido a tal examen en el marco de una resolución con fuerza de cosa juzgada, y;
- 3.º Solicita criterios orientativos para apreciar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y de cálculo de interés, y que se le indiquen las consecuencias que debe llevar aparejada ese carácter abusivo.

2. Ilegalidad del plazo de la DT 4º Ley 1/2013

La pregunta ya fue contestada por el TJUE en su Sentencia de 29 de octubre de 2015 caso BBVA (C- 8/14, EU:C:2015:731), en la que declaró que una disposición procesal nacional transitoria que impone a los consumidores un plazo preclusivo de un mes, a contar desde el día siguiente a la publicación de la Ley que contiene dicha disposición, para formular oposición basada en el carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria en curso no permite al consumidor *aprovechar plenamente ese plazo y, en consecuencia, ejercitar efectivamente sus derechos*, no siendo acorde el plazo con la Directiva.

3. Cosa juzgada formal: La existencia de un primer control de oficio relativo a una o varias cláusulas contractuales, pero no a todas, no limita la obligación del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de las demás cláusulas del contrato en una fase posterior del procedimiento

Resulta, como dijimos, que en el auto de 12 de junio de 2013 el JPI de Santander se limitó a constatar de oficio el carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses moratorios, sin pronunciarse sobre las demás cláusulas del contrato, a

las que ni siquiera hizo alusión (como dice el AG en el punto 40 de las conclusiones). Así, el juez cántabro se plantea si la Directiva de cláusulas abusivas se opone al artículo 207 LEC, que a su juicio le impide examinar de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido objeto de un examen judicial que culminó con una resolución que ha adquirido fuerza de cosa juzgada formal. Pues bien, el TJUE le contesta en síntesis lo siguiente:

Si el juez nacional en un primer control de oficio ha examinado una o varias cláusulas contractuales, pero no todas, tiene la obligación de controlar de oficio o a instancia de parte el carácter abusivo de las demás cláusulas del contrato en una fase posterior del procedimiento.

4. Parámetros de abusividad de la cláusula de cálculo de intereses ordinarios y de vencimiento anticipado

Sobre la cláusula de cálculo de intereses ordinarios el TJUE considera que es un elemento esencial del contrato, por lo que si una cláusula de este tipo no está redactada de manera clara y transparente a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva, como así estima el juez de Santander, el órgano judicial nacional deberá examinar si esta cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva y *“en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado. En particular, deberá comprobar si la circunstancia de que los intereses ordinarios se calculen utilizando un año de 360 días, en lugar del año natural de 365 días, puede conferir carácter abusivo a la mencionada cláusula”*.

Sobre los criterios de los que puede servirse el juez para constatar la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado el TJUE se remite a lo dicho en Aziz, parámetros que ya todos conocemos.

5. En relación a la ilicitud de la práctica judicial consistente en permitir el despacho de ejecución hipotecaria aun constatando el juez la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado por un impago si el ejecutante ha guardado a la falta de pago de tres o más cuotas en virtud del artículo 693.2 LEC

A mi juicio, en este punto, hay un error en la pregunta planteada por el Juez de Santander, pues entiende que la STS de 21 de abril de 2014 caso *Polaris World* le prohíbe declarar la cláusula de vencimiento anticipado nula y dejarla sin efecto en un ejecutivo hipotecario si el banco no la ha aplicado en la práctica y ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC, al esperar a que se produjera el impago de tres o más mensualidades para declarar el vencimiento anticipado.

Pues bien, en la sentencia *Polaris World* no se prohíbe tal cosa, ni tan siquiera los fundamentos que sustentan la resolución traen causa de un procedimiento de ejecución hipotecaria o de la nulidad una cláusula de vencimiento anticipado. El contexto de la sentencia *Polaris World* es totalmente diferente al que se plantea en el pleito de Santander. En *Polaris World* el TS aborda la pretensión de un comprador para que se declarase abusiva una cláusula que permitía a *Polaris*, vendedor, retener las cantidades pagadas antes de la entrega de la vivienda si el comprador incumplía, con el consiguiente pago del resto del precio y la entrega de la vivienda. La cláusula no contemplaba una indemnización por una cantidad equivalente si el desistimiento o renuncia era del empresario. El TS estableció que esa cláusula no podía ser abusiva por falta de reciprocidad y examinó si lo podía ser por fijar una indemnización desproporcionada. Para valorar si la indemnización prevista fue desproporcionada el TS no realizó un enjuiciamiento abstracto, sino concreto, consistente en comparar el importe resultante de la aplicación de la cláusula penal y el importe acreditado de los daños y perjuicios efectivamente sufridos por el predisponente. Finalmente, el TS considera que los daños y perjuicios causados son mayores que las cantidades retenidas en aplicación de la cláusula penal enjuiciada por lo que desestima su abusividad. En esta sentencia existe un voto particular discrepante, curiosamente del que forma parte el mismo magistrado que lo plantea en la STS de 23 de diciembre de 2015, en el que se critica que la mayoría del Tribunal ha extendido el control de abusividad al plano de cumplimiento y ejecución del contrato, obviando, el plano abstracto.

En efecto, cualquiera que lea la sentencia *Polaris* podrá evidenciar que no impide al juez de la ejecución declarar la cláusula de vencimiento anticipado nula y dejarla sin efecto si el banco no la ha aplicado en la práctica y ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC. El caso de *Polaris* es objetivamente muy distinto a una ejecución hipotecaria donde se debate sobre la eventual abusividad del vencimiento anticipado y sus efectos sobre el proceso, por lo que su doctrina no es ni mucho menos extrapolable al pleito del que conoce el juez de Santander, ni le vincula. Suponemos que el juzgador quería referirse a la práctica llevada a cabo por muchas Audiencias rubricada en acuerdos de unificación de criterios como los de las Audiencias de Madrid y Barcelona. Con todo, en ningún caso, estos acuerdos vinculan al juez de Santander.

Sea como fuere, el TJUE ha dicho, al igual que hizo en su Auto de 11 de junio de 2015 (BBVA), la célebre e indeterminada frase: *"la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión"*; y que el hecho de que *"el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula"*.

Sin embargo, esta jurisprudencia que critica el TJUE, consolidada en algunos acuerdos de unificación de criterios de Audiencias, es ya antigua, y desde el planteamiento de la cuestión prejudicial han sucedido hitos judiciales que dejan

sin virtualidad tanto la pregunta formulada como la respuesta dada, pues el TS tiene dicho (SSTS 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016), intérpretese como se quiera, que aunque la cláusula de vencimiento anticipado por un impago es abusiva en su texto, y sobre este debe recaer el examen de abusividad en un declarativo, en el procedimiento de ejecución debe ser objeto del control de abusividad el modo en que el acreedor ha ejercitado la facultad de vencimiento anticipado, y no la cláusula en abstracto¹. Y es verdad, que muchas Audiencias, (v. gr. un reciente auto de la Sección 5ª de la AP de Zaragoza de 5 de enero de 2017 [JUR 2017/15526]) siguen considerando pertinente el sobreseimiento del proceso porque el título ejecutivo contenga una cláusula de vencimiento por un impago, reprobando la doctrina del Supremo.

Pero es que además, la práctica judicial que el TJUE tacha de contraria a la Directiva es bastante distinta a la instaurada por el TS:

- En primer lugar, porque el TS no dice que el ejecutante haya de esperar al plazo del art. 693.2 LEC para que la forma de ejercitar el vencimiento sea lícita, ya que este no es un parámetro de abusividad, sino que afirma que el ejercicio de vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria debe atemperarse a los parámetros de Aziz, esto es: se debe vencer el préstamo por incumplimiento de una obligación esencial, por un incumplimiento grave en relación a la cuantía y duración del contrato –v. gr. que los impagos representen el 5-10% del capital prestado como en el Derecho alemán– y se debe poner remedios a disposición del consumidor para “enervar” la resolución anticipada.
- En segundo lugar, porque el TS da a entender que la cláusula de vencimiento anticipado por un impago no debe ser abusiva en la ejecución si el banco ha esperado a impagos reiterados para vencer, pues aquella no tendría incidencia en el proceso. Es decir, la cláusula de vencimiento anticipado por un impago nada tiene que ver con la ejecución, ni es fundamento de la ejecución ni determina la cantidad exigible en el sentido del artículo 695.4 LEC. Además, es ilógico anular cláusulas que no tienen incidencia en la ejecución con meros efectos declarativos, pues estas declaraciones no tienen la fuerza de cosa juzgada material en el sentido del artículo 222 LEC (*vid.* Art. 561.1 LEC y De la Oliva Santos A., “Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil”, Thomson Civitas, 2015, pp. 119-124). Por ejemplo, imaginemos que el ejecutante no ha aplicado una cláusula suelo al importe por el que pide el despacho de ejecución hipotecaria, siendo evidente que la cláusula no incide para nada en la ejecución. Si el juez la declarara abusiva esta declaración no tendrá efectos de cosa juzgada en el juicio ordinario en el que el consumidor solicite la restitución de cantidades por aplicación de la cláusula suelo, siendo entonces contraproducente la declaración de abusividad de una cláusula en la ejecución que en nada incide en este procedimiento. En este sentido la Sección 1ª AP de Girona² ha afirmado que en la ejecución hipotecaria “no es

¹ También sostiene esta interpretación de la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015 la Sección 3ª de la AP de Castellón en su Auto núm. 377/2016 de 9 junio (JUR\2016\212041).

²Auto núm. 290/2014 de 10 diciembre (JUR 2015\56489).

dable alegar la existencia de cláusulas abusivas de forma genérica e indiscriminada, como si de un procedimiento declarativo ordinario se tratara, sino solamente aquellas cláusulas abusivas que puedan afectar a la ejecución” (...). Y ello sin necesidad de examinar si se puede entender que existe la cláusula suelo, o sí es o no abusiva, sin perjuicio de las acciones que puedan ejercitarse en el procedimiento declarativo correspondiente a fin de que se declare su abusividad, con las consecuencias jurídicas que ello pueda conllevar”³. Y lo mismo sucede con la cláusula de vencimiento anticipado por un impago⁴, o con la comisión por reclamación de posiciones deudoras⁵, o con la cláusula de intereses de demora⁶, cuando no tienen incidencia en la ejecución, bien porque no se ha vencido el préstamo conforme a la cláusula o bien porque el importe de la comisión o de los intereses de demora que fijaba la condición general no se ha incluido en la cantidad por la que se solicita el despacho de ejecución.

A nuestro juicio lo más importante es que no se malinterprete esta sentencia, **porque el TJUE no está diciendo que el juez tiene la obligación de no despachar ejecución o sobreseerla porque la escritura contenga una cláusula de vencimiento anticipado por un impago**, solo afirma que el hecho de que “*el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el artículo 693.2 LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula*”. Y es que se debe tener en cuenta que los mecanismos de ejecución forzosa forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros.

Cuestión distinta es que el TJUE hubiera resuelto la cuestiones prejudiciales interpuestas por el JPI nº 1 de Fuenlabrada (Auto de 8 de febrero de 2016 [AJPI 1/2016 ECLI:ES:JPI:2016:1ª] o por el JPI nº 2 de Santander (Auto de 8 de marzo de 2016 [JUR\2016\54641]), que sí preguntan de manera tajante si la doctrina contenida en la STS de 23 de diciembre de 2015 es contraria la Directiva de cláusulas abusivas.

Con todo, creemos que la STJUE de 26 de enero de 2017, al igual que el ATJUE de 11 de junio de 2015, servirá a muchos Juzgados y Audiencias para reforzar su postura de sobreseer procedimientos de ejecución o inadmitir despachos de ejecución en los que las escrituras prevén una cláusula de vencimiento anticipado por un impago, aunque el ejecutante en la práctica aguarde para vencer y demandar a una falta de pago que evidencie la morosidad manifiesta del deudor.

³ En el mismo sentido se pronuncia la AP de Valencia (Sección 9ª) Auto núm. 726/2014 de 29 diciembre (AC 2015\280) y AP de Barcelona (Sección 19ª) Auto núm. 189/2014 de 1 octubre (AC 2014\1862), entre otras.

⁴ Véase, por todas: AP de Madrid (Sección 14ª) Auto núm. 117/2015 de 11 mayo (JUR 2015\156757).

⁵ Véase, por todas: AP de Valencia (Sección 9ª) Auto núm. 493/2014 de 24 septiembre (AC 2014\2269).

⁶ Véase, por todas: AP de Sevilla (Sección 5ª) Auto núm. 193/2015 de 24 junio (JUR 2015\286685).