

¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE

Como es habitual en el convulso panorama del crédito hipotecario en España ante una sentencia del TJUE que nos afecta, la reciente de 26 de marzo de 2019 en el asunto Abanca¹, relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito por impago del prestatario y sus vicisitudes procesales, ha suscitado ya numerosas reacciones y visiones encontradas. Todas ellas tratan de vislumbrar la doctrina sentada por la Sentencia, así como sus implicaciones para los contratos de hipoteca españoles alcanzados por la misma. Como ya contamos entre nosotros con diversos análisis e interpretaciones de la STJUE Abanca², a ellos me remito en cuanto a la descripción en más detalle de sus pronunciamientos. Para mejor comprensión del lector, sin embargo, resumiré muy sintéticamente su contenido.

La Sentencia Abanca resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas en relación con los arts. 6 y 7.1 de la Directiva 93/13³ por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Barcelona y relativas a las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de mensualidades debidas en dos contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, uno por importe de 100.000 euros y a 30 años, el otro por importe de 188.000 euros y a 37 años.

En particular, el TJUE debía dilucidar dos cuestiones. Primero, si la Directiva 93/13 habría de interpretarse en el sentido de que, en el caso en que una cláusula de vencimiento anticipado inserta en un contrato de préstamo hipotecario sea declarada abusiva, la misma podría conservarse parcialmente suprimiendo tan solo aquellos elementos que determinaban su carácter abusivo (lo que se consideraba generalmente, y también por el Tribunal Supremo que suscitó la cuestión, como una incertidumbre interpretativa relacionada con la compatibilidad de la *blue pencil rule* con la Directiva 93/13, según la interpretación de la misma expresada por la jurisprudencia previa del TJUE). Segundo, si en caso de una respuesta negativa a la primera cuestión, un procedimiento de ejecución

¹ STJUE 26.3.2019, asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17.

² Jesús ALFARO, "La sentencia del TJUE sobre cláusulas de vencimiento anticipado", en *Blog Derecho mercantil* (2019), disponible en <https://derechomercantilesmana.blogspot.com/2019/03/la-sentencia-del-tjue-sobre-clausulas.html>; Fernando PANTALEÓN, "La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre las cláusulas de vencimiento anticipado abusivo" en *Almacén de Derecho* (2019), disponible en <https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>; Juan María DÍAZ FRAILE, "La doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019 sobre la cláusula de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios", en *Notarios y Registradores* (2019), disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-de-vencimiento-anticipado-comentario-a-la-stsje-26-de-marzo-de-2019/>; José María MARTÍN FABA, "STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario", *CESCO* (2019), disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/STJUE_de_26_de_marzo_de_2019_sobre_vencimiento_anticipado_del_credito_hipotecario.pdf.

³ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DOCE núm. 95, de 21.4.1993.

hipotecaria iniciado en aplicación de la cláusula abusiva podría continuar, aplicando normas de Derecho nacional que permitieran acudir a ese procedimiento, y cuando la privación del mismo podría entenderse contraria a los intereses de los propios consumidores.

El TJUE contesta con bastante claridad -en sentido negativo- a la primera cuestión, pero lo hace de modo menos transparente a la segunda. A este respecto considera que la Directiva 93/13 no prohíbe a los tribunales nacionales que reemplacen la cláusula abusiva por una disposición legal posterior a la fecha del contrato (el art. 693.2 LEC, en este caso, en la redacción dada por la Ley 1/2013), aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pudiera subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la falta de subsistencia del contrato suponga para el consumidor consecuencias especialmente perjudiciales.

Queda ahora en manos de los tribunales españoles y, de modo singular, de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, desarrollar esa respuesta a la segunda duda interpretativa sobre las cláusulas de vencimiento anticipado y sus vicisitudes procesales en el sistema jurídico español. Mi propósito fundamental es el de ofrecer unas consideraciones preliminares acerca de las consecuencias que la Sentencia tiene para los contratos de crédito hipotecario en España y sobre el rumbo que se traza a la misión interpretativa que corresponde al Tribunal Supremo para el entendimiento y aplicación de la normativa española en la materia.

El Tribunal Supremo se enfrenta ahora, tras la Sentencia Abanca, a una doble tarea. De un lado, se le ha encomendado realizar el juicio y valoración de las circunstancias del contrato de préstamo hipotecario a fin de determinar las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula en los términos indicados por el TJUE, una de las cuestiones más arduas en el régimen de la Directiva 93/13 y de la normativa nacional que la implementa en los Estados Miembros.

No concluye con esto su labor, pues una vez efectuado ese juicio y extraídas las consecuencias oportunas, ha de interpretar la normativa procesal española a fin de establecer una solución coherente tanto con el Derecho europeo de protección del consumidor como con la legislación procesal española y sus objetivos. Hay que recordar que la normativa procesal -la española y las de los demás Estados Miembros- no se ve privada de su valor normativo autónomo y de la capacidad para perseguir sus propios objetivos en cuanto que ordenamiento procedimental, pues se sustenta en la autonomía procesal de la que gozan los Estados Miembros incluso en aquellas materias que se ven afectadas por el Derecho UE.

1. La abusividad de cláusulas contractuales y sus consecuencias

En cuanto a la primera tarea de las señaladas al Tribunal Supremo, esto es, la específicamente relativa a las consecuencias del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, la Sentencia Abanca, si bien no desprovista de algún elemento innovador -más implícito que explícito en lo que a la postre, entiendo, es más relevante-, solo puede entenderse cabalmente en el contexto de la línea jurisprudencial previa del

TJUE en cuanto a los efectos de la declaración como abusivas de cláusulas no negociadas bajo el régimen de la Directiva 93/13.

En las sentencias Banco Español de Crédito⁴ y Asbeek Brusse⁵, en relación con sendas cláusulas penales (en la primera de ellas se trataba de una cláusula de interés moratorio en un préstamo) el TJUE rechazó que la consecuencia de la declaración de abusividad de la cláusula penal pudiera ser meramente su reducción o moderación hasta un importe tolerable o admisible, esto es, que el tribunal pudiera ajustar o adaptar la cláusula a las exigencias de la buena fe y el equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes. Esto ha sido interpretado por la doctrina mayoritaria de Derecho europeo⁶ como una proscripción, en el caso de que una cláusula contractual tenga carácter abusivo, de la reducción conservadora de la validez (*geltungserhaltende Reduktion*). Esta posición acaso también debiera entenderse que se extiende a otros mecanismos técnicos que pueden fungir de modo parecido, como la conversión de la cláusula inválida en otra válida, y, acaso, de forma más general, comprendería cualquier alteración introducida en el alcance de la cláusula declarada abusiva por obra de una solución judicial, aunque no llegue al extremo no franqueable trazado por el perímetro admisible en materia del carácter abusivo de una cláusula no negociada⁷.

En la Sentencia Kásler⁸, el TJUE hubo de pronunciarse, entre otras cuestiones, sobre las consecuencias de la abusividad de una cláusula en un préstamo hipotecario en francos suizos que determinaba cuál de los tipos de cambio (vendedor o comprador) debía asumir el consumidor. Esta Sentencia considera que la desaparición de una cierta cláusula en el contrato, fruto de la aplicación del juicio sobre su carácter abusivo, puede conducir a que el contrato no pueda mantenerse y de ello acaso resultarían efectos negativos para el consumidor, mencionándose expresamente en este sentido la anulación del préstamo y el consiguiente deber de restitución inmediata de la cantidad prestada. Al efecto declaró el TJUE que el juez, tras la declaración del carácter abusivo, puede llenar la laguna dejada por la cláusula eliminada con la regla supletoria pertinente del Derecho nacional si en otro caso el contrato no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula en cuestión.

Con todo, la doctrina dominante en Europa (no necesariamente entre nosotros, pues como tantas veces en España abundan quienes son más papistas que el Papa) no ha interpretado la Sentencia Kásler en el sentido de que suponga una prohibición general -con la sola excepción de preservar una subsistencia del contrato que de otro modo sería insostenible bajo las reglas del Derecho de contratos nacional- de reemplazar la cláusula eliminada con

⁴ STJUE 14.6.2012, asunto C-618/10.

⁵ STJUE 30.5.2013, asunto C-488/11.

⁶ Peter ROTT, "Case Note on Banco Español de Crédito v Joaquín Calderón Camino", *European Review of Contract Law* (2012), p. 477; Nils JANSEN, Consequences of Unfair Terms, en Reinhard Zimmermann y Nils Jansen, *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford (2018), p. 974.

⁷ Por ejemplo: si el contrato contiene una cláusula penal de importe 100 y el límite máximo compatible con la buena fe y el equilibrio contractual sería 50, la reducción conservadora de la validez llevaría a rebajar ese importe a 50 y precisamente a 50. Pero el ajuste o intervención *ex post* sobre la cláusula en cuestión puede ir más allá del máximo tolerable y llegar, pongamos, a una disminución de la pena convencional a un importe de 30, a fin de introducir un elemento de disuasión adicional al que supondría la mera reducción de la cláusula al límite admisible de 50. Sobre estas distintas posibilidades teóricas y su virtualidad en el Derecho de contratos y de protección del consumidor de los Estados Unidos, véase, Omri BEN-SHAHAR, "Fixing Unfair Contracts", *73 Stanford Law Review* (2011), p. 869.

⁸ STJUE 30.4.2014, asunto C-26/13.

la norma supletoria aplicable, mecanismo que se sigue considerando como generalmente viable⁹. También se sigue considerando generalmente posible tras Kásler el reemplazar la cláusula suprimida con el producto del desarrollo judicial del Derecho de contratos (*ergänzende Vertragsauslegung*)¹⁰.

Si se mira bien la cosa, dejando de lado de momento la vía de la ineficacia contractual, la supuesta alternativa que consistiría en no completar la laguna dejada por la cláusula suprimida en realidad no existe. No hay una opción de dejar la laguna sin cubrir y, al tiempo, mantener el contrato. Por hipótesis, en un caso de tutela individual frente a condiciones generales, si una cierta cláusula ha sido suprimida por abusiva, lo es porque el supuesto de hecho, la circunstancia fáctica a la que debiera aplicarse la cláusula en cuestión, concurre en la realidad, lo cual reclama una solución para afrontar el conflicto concreto entre las partes en litigio. En otras palabras: dejar la laguna sin cubrir solo es posible si se admite que el contrato devenga ineficaz y se sujete al régimen jurídico propio de la ineficacia, pues entonces ya no es necesario dar una solución a la circunstancia existente bajo el contrato, pues este ya habría sido arrumbado como ineficaz (o insubsistente, por emplear la terminología de la Directiva 93/13 y el TJUE). Pero si se ha de eludir la vía de la insubsistencia, si el contrato se preserva y se mantiene vinculando a las partes, será imprescindible ofrecer una solución dentro del contrato y al margen de la ineficacia del mismo. El interrogante no es si integrar o no integrar la laguna que deja la cláusula expulsada del contrato sino con qué contenido integrar.

Esto se puede observar claramente en la Sentencia Banco de Santander¹¹ cuando señala que lo procedente es que “ [se] deje pura y simplemente sin aplicar tal cláusula o el incremento que los intereses de demora representan en relación con los intereses remuneratorios, sin poder sustituir la cláusula abusiva por disposiciones legales supletorias ni modificar la cláusula en cuestión, y mantenga al mismo tiempo la validez de las restantes cláusulas del contrato, en particular de la cláusula relativa a los intereses remuneratorios”. Lo que hace aquí el TJUE, aunque no lo confiese *expressis verbis*, es llenar -mejor dicho, permitir a los tribunales nacionales que lo hagan- la laguna que deja la declaración como abusivo del interés de demora predispuesto en el contrato con la previsión del mismo contrato sobre el interés remuneratorio. Naturalmente, la laguna podría haberse integrado con otro contenido contractual distinto del pactado en materia de interés remuneratorio (en el extremo de solución ventajosa para el consumidor, con un tipo de interés ⁰12) pero necesariamente había de ofrecerse una regla de decisión para la contingencia que se ha presentado y para la cual la cláusula no negociada que la contemplaba ha sido considerada abusiva. En otro caso, no habría respuesta en Derecho a la disputa planteada, o vendría dada, en exclusiva, por los efectos de la ineficacia contractual.

Esa imprescindible solución bajo el contrato (si este ha de mantenerse) admite distintas alternativas en el plano teórico. La respuesta a la cuestión de con qué integrar la podemos

⁹ Matteo DELLACASA, “Judicial review of ‘core terms’ in consumer contracts: defining the limits”, *European Review of Contract Law* (2015), p.175; Giovanni D’AMICO y Stefano PAGLIANTINI, *Nullità per abuso e integrazione del contratto*, Turín (2013), p. 243; Nils JANSEN, op. cit., p. 975.

¹⁰ Nils JANSEN, op. cit., p. 975.

¹¹ STJUE 7.8.2018, asuntos acumulados C-961/16 y C-94/17.

¹² El tipo de interés (remuneratorio o moratorio) es una variable continua, no discreta, y 0 es uno de sus posibles valores. Con frecuencia, la simple conciencia de que muchas variables contractuales son continuas mejora mucho la posibilidad de desentrañar problemas del Derecho de contratos.

hallar en la norma supletoria dispuesta por el Derecho nacional del contrato para el caso de que las partes no hubieran establecido nada al efecto en su acuerdo. Pero no se puede excluir en el terreno conceptual que la solución que se ofrezca o se deba ofrecer sea una distinta a la que suministra la regla supletoria que hubiera sido aplicable si el contrato, desde el inicio, se hubiera mantenido en silencio sobre esa cuestión. Esta es, desde luego, la solución ortodoxa y más habitual en los sistemas jurídicos de nuestro entorno para rellenar lagunas contractuales, pero no es la única imaginable ni es tampoco la única a la que los sistemas jurídicos acuden ni, en suma, la única que admite el Derecho UE.

En efecto, encontramos circunstancias en que la solución a la laguna no procede según esa vía tradicional en la teoría del contrato de integrar con la norma legal supletoria en vigor en el momento de celebrarse el contrato -que es la norma que hubiera ofrecido el contenido regulatorio de la contingencia si el contrato no hubiera contenido la cláusula que más tarde se declara abusiva-.

Por ejemplo, es posible que, *ex post facto*, el legislador, consciente de que muchas cláusulas en un cierto tipo de contrato tienen carácter abusivo, establezca de modo imperativo cómo reemplazarlas por un cierto contenido normativo legalmente fijado. Esta opción ha sido considerada acorde con la Directiva 93/13 por el TJUE en la sentencia OTP Bank Nyrt¹³, que considera que esa Directiva “[.] debe interpretarse en el sentido de que el ámbito de aplicación de esta Directiva no comprende cláusulas que reflejan disposiciones de Derecho nacional imperativas, insertas con posterioridad a la celebración de un contrato de préstamo con un consumidor y que tienen por objeto suplir una cláusula de tal contrato viciada de nulidad [..]” .

De hecho, este curso lo ha seguido el legislador español al adoptar la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario¹⁴ (LCCI) y, en concreto, el art. 24, la disposición final quinta, que da nueva redacción al art. 693.2 LEC y, para los contratos anteriores a su entrada en vigor, la disposición transitoria primera, número 4. Según estos preceptos, el vencimiento anticipado de los contratos de crédito hipotecario con garantía sobre la vivienda habitual, sea cual sea la fecha del contrato, y haya o no cláusula contractual al efecto (si la hubiera, la misma resulta reemplazada por la fórmula legal), se rige por el contenido del art. 24 LCCI, si bien con la relevante excepción de los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de la propia LCCI.

Pero caben otras alternativas para realizar esta tarea -ineludible, repito, si no es que el contrato se considera que ha devenido ineficaz o no vinculante para las partes- de completar la laguna de un contrato subsistente. Se puede establecer que la solución no sea la de la regla dispositiva aplicable en ausencia de previsión contractual, sino otra distinta.

Por ejemplo, se ha propuesto como la solución más respetuosa con el acuerdo hipotético de los contratantes aquella que permitiera con su contenido preservar en la mayor medida posible el reparto de excedente contractual inicialmente alcanzado por las partes¹⁵.

¹³ STJUE 20.9.2018, asunto C-51/17.

¹⁴ BOE núm. 65, de 16.3.2019.

¹⁵ Omri BEN-SHAHAR, “A Bargaining Power Theory of Default Rules”, 109 *Columbia Law Review* (2011), p. 396.

También cabe integrar la laguna con otro contenido contractual aún más favorable al consumidor que el de la norma supletoria o imperativa posterior, incluso con aquel que sea lo más favorable que quepa imaginar para la posición y bienestar del consumidor¹⁶ -sin con ello hacer imposible la subsistencia del contrato pues, por hipótesis, aquí se está buscando una solución en el seno del contrato-.

Y lo anterior no agota el universo de soluciones, pues podría buscarse una solución distinta a la de la regla supletoria, pero tampoco necesariamente la más favorable al consumidor o la que preserve el reparto implícito del excedente contractual. De acuerdo con la Sentencia Pereničová¹⁷ del TJUE, la Directiva 93/13 “[...] debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto”. Parece natural que si en el análisis de la posible subsistencia del contrato sin la cláusula declarada abusiva no se puede considerar únicamente la perspectiva y el interés del consumidor, también para construir la solución a la laguna creada, dada la subsistencia del contrato, deba considerarse el interés conjunto de los contratantes, siquiera fuere con la limitación de que se garantice un resultado para el consumidor no menos favorable del que derivaría de la aplicación pura y simple de la regla supletoria aplicable en defecto de pacto o, si la hay, de la norma imperativa que viene a reemplazar las posibles cláusulas no compatibles con las exigencias del control sobre condiciones generales en contratos de consumo (se haya o no declarado la abusividad de las cláusulas para los contratos individuales que se verían afectados por esa suerte de sustitución legal).

2. La Sentencia Abanca y la “blue pencil rule”

¿Cómo incide la STJUE Abanca en la línea jurisprudencial anterior? La sentencia de marzo de 2019 declara la incompatibilidad con la Directiva 93/13 de la conocida doctrinalmente como *blue pencil rule* en relación con las cláusulas de vencimiento anticipado en créditos con consumidores. Esta doctrina va un paso más allá de la nulidad parcial de la doctrina tradicional del negocio jurídico¹⁸ que está en la base del art. 6(1) *in fine* de la Directiva 93/13. Pero a diferencia de la reducción conservadora de la validez, que puede suponer la modificación de la cláusula objeto de interés a fin de ajustar su alcance y su contenido al mínimo compatible con las exigencias de validez, la *blue pencil rule* no permite modificación del tenor o texto de la cláusula, sino simplemente procede a expurgar la misma de los elementos inválidos (abusivos, aquí) manteniendo inalterado lo restante del significado gramatical posible de la cláusula en cuestión. En efecto, perfilando su jurisprudencia anterior en materia de consecuencias del control de abusividad, el TJUE ha declarado que este segundo expediente técnico para afrontar la invalidez de cláusulas contractuales ha de seguir el destino del primero (la reducción conservadora) a los efectos de la Directiva 93/13 en relación con los contratos de crédito sujetos a esta Directiva siempre que el

¹⁶ Si bien esto no resultaría, en mi criterio, compatible con la posición del TJUE en Pereničová y en Banco Santander.

¹⁷ STJUE 15.3.2012, asunto C-453/10.

¹⁸ Federico DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid (1985, pero 1971), p. 491.

fraccionamiento afecte a la esencia de la cláusula y, por tanto, suponga modificar su contenido. Es cuestión discutible si este pronunciamiento sobre la *blue pencil rule* ha de entenderse limitado a este ámbito concreto o responde a una incompatibilidad general o estructural con la visión que el TJUE ha abrazado en cuanto al alcance de la declaración de abusividad de una cláusula contractual.

Esta declaración es relevante para la cuestión de las cláusulas de vencimiento anticipado en contratos de crédito hipotecario que podemos calificar como genéricas o inespecíficas, pues el TJUE no permite a los tribunales nacionales expurgar selectivamente del significado posible de la cláusula los elementos abusivos, pero manteniendo los contenidos implícitos no abusivos. Con todo, esta decisión del TJUE no afecta a la cuestión de cómo afrontar los efectos de una declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado *in toto* sino que precisamente conduce a esa desaparición completa de la cláusula abusiva.

3. La laguna contractual tras la declaración de abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado: las alternativas

En cuanto a la cuestión -distinta de la relativa a la *blue pencil rule*- de cómo afrontar la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario, la STJUE Abanca ha formulado implícita pero, me parece, con nitidez, una premisa muy relevante para el análisis que ahora corresponde al Tribunal Supremo (y correspondería, en su caso, a otros tribunales nacionales de otros Estados Miembros si se vieran en la misma tesitura). Paso a exponerla con algún detalle.

Parece claro que una cláusula de resolución o vencimiento por impago no pertenece al tipo de cláusulas que definen o configuran el objeto principal del contrato o el precio (las del art. 4 (2) Directiva 93/13¹⁹). Si una de estas cláusulas definitorias de las prestaciones principales resultara abusiva y se declarara su expulsión del contrato por esta causa, sería harto difícil dudar que, sin la cláusula en cuestión y a falta de otro contenido que viniera a reemplazarlo -sea el contenido normativo de una norma supletoria pura u otro distinto- el contrato no podría subsistir, al no ser factible determinar la prestación principal, pues precisamente una de sus cláusulas configuradoras ha desaparecido del contrato y nada ha venido a cubrir su falta en la fijación del objeto principal del contrato.

El Derecho europeo, y singularmente la interpretación que creo preferible de la Sentencia Abanca, viene a poner las bases de una ampliación del ámbito del concepto de inviabilidad jurídica de un contrato al venir a faltar uno de sus términos o cláusulas²⁰, aunque no sea uno de los que se pueden categorizar generalmente como definitorios del objeto principal. En particular -y en esta perspectiva radica un elemento innovador del Derecho europeo operado por la sentencia Abanca- el TJUE parece presuponer en su aproximación al punto

¹⁹ Sobre este precepto, su fundamento e interpretación por el TJUE, véase, Fernando GÓMEZ POMAR, "Core versus Non-Core Terms and Legal Controls over Consumer Contract Terms: (Bad) Lessons from Europe?", 15 (2) *European Review of Contract Law* (2019), p. 1.

²⁰ Charlotte LESKINEN y Francisco DE ELIZALDE, "The control of terms that define the essential obligations of the parties under the Unfair Contract Terms Directive: *Gutiérrez Naranjo*", 55 (5) *Common Market Law Review* (2018), p. 1607 y ss. consideran que el Derecho UE está produciendo sus propias nociones de ineficacia contractual en materia de protección del consumidor.

controvertido²¹, aunque específicamente devuelva la cuestión a los órganos judiciales nacionales remitentes de las cuestiones prejudiciales, que difícilmente se puede entender razonablemente que un contrato de crédito a largo plazo puede subsistir si el acreedor se enfrenta a una modificación sustancial de las condiciones en los términos siguientes. La subsistencia es muy cuestionable si el prestamista se ve privado de la posibilidad de vencer el crédito en presencia de un incumplimiento (de suficiente intensidad y gravedad, naturalmente) por parte del prestatario, y poder exigir el pago de todo lo debido sin tener que aguardar a la expiración del plazo contractual y verse de este modo limitado a realizar reclamaciones tan solo por los incumplimientos -parciales, por definición, en un préstamo que se devuelve por cuotas- que se vayan produciendo y acumulando, y emprender las acciones pertinentes para dar eficacia a su reclamación tan solo de esta forma parcial, acumulativa y no definitiva. Y parece razonable inferir, además, que cuando se trata de contratos de crédito a largo plazo que gozan de una garantía real que posee ciertos cauces o modos de realización singulares y especialmente adaptados a las características de ese contrato garantizado, esta dimensión pasa a formar parte integrante de la configuración del propio contrato y de las posiciones de las partes en el mismo.

En otras palabras, de acuerdo con la perspectiva del TJUE en la Sentencia Abanca, no habría considerar razonablemente que un contrato de larga duración pueda subsistir sin un remedio de naturaleza resolutoria o terminatoria (de vencimiento anticipado, cuando se trata de un plazo prolongado) en favor de la parte contractual que sufre el incumplimiento, aunque se trate del incumplimiento cometido por un consumidor²², y que permita acudir a las vías procesales de defensa o ejecución singularmente dispuestas por el sistema jurídico para ese caso. Un contrato carente de ese mecanismo y de esas vías de protección no satisfaría la función general inherente a todo contrato, que es la de servir de instrumento jurídico vinculante para producir valor o excedente contractual para las partes, en comparación con la situación de ausencia de contrato, en el esquema de operación económica elegido por las partes. Los contratos no son interacciones de suma cero, son relaciones de suma positiva, que mejoran la posición de ambos contratantes.

Sin vencimiento anticipado y sin las vías propias y especiales de protección del interés a la recuperación de lo debido, un contrato de crédito a largo plazo con garantía real, como lo es el hipotecario, difícilmente puede satisfacer el objetivo de todo contrato, esto es, generar valor positivo, excedente contractual para las partes. La desaparición de la cláusula de vencimiento anticipado, sin un mecanismo que pueda desempeñar una función equivalente en la dinámica contractual y en su vertiente procesal, vendría, por tanto, a condenar a la relación contractual a su práctica inviabilidad jurídica, al menos manteniendo el contrato *tel quel* -aunque sin la cláusula de vencimiento anticipado-. En este caso, es cierto, no vendría a faltar un elemento constitutivo o estructural del contrato en el sentido del art. 1261 CC, pero nos hallaríamos ante una relación contractual incompatible con la lógica económico-contractual más evidente, pues supone sujetar a un acreedor, privado de los remedios y cauces procesales propios del contrato elegido, a permanecer en una relación contractual en unos términos dados, a pesar del incumplimiento continuado del deudor en una relación de largo plazo con prestaciones periódicas. Y esto vale también

²¹ El contraste con la opinión del Abogado General Maciej SZPUNAR hace, creo, más plausible la inferencia.

²² Nótese que la terminación o el vencimiento anticipado son remedios en el seno del contrato, no soluciones impuestas de invalidez o ineficacia genética.

para un acreedor que hubiera empleado una cláusula no negociada que se declara judicialmente como abusiva²³. Ningún contratante, sea empresario o consumidor, habría asumido racionalmente un contrato así. Nadie financia a 30 o 40 años a un deudor si no se le puede reclamar de modo eficaz todo lo que el deudor debe hasta décadas después.

Parafraseando las consideraciones de la Abogado General Verica Trstenjak en las Conclusiones del caso Pereničová, sin posibilidad de resolver o vencer anticipadamente un contrato ante los incumplimientos del otro contratante y poder usar las vías procesales singularmente dispuestas al efecto, vendría a faltar *“el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes”*, de modo que se podría presumir que sin la palanca del vencimiento anticipado *“el negocio no se habría realizado conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no serían las mismas”*.

Ello debiera conducir, salvo que un mecanismo razonable de vencimiento anticipado pudiera restaurarse a través de la integración de la laguna que habría dejado la cláusula eventualmente expulsada por su carácter abusivo, a una modificación o revisión del contrato, a través de uno u otro de los expedientes técnicos que la jurisprudencia y la doctrina han admitido en derecho contractual español (excesiva onerosidad, alteración sobrevenida de la base -no de los términos definitorios de su objeto principal- del contrato, etc.). No es fácil aventurar cual podría ser la modificación o alteración que devolviera el contrato, a la luz de todas las circunstancias concurrentes, a un contrato viable como interacción que crea valor para las partes. En todo caso, si esa modificación que restaura el necesario equilibrio no fuera alcanzable, la única alternativa subsistente sería la inexigibilidad, esto es, la no subsistencia del contrato.

Pero esto es precisamente lo que tendría que evitar el Tribunal Supremo al ejecutar la tarea que le ha confiado el TJUE tras dar respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas en el caso Abanca: configurar un mecanismo de vencimiento anticipado que, siendo conforme con las exigencias de la Directiva 93/13, permita que los contratos de crédito hipotecario mantengan su función imprescindible de medio jurídico para crear un excedente contractual a través de la financiación con dinero ajeno -que es precisamente lo que permite la anticipación de la compra al prestatario- de la adquisición de una vivienda, y de la devolución de lo prestado y el pago de intereses por el prestatario, con el elemento fundamental (jurídica y económicamente) de la garantía de cobro para el prestamista que confiere la ejecución hipotecaria por los cauces procesales previstos en el ordenamiento procesal de que se trate.

¿Qué sucede entonces con aquellos contratos -que son los que dan origen a la controversia en el caso Abanca- en los que la cláusula de vencimiento anticipado no supera las exigencias de buena fe y equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes en los

²³ Otra cosa son las sanciones que su conducta al redactar e incluir una cláusula abusiva merezca, pero el gravamen económico que debiera sufrir como predisponente de cláusulas abusivas no puede resultar del mero automatismo de la continuidad del contrato sin un mecanismo reconocible de vencimiento anticipado, sino que ha de hacerse depender de las circunstancias concurrentes (por ejemplo, la gravedad de la conducta del predisponente, lo grosero o no del carácter abusivo del término, que haya o no confianza en una norma legal o reglamentaria que ofrecía amparo aparente a la cláusula finalmente declarada nula, la gravedad de las consecuencias de la predisposición abusiva, el número de consumidores afectados, etc.).

contratos con consumidores? Será imprescindible encontrar o construir ese mecanismo de vencimiento anticipado necesario para la propia subsistencia de la relación contractual, pues en su ausencia no debiera razonablemente entenderse subsistente un contrato de financiación a largo plazo. La tarea que el TJUE confía al Tribunal Supremo, no solo como órgano que plantea la cuestión prejudicial, sino como máximo órgano de la justicia *inter privatos* en España, es el de configurar ese mecanismo de vencimiento anticipado, con el máximo respeto a las exigencias de la Directiva 93/13, pero también de forma ajustada a las características propias de un contrato de financiación hipotecaria a largo plazo. En otras palabras, el Tribunal Supremo ha de encontrar, sin acudir a la vía de la ineficacia del contrato derivada de la abusividad de la cláusula que existía, una regla de vencimiento anticipado por incumplimiento del prestatario que venga a reemplazar la que ha quedado o quedaría expulsada del contrato por efecto de su incompatibilidad con las exigencias de la Directiva 93/13.

En relación con una buena parte de los contratos de crédito hipotecario en España, en realidad el legislador español ya ha suministrado la regla que ha de sustituir a la cláusula contractual de vencimiento anticipado que hubiera venido a desaparecer o no resulte ajustada al mandato legal: las condiciones para el vencimiento anticipado de un crédito hipotecario en que el prestatario o el garante es consumidor serán en todo caso las determinadas imperativamente por el legislador en el art. 24 LCCI. Por tanto, en relación con los contratos de crédito hipotecario a los cuales resulte de aplicación, de conformidad con la disposición transitoria primera, número 4 LCCI, el art. 24 LCCI, la tarea encomendada por el TJUE al Tribunal Supremo habría de pasar sencillamente por la aplicación de este precepto de la LCCI (como mecanismo *ad hoc* previsto legalmente para la integración de la laguna que hubiera dejado la expulsión de una cláusula de vencimiento anticipado abusiva por el contenido de esta norma legal que debe aplicarse retroactivamente respecto de unos determinados contratos). Esta regla constituye la decisión de un legislador que, consciente de que muchas cláusulas de vencimiento anticipado en contratos en vigor tienen carácter abusivo, según la interpretación del Tribunal Supremo en la materia, ha preferido establecer directamente y con carácter imperativo cómo reemplazar tales cláusulas por un contenido legalmente prefigurado. Ya hemos advertido cómo el TJUE, en la Sentencia OTP Bank Nyrt, ha entendido conforme con la Directiva una estrategia de este tipo adoptada por un legislador nacional.

Este contenido integrador de la laguna que proporciona la LCCI, no está de más el precisararlo, posee un componente notable de tutela del consumidor financiero, por cuanto las condiciones para el vencimiento anticipado en aquel precepto son notablemente más protectoras para el prestatario hipotecario que las existentes con anterioridad en la legislación española (art. 693.2 LEC), las predominantes en el Derecho comparado (como referencia se puede pensar en el § 498 (2) BGB), o las previstas para los prestatarios hipotecarios no especialmente protegidos, esto es, aquellos distintos a los tutelados específicamente por la LCCI (art.693.2, primer inciso, en la redacción ofrecida por la disposición final quinta, número 2 LCCI).

Naturalmente, esta solución material proporcionada por el legislador español en materia de lagunas provocadas por la abusividad de cláusulas de vencimiento anticipado se encauzará procesalmente de acuerdo con las normas procedimentales correspondientes (en

el esquema de la LCCI, el nuevo art. 693.2, segundo inciso LEC, y preceptos concordantes de nuestro código procesal) las cuales, conformándose con los principios de equivalencia y efectividad que impondría la Directiva 93/13, quedan fuera del alcance de esta y, por tanto, pertenecen al ámbito de autonomía procesal de los Estados Miembros, que se ejercita a través de la labor legislativa y la interpretación judicial nacionales.

La disposición transitoria primera, número 4 LCCI, sin embargo, no impone esta solución de reemplazo de las cláusulas de vencimiento anticipado por el nuevo régimen legal de la LCCI para aquellos contratos de crédito hipotecario anteriores a la LCCI en los cuales el prestamista hubiera vencido anticipadamente el contrato por causa de impago del prestatario con anterioridad a la entrada en vigor de la LCCI (17 de junio de 2019).

Es precisamente para estos contratos para los que el Tribunal Supremo ha de considerar la cuestión a la que se refiere el TJUE, señaladamente si procede la integración de los mismos, en lo que se refiere al vencimiento anticipado por impago del prestatario, por la redacción del art. 693.2 LEC vigente en el momento del vencimiento realizado con arreglo esta norma, usualmente la redacción introducida por la Ley 1/2013 (y que obedecía a la obligada aunque renuente reacción del legislador español a la Sentencia Aziz²⁴).

Es importante precisar que lo que subyace en esta cuestión es el problema general que se ha mencionado anteriormente, esto es, el de encontrar o configurar una solución a la laguna contractual que deja o puede dejar la caracterización de abusiva de una cierta cláusula contractual, en este caso la de vencimiento anticipado en un crédito hipotecario. La alternativa en esta búsqueda de solución no es binaria o dicotómica: o el art. 693.2 LEC (tras la Ley 1/2013 o en la redacción que resultara relevante por razones temporales), o dejar la laguna tal y como está. En primer lugar, ya se argumentado que dejar la laguna es una falsa opción, es imposible, teórica y prácticamente, so pena de verse abocado a la ineficacia del contrato. Por otro lado, la regla del art. 693.2 LEC no es el único contenido normativo que pudiera emplearse para completar la laguna²⁵.

Se podría pensar en utilizar el contenido del art. 24 LCCI, si bien esto parece traicionar (metiendo por la ventana lo que no ha entrado por la puerta) la voluntad del legislador español en la disposición transitoria primera, número 4 LCCI. Desde luego, acudir a un contenido protector del prestatario aún más acentuado que el del art. 24 LCCI debiera, *a fortiori*, excluirse, pues si el legislador no ha entendido procedente aplicar a contratos ya vencidos anticipadamente unas condiciones de vencimiento ya de por sí muy exigentes en favor del prestatario consumidor, difícilmente se puede entender que tenga sentido acudir a condiciones todavía más exigentes, bien directamente, bien sobre la base de interpretar para las circunstancias del crédito hipotecario con consumidores previsiones generales como las del art. 1124 CC.

Cabría igualmente entender que para los casos no solucionados por la LCCI debiera aplicarse el régimen de vencimiento, compatible con la protección del prestatario

²⁴ STJUE 14.3.2013, asunto C-415/11.

²⁵ Nótese que, de este modo, se resuelve con facilidad la (aparente) paradoja destacada en las Conclusiones del Abogado General Maciej SZPUNAR – y acertadamente omitida en la Sentencia del TJUE – acerca de que el art. 693.2 LEC no tendría carácter supletorio y por tanto no podría utilizarse como norma de integración.

consumidor que resultaba de la STJUE Aziz y la debida aplicación de la Directiva 93/13, que existía con anterioridad a la LCCI. Este régimen resultaría de la propia jurisprudencia elaborada por el Tribunal Supremo al enjuiciar las cláusulas de vencimiento anticipado, a la luz de la STJUE Aziz: las Sentencias núm. 705/2015, de 23 de diciembre y 76/2016, de 18 de febrero. Esta solución es la más coherente con la perspectiva de análisis, ya señalada anteriormente y que se desprende de la STJUE Pereničová (explícitamente llamada por la STJUE Abanca a la ponderación de los tribunales nacionales), que no puede considerar únicamente el interés del consumidor, sino el interés conjunto de los contratantes. Además, no conviene olvidar que todo este ejercicio deriva de la Directiva 93/13, que no pretende garantizar un equilibrio general en las posiciones contractuales (materiales o en su plasmación procedimental), sino evitar un desequilibrio indeseable en perjuicio del consumidor. Como afirma la STJUE Banco Santander: “[..] la finalidad de la Directiva no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores.”

De esta forma podría el Tribunal Supremo resolver la cuestión material relativa a cómo completar la laguna contractual -que exige integración o solución, pues la contingencia correspondiente está planteada y requiere respuesta distinta a la socorrida ineficacia-atinente al vencimiento anticipado por impago, en relación con los contratos de crédito hipotecario en que se ha producido el vencimiento antes de la vigencia de la LCCI. Para los restantes casos no hace falta mucha imaginación, pues tanto material como procesalmente la LCCI ofrece una regla, haya o no laguna contractual, proceda la laguna de abusividad, de contradicción con el nuevo régimen imperativo o de ausencia de cláusula contractual al efecto.

En relación con los primeros -contratos con vencimiento ya acontecido-, la integración de la laguna producida y la aplicación de los criterios jurisprudenciales españoles de protección del prestatario consumidor que resultaban de la jurisprudencia Aziz se me antoja respetuosa con el Derecho UE y, singularmente, con la Sentencia Abanca. Al mismo tiempo, no supone condenar al sistema jurídico español (y con ello al conjunto de los ciudadanos) a soportar una innecesaria duplicación sucesiva de procedimientos (declarativo y ejecutivo) que agobiaría aún más a nuestro zarandeado sistema de justicia, ya muy quebrantado por la crisis hipotecaria y por las malas soluciones que con demasiada frecuencia se han tomado para afrontarla.

Fernando Gómez Pomar