

# ¿Cuándo proceden la nulidad total y la parcial en negocios financieros con consumidores?

## Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

---

*Al hilo de dos sentencias recientes, se ilustran las dos opciones posibles de resolver la ineficacia de contratos financieros celebrados con consumidores.*

### 1. La doctrina europea

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo del 2019 falló que los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado abusiva de un préstamo hipotecario sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. La doctrina se reproduce en los autos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio (ass. C-92/16, C-167/16 y C-486/16). La doctrina de este tribunal ha vuelto a ser recopilada recientemente en su sentencia de 7 de noviembre del 2019, asuntos C-349/18 a C-351/18.

*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.

En consecuencia: (§ 1) dentro del ámbito de aplicación de la directiva de cláusulas abusivas, (§ 2) tiene prevalencia la nulidad parcial frente a la del contrato como un todo, (§ 3) sin que la laguna sobrevenida por la nulidad parcial pueda ser integrada por el juez, (§ 3) excepto que (§ 3.1) el contrato como tal «no pueda subsistir» sin la cláusula afectada de nulidad, en cuyo caso procedería la íntegra, (§ 3.2) salvo que para el consumidor fuera preferible la nulidad total.

## 2. «La hipoteca no puede subsistir sin una cláusula de vencimiento anticipado»

### 2.1. La sentencia

*La Sentencia del Tribunal Supremo núm. 463/2019, de 11 de septiembre, constituye la resolución en materia de vencimiento anticipado en préstamo hipotecario. Partimos de una cláusula de vencimiento anticipado que se considera abusiva, de forma que su nulidad no puede ser integrada con el Derecho legal (en la actualidad, el artículo 24 de la Ley 5/2019). El acreedor habría de esperar a que la hipoteca venciera en sus propios términos, sin precipitar la ejecución. Ello podría ocurrir a los treinta o cuarenta años. Todo ello salvo que se considerara que el préstamo hipotecario es una estructura comercial que no podría subsistir sin una cláusula de vencimiento anticipado, en cuyo caso habría que recurrir a la ley para integrar el vacío legal si no queremos que la totalidad del crédito hipotecario resulte nulo, con mayor perjuicio para el consumidor. La Sentencia del Tribunal Supremo resuelve en favor de la integración y, de ese modo, en favor del banco, que puede recuperar la facultad de vencer anticipadamente el crédito. Y argumenta como sigue.*

Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo y a la luz del apartado 32 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de marzo del 2012 (*Perenicová*) y del apartado 68 de las conclusiones de la abogada general en ese asunto, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco). De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa. Parece claro que, si el contrato sólo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero, si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico sólo tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario. Estaríamos, pues, en el supuesto al que se refiere la abogada general del asunto *Perenicová*, en que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas.

## 2.2. Comentario

La argumentación de la sentencia parece mezclar unas cosas con otras: que la hipoteca no pueda subsistir sin una cláusula de vencimiento anticipado, que el banco no hubiera dado crédito sin garantía, que no cabe plantear la hipótesis de que las partes hubieran pactado un préstamo hipotecario sin aquella cláusula. La mayor parte de este argumentario sería aplicable a toda situación de nulidad de cláusula y llevaría a propugnar la nulidad total como regla, contra la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Lo más curioso del argumento es que se sostenga en un postulado que es erróneo, a saber, que un préstamo podría subsistir sin una cláusula de vencimiento anticipado, pero que una hipoteca no podría. La hipoteca como derecho real puede subsistir indefinidamente, como puede hacerlo un censo consignativo, hasta que el deudor la redima mediante el pago. Lo que no puede subsistir es una hipoteca indefinida que no garantice un flujo permanente de pagos; es decir, lo que no puede «subsistir» es que el préstamo no se pague en sus términos y que el acreedor no pueda hacer nada. Es la condición deudor-acreedor (no la de hipotecante-titular de la hipoteca) la que no tolera que el incumplimiento del contrato carezca de consecuencias.

Con esto sólo critico la argumentación de la sentencia, pero no su decisión de fondo. Otra solución hubiera propiciado la consagración del oportunismo, del despilfarro de recursos, del parasitismo social. Yo siempre sostuve que la doctrina sobre la nulidad-sin-integración de las cláusulas de vencimiento anticipado era un dislate y un abuso institucional del derecho. El Tribunal Supremo *ha escrito recto con renglones torcidos*, siendo preferible el remedio a la enfermedad.

## 3. «La hipoteca no puede subsistir sin el derivado implícito por el que se determina el interés remuneratorio»

### 3.1. La sentencia

En la *Sentencia 559/2019, de 23 octubre*, el Tribunal Supremo analiza el contrato de préstamo hipotecario cuya remuneración estaba vinculada a un contrato derivado (*swap*). Ni la Sala ni tampoco la Audiencia Provincial recogen textualmente cuál era el tenor del derivado «implícito», si bien la segunda destaca que era de una severísima complejidad. Los prestatarios alegan haber incurrido en un error de consentimiento en la contratación por la complejidad del producto y piden que se declare la *nulidad del derivado*, procediendo a la anulación de los cargos y abonos en la cuenta de los demandantes «para que las partes afectadas por la nulidad vuelvan a tener la situación personal y patrimonial anterior al efecto invalidador». En las dos primeras instancias se aprecia el error vicio y se estima la pretensión de los demandantes. No obstante, en la casación, el banco aduce que no cabe declarar la nulidad parcial en este caso sin que afecte a la validez del resto

del contrato, dado que el derivado estaba directamente relacionado con el precio del préstamo. En tanto en cuanto dicho derivado es parte inescindible del contrato de préstamo y el interés del préstamo debía fijarse de acuerdo con el derivado en cuestión, el error derivado del incumplimiento de las obligaciones de información y que recae sobre el *swap* puede dar lugar a la nulidad total del contrato, pero no a la nulidad parcial ni a la supresión del derivado e integración del contrato mediante la inclusión de un interés variable referenciado al euríbor.

Según la Sala de casación, en este caso se trata de un solo contrato cuya parte central compone el derivado y no de dos contratos independientes, como ocurriría si el *swap* se celebrara paralelamente al contrato de préstamo con la finalidad de «asegurar» al prestatario frente a las posibles subidas de los tipos de interés. Aquí el derivado determina el precio del préstamo, con lo cual su anulación por un error vicio tiene que implicar necesariamente la nulidad del contrato de préstamo, que ni puede subsistir sin la cláusula determinante del precio ni puede integrarse con referencia a cualquiera de los índices bancarios propuestos, como el euríbor, porque en la economía del mercado no existe legislación supletoria que pudiera aplicarse en defecto de una cláusula de precio válida.

### 3.2. Comentario

Como no conocemos el tenor del derivado, no podemos hacer un juicio sobre si el préstamo hipotecario podía o no subsistir sin aquél. Pero es seguro que sí hubiera podido subsistir, porque las dos primeras instancias estimaron la demanda, no sabemos si con o sin integración subsiguiente de la nulidad parcial, afectante al derivado, pero sin ninguna dificultad para practicar la escisión contractual.

Que el derivado fuera «implícito» no comporta nada en términos contractuales. Recordemos que el Tribunal Supremo ha procedido en varias ocasiones por vía de nulidad-reconversión, a pesar de haberse atacado la sustancia del contrato, como ocurrió en las hipotecas multidivisas, que en la práctica (no en la técnica) operan en términos equivalentes a si se construyeran sobre un derivado implícito. Y se ha salvado el contrato de hipoteca (porque beneficiaba al consumidor) mediante una reconstrucción casi integral de los elementos esenciales del negocio.

La argumentación implícita de la Sala no se deja ver con claridad al estar la pretensión delimitada por los términos del recurso del banco. La argumentación implícita es que no se ha operado en el seno del protocolo de nulidad de cláusulas de la Directiva 93/13, sino por la vía de la anulación del contrato por error del consentimiento. Según jurisprudencia asentada en esta materia (y especialmente en contratos financieros), en las acciones de anulación no cabe mantener un resto de validez del contrato, no cabe la nulidad parcial.

El argumento es de pura dogmática y con poco peso material, con una sentencia netamente desfavorable a los intereses del consumidor actor del pleito, al tener que restituir sin plazo la totalidad del préstamo pendiente de pago. Cuando un contratante ejerce una acción de nulidad por vicio del consentimiento no tiene que ponerse forzosamente en la tesitura de quien quiere renunciar a todo el beneficio del contrato; podrá querer tal cosa, pero acaso le basta con librarse de una parte del contrato, divisible, sobre la que haya recaído el vicio de consentimiento. No existe ninguna regla, ni puede proponerse, en virtud de la cual *el contratante que anule por vicio del consentimiento no pueda retener ningún resto de interés de cumplimiento*, como lo prueba que, al menos en caso de dolo, podría reclamar la indemnización de este interés de cumplimiento por medio de una acción de responsabilidad *in contrahendo* del artículo 1270 del Código Civil.