

El préstamo simple o mutuo y su posible resolución por incumplimiento

FRANCISCO SANTANA NAVARRO

Profesor ayudante doctor de Derecho civil
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

RESUMEN

Este trabajo analiza la posibilidad de resolver el contrato de préstamo simple por incumplimiento, de acuerdo con el artículo 1124 del Código Civil, a pesar de que tradicionalmente se le ha atribuido un carácter real y unilateral. Admitida la resolución del préstamo, determinaré qué entidad será exigible al incumplimiento resolutorio en función del tipo de préstamo, así como sus efectos. Asimismo, el trabajo analiza la nulidad por abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago, y sus consecuencias sobre la subsistencia del contrato. Realizaré una valoración crítica de la doctrina jurisprudencial según la cual los préstamos hipotecarios no pueden subsistir sin tales cláusulas, y su anulación perjudica al consumidor. De tal doctrina, el Tribunal Supremo deriva la necesidad de sustituir la cláusula viciada por una norma posterior, el artículo 24 LCCI, sin remitir, por tanto, a las partes a un proceso declarativo, lo que entiendo disuadiría al profesional de su utilización. No obstante, esta jurisprudencia se limita a los préstamos hipotecarios, por lo que el artículo 1124 CC será un precepto relevante en los casos de incumplimiento del contrato de préstamo de tipo personal pero, además, en determinadas circunstancias y aspectos, operará ante el incumplimiento del contrato de préstamo hipotecario.

PALABRAS CLAVE

Contrato de Préstamo. Resolución por incumplimiento. Cláusula de vencimiento anticipado. Cláusulas abusivas. Nulidad por abusividad.

The simple or mutual loan and its possible resolution for breach

ABSTRACT

This paper analyzes the possibility of resolving the simple loan contract due to noncompliance, in accordance with article 1124 of the Civil Code, despite the fact that it has traditionally been attributed a real and unilateral nature. I will determine which gravity will be enforceable upon the resolution default based on the type of loan, as well as the effects of the contractual resolution. Likewise, the work analyzes the nullity due to abusiveness of the early termination clauses due to non-payment, and its consequences on the subsistence of the contract. I will make a critical assessment of the jurisprudential doctrine according to which mortgage loans cannot subsist without such clauses, and their cancellation harms the consumer. From such doctrine, the Supreme Court derives the need to replace the vitiated clause with a later rule, article 24 LCCL, without therefore referring the parties to a declaratory process, which I understand would dissuade the professional from using the unfair terms. However, this jurisprudence is limited to mortgage loans, so article 1124 CC will be a relevant precept in cases of breach of the personal loan contract but, in addition, in certain circumstances and aspects, it will operate in the event of breach of the mortgage loan contract.

KEY WORDS

Loan contract. Resolution for non-compliance. Early termination clause. Abusive clauses. Invalidity of abusive clauses.

SUMARIO: I. Introducción.–II. La regulación codificada del contrato de mutuo como contrato de naturaleza real y unilateral: 1. Introducción. 2. El mutuo en el Código Civil como contrato real. 3. El consecuente carácter unilateral del contrato de mutuo.–III. El contrato de mutuo consensual. 1. La admisión del contrato de mutuo consensual. 2. El precontrato o promesa de contrato de mutuo. 3. El mutuo consensual gratuito.–IV. La resolución por incumplimiento del contrato de mutuo. 1. El fundamento de la resolución por incumplimiento. 1.1 Teorías formuladas. 1.2 Valoración crítica. 2. La resolución del contrato de mutuo consensual. 3. La resolución del contrato de mutuo real. 3.1. Tesis tradicional impeditiva. 3.2. La admisión de la resolución por incumplimiento del contrato de mutuo real. 3.2.1. La tesis de la reciprocidad entre la obligación de pago de intereses y el plazo de devolución de la cantidad prestada. 3.2.1.1. Planteamiento. 3.2.1.2. Valoración crítica. 3.2.2. La tesis interpretativa del ámbito del artículo 1124 CC. 3.2.2.1. Planteamiento. 3.2.2.2. Valoración crítica.

tica. 4. El incumplimiento resolutorio. 4.1. Introducción. 4.2. Préstamos hipotecarios. 4.2.1. Ámbito de aplicación de la Ley Reguladora de Los Contratos de Crédito Inmobiliario. 4.2.2. Valoración de la solución dada por la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021. 4.3. Préstamos personales. 5. Efectos de la resolución del contrato de préstamo.—V. La nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago y la resolución del contrato de préstamo. 1. Introducción sobre el vencimiento anticipado de los préstamos por impago. 2. Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado por impago. 3. El control abstracto de las cláusulas de vencimiento anticipado: la intrascendencia de su falta de aplicación. 4. La imposible abusividad parcial de la cláusula de vencimiento anticipado por impago. 5. La integración del contrato o sustitución de la cláusula de vencimiento anticipado por la regulación legal. 5.1 Precedentes jurisprudenciales de la STJUE de 26 de marzo de 2019. 5.2 La doctrina de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y de la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019. 5.2.1 Valoración crítica. 5.2.1.1 ¿Imposible subsistencia del contrato? 5.2.1.2 Los perjuicios causados al consumidor. 5.2.1.3 Valoración crítica de la integración del contrato. 6. Valoración final de la utilidad del artículo 1124 CC en los contratos de préstamo.—VI. Conclusiones.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del contrato de préstamo simple o mutuo realizada en los artículos 1740 y 1753 a 1757 CC atribuye a este contrato naturaleza real y, consecuentemente unilateral. Este carácter unilateral se opone a los presupuestos del artículo 1124 CC, que otorga la facultad de resolver las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe, por lo que no cabría su resolución por incumplimiento del prestatario. Por ello, en una primera parte de este trabajo estudiaré los caracteres del préstamo en su regulación codificada; a continuación, determinaré si es posible configurar un contrato de mutuo de naturaleza consensual y bilateral que permita la operatividad del artículo 1124 CC y, finalmente, me pronunciaré sobre si cabe resolver un contrato de mutuo de tipo real.

El Tribunal Supremo en Sentencia, de Pleno, de 11 de julio de 2018 se pronunció a favor de la resolución por incumplimiento de los contratos de mutuo, en aplicación del artículo 1124 CC¹. Esta sentencia fue dictada en un contexto de paralización de ejecuciones hipotecarias provocada por el planteamiento, ante el TJUE, de cuestiones prejudiciales sobre la nulidad de las cláusu-

¹ TOL6.664.586, Ponente Excmo. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

las de vencimiento anticipado, que se han resuelto en el sentido de permitir integrar el contrato si este, a criterio del juez nacional, no puede subsistir sin tal cláusula, y la anulación del contrato perjudica al consumidor. Dado que el Tribunal Supremo en Sentencia, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, ha estimado que se dan estas dos condiciones y ha permitido sustituir la cláusula viciada por el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, realizaré una valoración de los presupuestos en que se asienta dicha sustitución, así como de la opción elegida frente a la aplicación artículo 1124 CC². Además, como quiera que esta última jurisprudencia se limita a los préstamos hipotecarios, en la parte final del trabajo argumentaré que el artículo 1124 CC continuará siendo un precepto relevante en los casos de incumplimiento del contrato de préstamo de tipo personal, pero, además, en determinadas circunstancias y aspectos, en el contrato de préstamo hipotecario.

II. LA REGULACIÓN CODIFICADA DEL CONTRATO DE MUTUO COMO CONTRATO DE NATURALEZA REAL Y UNILATERAL

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 1740 CC define el contrato de préstamo simple como aquel en el que «una de las partes entrega a la otra... dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad». Este concepto se da junto con el del comodato, por el que «una de las partes entrega a la otra... alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva».

Tales definiciones, realizadas de forma unitaria en el mismo precepto, obedecen a que en ambos contratos una persona entrega una cosa a otra y, transcurrido un tiempo, el receptor habrá de restituir la misma cosa, en el caso del comodato, u otra del mismo género y calidad, en el caso del préstamo simple o mutuo³.

Sin embargo, a continuación, el Código Civil regula las dos figuras de forma separada: el comodato en los artículos 1741 a 1752 y el préstamo simple en los artículos 1753 a 1757. Este tratamiento obedece a las notables diferencias que presentan uno y otro. Así, el objeto del mutuo es «dinero u otra cosa fungible», lo

² TOL7.474.304, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

³ Por todos, PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.891.

que le permite al prestatario o mutuario adquirir su propiedad (art. 1753 CC), con la obligación de devolver al prestamista o mutuante «otro tanto de la misma especie y calidad», es decir el *tantundem*. Por el contrario, el objeto del comodato es una cosa no fungible, el comodante conserva su propiedad y el comodatario debe restituir el objeto. Habida cuenta de estas materias disímiles, en el contrato de comodato los riesgos de pérdida o deterioro fortuito de la cosa entregada los sufre el comodante al conservar su propiedad. Por el contrario, en el mutuo es el prestatario o mutuario quien corre con dichos riesgos al haber adquirido la propiedad de la cosa. Otra diferencia la encontramos en la extinción porque, tratándose del comodato, la cosa puede reclamarse antes de la finalización del plazo si el comodante tuviere urgente necesidad de ella (art. 1749 CC), mientras que en el mutuo no se le confiere al prestamista la facultad de reclamar libremente la devolución antes del plazo pactado. Finalmente, de acuerdo con los dos últimos párrafos del artículo 1740 CC, «el comodato es esencialmente gratuito, mientras que el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés»⁴.

2. EL MUTUO EN EL CÓDIGO CIVIL COMO CONTRATO REAL

Para determinar si el artículo 1124 CC resulta aplicable al contrato de mutuo debemos estudiar si efectivamente posee carácter real porque, como veremos, de él se deriva su naturaleza unilateral y, en teoría, la imposibilidad de su resolución por incumplimiento con base en tal precepto, limitado en principio a los contratos bilaterales.

Pues bien, el artículo 1740 CC define el préstamo simple o mutuo como aquel contrato por el que «una de las partes entrega a la otra...dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad». Debe repararse que en tal definición se dice que «una de las partes entrega a la otra»; no se emplea la fórmula general de obligarse a entregar, propia de los contratos consensuales como la compraventa (art. 1445 CC)⁵. Por tanto, el contrato de préstamo así configurado exige para su perfección no solo el consentimiento de las partes sino también la entrega de la cosa; entrega que no formará parte de la fase de consumación o ejecución contractual sino de su perfeccionamiento. Esto deter-

⁴ En cambio, el artículo 5121-5 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil configura el contrato de préstamo simple como naturalmente oneroso al disponer que «Salvo estipulación en contrario, el dinero prestado produce interés».

⁵ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.600, y ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 45-46.

mina que el préstamo simple se califique como contrato real y, por ello, hasta que el prestamista no entregue la cosa no surgirá para el prestatario la obligación de devolver⁶.

Con esta regulación, el Código Civil se apartó del Proyecto de 1851, cuyo artículo 1630 señalaba que el «préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa». Por tanto, el proyecto configuraba este contrato como consensual al emanar de él la obligación de entregar la cosa por el prestamista, sin exigir, por tanto, la *datio* como presupuesto de la perfección contractual. Ello obedecía a que el proyecto partía de que todos los contratos eran consensuales, por lo que podían perfeccionarse por el mero consentimiento⁷. En esto no se apartó el vigente Código Civil, cuyo artículo 1254 también consagra tal principio, pero aquel proyecto no excluía de esta regla al contrato de préstamo, como sí hace el primero, que lo configura como un contrato real⁸. La opción por la que se decantó el Código Civil se vio más acertada que la del proyecto, porque esta anulaba la naturaleza propia del contrato de préstamo, que exigía la entrega para hacer surgir obligaciones a cargo del prestatario⁹.

Al igual que nuestro Código Civil, otros códigos de nuestro entorno, como los de Francia, Italia y Portugal, regulan el mutuo como contrato real al requerir la entrega de la cosa para su perfección¹⁰. Sin embargo, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil configura este contrato como consensual¹¹.

La categoría de los contratos reales que agrupa a los contratos de préstamo, depósito y prenda, procede del Derecho romano en el que tenían en común la necesaria entrega de la cosa o *datio rei* para su nacimiento. Estos contratos requerían, además del acuerdo de las partes, una *traditio rei*, de tal forma que la obligación de restitución se producía por la entrega de la cosa (*re contrahitur obligatio*)¹². La causa de los contratos reales es, de una parte, la entrega que realiza el acreedor, que es necesaria para que el contra-

⁶ Vid. Díez-PICAZO, 2010, p. 553; LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 298; PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.892; ALFARO ÁGUILA-REAL, p. 317; DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.982, y FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, p. 43. Así, MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, p. 481, señala que «cuando al acuerdo de voluntades, alma del contrato, es preciso añadirle la entrega de una cosa, hecho del que arrancan los efectos jurídicos del negocio, estamos ante los contratos reales».

⁷ GARCÍA GOYENA, 1852, pp. 58-59. Cfr. artículo 973 del Proyecto.

⁸ Vid. ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 88.

⁹ MANRESA, 1972, pp. 797-798.

¹⁰ Cfr. artículo 1892 del Código Civil francés; artículo 1142 del Código Civil portugués, y el artículo 1813 del Código Civil italiano.

¹¹ Cfr. artículos 5121-1 y 5121-2. Vid. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2016, p. 70, y ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 107.

¹² Vid. SCHULZ, 1960, pp. 448 y 484.

to se perfeccione, y de otra, la obligación (u obligaciones) que asume el deudor, siendo el fin de la entrega facilitar a otra persona la disponibilidad de una suma de dinero, y obtener, además, eventualmente, una compensación o contrapartida¹³.

Esta naturaleza real se ha visto reflejada en gran número de pronunciamientos dictados durante el siglo pasado y el presente¹⁴. Particularmente, el carácter real ha sido determinante en una serie de sentencias que apreciaron que no existía contrato al faltar la entrega. Así, la STS de 28 de marzo de 1983 rechazó una reclamación fundada en un reconocimiento de deuda respecto del que se alegaba que tenía su causa en un préstamo en metálico cuya realización no pudo acreditarse. Señaló el TS que la presunción de causa negocial prevista en el artículo 1277 CC en modo alguno consiente una atribución económica sin este requisito ni la configuración de un negocio abstracto, por lo que de acuerdo con los artículos 1740 y 1753 CC no puede tenerse por existente un préstamo e imponer la obligación de devolver determinada cantidad sin acreditarse la previa entrega de numerario por el prestamista al prestatario¹⁵.

También resultó decisivo el carácter real del préstamo en la STS de 27 de octubre de 1994, que señaló que no cabe el cobro de efectos cambiarios no transmitidos a terceros, presuntamente sustentados en un préstamo, si no se acredita la entrega de cantidad al obligado cambiario¹⁶.

Incluso la STS de 27 de marzo de 1999 vetó una determinada configuración negocial realizada por las partes, por considerar que el aplazamiento de la entrega del dinero al prestatario resultaba contraria a la naturaleza real del contrato de préstamo. Se trataba de una escritura pública de préstamo hipotecario en virtud de la cual el promotor prestatario no recibía inmediatamente el capital,

¹³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1985, p. 540.

¹⁴ Cfr. SSTS de 4 de mayo de 1943 (TOL4.458.844, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez), sobre la que volveremos, 8 de julio de 1974 (TOL 4.253.371, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramon), que desestimó la falta de perfección del contrato de préstamo alegada por un fiador solidario, al ser una cuestión nueva, pero a continuación refrendó el carácter real del préstamo y entendió verificada la entrega al haberse ingresado en cuenta la suma prestada, y 7 de octubre de 1994 (TOL1.666.249, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), dictada en un litigio sobre ventas enlazadas de fincas, en el que se apreció que no existía contrato por no haberse entregado la cosa. También, entre otras, *vid.* SSTS de 22 de mayo de 2001 (TOL4.974.352, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez); 7 de octubre de 2005 (TOL725.227, Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán) y 26 de marzo de 2007 (TOL1.050.579, Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel).

¹⁵ TOL1.738.926, Ponente Excmo. Sr. D. Jaime De Castro García.

¹⁶ TOL1.666.532, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes. La sentencia no puso en duda la entrega voluntaria de los efectos cambiarios, pero no consideró probada la entrega del dinero necesaria para el nacimiento del contrato real de préstamo alegado por el actor.

sino que quedaba depositado en una cuenta de la entidad prestamista y a medida que aquel presentase las certificaciones de obra iría recibiendo el capital¹⁷.

La regulación codificada del préstamo como contrato de naturaleza real y la entrega como requisito de su perfección, se han justificado en que no puede existir obligación de devolución a cargo del prestatario sin previa entrega. También se ha acudido a la falta de obligatoriedad de las promesas gratuitas de dar, lo que, unido a la regulación de este contrato como naturalmente gratuito (arts. 1740 y 1755 CC), hace precisa la *datio* como forma normal de exteriorizar la voluntad de obligarse¹⁸.

Conviene precisar que se equipara a la entrega de la cosa su puesta a disposición del prestatario. También puede recibirse la cosa con anterioridad al contrato. Así, se entenderá por realizada si el prestatario confiesa en la escritura pública que tiene por recibida la suma del préstamo¹⁹. Con gran vocación didáctica la STS de 31 de mayo de 1968 señaló: «lo esencial para la existencia del préstamo no es que la entrega de la cosa sea simultánea a la firma del contrato, sino que el deudor reconozca o el acreedor pruebe que dicha cosa o cantidad la tiene, en efecto, recibida con obligación de devolverla en plazo determinado»²⁰.

3. EL CONSECUENTE CARÁCTER UNILATERAL DEL CONTRATO DE MUTUO

De acuerdo con la definición legal de mutuo (contrato por el que «una de las partes entrega a la otra...dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver otro tanto de la misma especie y calidad») como hemos señalado, la entrega de la cosa o *datio rei* por el

¹⁷ TOL1.933.106, Ponente Excmo. Sr. D. José Menéndez Hernández. Se reclamaban por el promotor los daños debidos a la falta de liquidez que le provocó el pacto de unos plazos de ejecución de la obra de imposible cumplimiento lo que le impidió disponer del préstamo adecuadamente, pretensión que sería estimada.

¹⁸ Vid. LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2018, p. 151, y JORDANO BAREA, 1958, pp. 100-103, aunque advierte que hay promesas gratuitas como la de fianza o la de pago por tercero que poseen carácter vinculante, aun desprovistas de forma especial. También PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.893, y ATAZ LÓPEZ, 2019, 64, quien explica cómo en Roma por el simple hecho de aceptarse la promesa de dar en préstamo, no surgía el contrato, ya que el contrato solo nacía cuando el promitente entregaba al promisorario la cosa que se había obligado a entregar.

¹⁹ Cfr. SSTS de 28 de octubre de 1909 (TOL5.055.601, Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal), y 16 de octubre de 1993 (TOL1.663.957, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes).

²⁰ TOL4.276.660, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero. El demandado alegaba que los fondos percibidos, no lo fueron en concepto de préstamo, sino fruto de un saldo deudor después de practicada una liquidación de sociedad habida con el acreedor, alegación que sería desestimada.

prestamista forma parte de la fase de perfección, no de la consumación o cumplimiento contractual. Por tanto, este no generará obligaciones para el prestamista, sino solo para el prestatario, quien habrá de devolver la cantidad recibida. En definitiva, de este carácter real se derivará su naturaleza unilateral puesto que solo hacer surgir obligaciones para una de las partes²¹. En tal sentido, Pothier definió los contratos bilaterales o sinalagmáticos como aquellos en que cada una de las partes contratantes se compromete para con la otra; mientras que los contratos unilaterales son aquellos por los cuales solo uno de los contratantes se compromete para con la otra, y ponía como ejemplo de estos últimos al contrato de préstamo²². Los caracteres, real y unilateral, del mutuo conllevan una regulación legal que únicamente comprende la fase posterior a la entrega de la cosa (art. 1740 CC), y no la previa, porque normalmente la entrega se produce en el momento de conclusión del acuerdo²³.

Han sido innumerables los pronunciamientos que han corroborado el carácter unilateral del préstamo y lo han vinculado a su naturaleza real, como la STS de 12 de febrero de 1946 que señaló: «La naturaleza jurídica del préstamo... determina su perfección contractual por la entrega y consiguiente transmisión del dominio de la cosa prestada, sin producir otro contenido de obligaciones que el de las de índole unilateral que el prestatario contrae²⁴» y, en modo análogo, la STS de 6 de marzo de 1999: «El pacto de préstamo alcanza su perfección contractual por la entrega y transmisión de las cosas prestadas, generando el contenido obligacional esencial, de índole unilateral, a cargo del prestatario, en cuanto queda sujeto a devolver lo recibido»²⁵.

El Tribunal Supremo, hasta hace relativamente poco, ha recalcado el carácter unilateral del préstamo, aunque el contrato sea oneroso en virtud de un eventual pacto de intereses porque, en tal caso, el prestatario continúa como el único obligado²⁶. No obstan-

²¹ *Vid.*, entre otros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.603; ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, pp. 4.469-4.470; PETIT LAVALL, 2013, p. 5.839, y BATALLER RUIZ, 2011, p. 888.

²² POTHIER, 1859, p. 15. Como señala DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, 1985, p. 531, nota 3, en los contratos reales «solo una de las partes (el *accipiens*) promete. La otra no formula una promesa, sino que entrega una cosa bajo ciertas condiciones».

²³ *Vid.* JORDANO BAREA, 1958, pp. 134 y 135; Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2018, pp. 151-152, y LACRUZ BERDEJO, 2013, pp. 162-163, aunque reconoce que en la práctica bancaria tarda algún tiempo en llegar los fondos a la cuenta del acreditado.

²⁴ TOL4.455.794, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez.

²⁵ TOL5.120.687, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

²⁶ Cfr. STS de 22 de mayo de 2001 (TOL4.974.352, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez): «El contrato de préstamo o mutuo con o sin intereses es un contrato real, en cuanto sus efectos propios no surgen hasta que se realiza la entrega de la cosa, o sea que además del consentimiento precisan la entrega de la cosa por una de las partes a la otra y tal entrega implica un elemento esencial que solo se da en algunos

te, analizaré determinados pronunciamientos y opiniones doctrinales que han advertido que el pacto de intereses convierte el mutuo en un contrato bilateral. Y también estudiaré la admisión de un contrato de mutuo consensual, al margen del específicamente regulado en los artículos 1740 ss. del Código Civil.

III. EL CONTRATO DE MUTUO CONSENSUAL

1. LA ADMISIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO CONSENSUAL

Examinada la configuración por el Código Civil del mutuo como contrato real, debemos estudiar el valor del consentimiento otorgado para la realización de un préstamo sin mediar la entrega. Esto es, si cabe construir un préstamo como contrato consensual que obligue al prestamista a la entrega de la cosa y, concretamente, legitime al prestatario a exigir el cumplimiento de tal obligación.

Debe partirse de que el Código Civil, de forma general, cimenta el contrato a partir del consentimiento de las partes, momento que marcará su perfección de acuerdo con los artículos 1254 y 1258. Además, reconoce en su artículo 1255 la autonomía de la voluntad contractual, sin que se prohíba este tipo de contratos. Y es que con base en este precepto las partes, al fijar el contenido del contrato, indirectamente también determinan el tipo contractual²⁷. Por tanto, se debe admitir el contrato de mutuo consensual del que surgirá para el prestamista la obligación de entregar la cosa²⁸. Algún autor francés afirmó que la naturaleza del préstamo no exigía la entrega de la cosa, porque lo mismo cabría afirmar de todo contrato en el que una parte se obliga a entregar una cosa y la otra a devolverla, como por ejemplo el arrendamiento; y se añadía que siempre que las partes se han

grupos de contratos. Además, es un contrato unilateral en cuanto solo produce obligaciones para una de las partes, el mutuario o prestatario. El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda, no da al prestamista la posición de obligado».

²⁷ ATAZ LÓPEZ, 2013, p. 149.

²⁸ *Vid.* ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 801, quien señala «no es razonable estimar que en un Derecho que, como el nuestro, parte de la base de que la raíz del contrato está en el acuerdo de voluntades, rechaza absolutamente la obligatoriedad jurídica —es decir, el valor de contrato— de tal acuerdo, cuando decididamente las partes quieren quedar jurídicamente obligadas por él»; LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162, quien se fundamenta en el artículo 1255 CC para afirmar que «es indudable la validez y eficacia de un contrato por el que el prestamista se obligue a entregar la cosa o cantidad en tal o cual fecha, y la otra parte a restituir en su día las cantidades que recibirá en el futuro...». En análogo sentido, Díez-PICAZO, 2010, pp. 553-554, señala que ningún contrato «está pensado para que la regla de la consensualidad no le sea aplicable», y PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.893.

puesto de acuerdo sobre la cosa y la duración del préstamo nada se opone a que el contrato nazca inmediatamente²⁹.

Pero estos contratos de mutuo de constitución consensual no dejan a su vez de ser reales, desde la perspectiva de que no se puede pedir la restitución de lo que no se entregó. Si bien, la entrega ya no es, como lo era en el Derecho romano, un elemento de perfección del contrato³⁰. Efectivamente, en el mutuo consensual la *datio rei* por el prestamista es cumplimiento de una obligación previamente asumida y, por tanto, ejecución del contrato³¹. El hecho de que la obligación de restitución no surja hasta la entrega por el prestamista no convierte en reales a estos contratos, sino que es simple consecuencia de que la entrega ha de preceder a la restitución³².

El Tribunal Supremo ha aceptado en diversos pronunciamientos el contrato de préstamo de tipo consensual. Con enorme claridad en su sentencia de 22 de diciembre de 1997 se refiere a la coexistencia de estos dos tipos de préstamo al señalar que «... en nuestro derecho, el préstamo puede ser consensual o real, según los casos». No obstante, el contrato objeto de litigio fue calificado como un préstamo real dado que la entrega del dinero tuvo lugar al momento de su firma³³.

La STS de 26 de marzo de 2007, con fundamento en el artículo 1255 CC, permite el contrato de préstamo consensual, mediante el que una de las partes se obliga a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo, añade, sin que sea óbice a ello la falta de regulación de la fase consensual previa. No obstante, llama la atención que el contrato objeto de pleito se califique como real a pesar de no entregarse la totalidad de la suma prometida en el momento de su perfección, pues se trataba de un préstamo a un promotor inmobiliario mediante el que la prestamista se comprometió a entregar el resto una vez la obra alcanzara determinados niveles de ejecución³⁴.

²⁹ CAPITANT, 2019, pp. 42-43, quien además considera un error estimar que el contrato de préstamo es de tipo real por su naturaleza económica y la fuerza de las circunstancias, ya que en la práctica el contrato se halla perfecto y el prestatario se obliga antes de poner en sus manos la cantidad que necesita.

³⁰ LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162.

³¹ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.601.

³² RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 165-166, quien añade que lo mismo sucede en el arrendamiento, dado que el arrendador no puede pedir la restitución de la cosa si esta no se ha entregado al arrendatario.

³³ TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo. Se trataba de una operación en garantía de la cual el prestatario aceptó una letra de cambio, librada a su propia orden por el prestamista, y otorgó un poder notarial para constituir hipoteca, que sería revocado antes de su formalización.

³⁴ TOL1.050.579, Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel. La posición contractual de la promotora, quien aún no había percibido la totalidad de lo

Este planteamiento contrasta con la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 19 de julio de 2018, que tácitamente avala la configuración consensual de un préstamo al apreciar su perfección, aunque no se hubiese entregado todo el capital objeto de contrato³⁵.

La STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018 (en cuyo estudio profundizaremos) admite al amparo de la autonomía privada (art. 1255 CC) «la validez de un contrato de préstamo consensual dirigido a crear la obligación de prestar». Es más, sostiene que, como regla general, a la entrega del capital suele preceder un acuerdo. En el caso resuelto por esta sentencia se había hecho constar en la escritura pública de préstamo hipotecario que el prestatario había percibido la suma con anterioridad, lo que para el Tribunal Supremo demuestra que el instrumento público documentó el previo acuerdo³⁶.

Lo cierto es que en la práctica bancaria el préstamo es un contrato consensual, en virtud del cual el prestamista se obliga a entregar la suma acreditada y el prestatario a recibirla y a devolverla³⁷. Así, el préstamo en cuenta corriente es de tipo consensual puesto que la entidad crediticia devenga la comisión en el primer instante, antes de que se produzca la primera extracción del dinero y, además, la entrega de la cantidad por la entidad prestamista se produce con posterioridad a la suscripción del contrato³⁸.

Para otros autores el hecho de que la entrega se demore no supone el cumplimiento de una obligación, ni que este contrato de

prometido, fue objeto de cesión a un tercero y la entidad prestamista demandada por el cesionario del crédito alegó que del contrato de préstamo solo surgían obligaciones para el prestatario, dado su carácter real, pero no derechos. El TS rechaza tal argumentación dado que del contrato en cuestión también surgió a favor de la entidad prestataria un crédito contra el prestamista por la suma aplazada que se obligó condicionadamente a entregarle. No obstante, como la obligación de prestar se encuentra unida a la obligación de devolver y un cambio en el receptor de la suma conllevaría un cambio de deudor, la sentencia no tuvo por realizada la cesión al faltar el consentimiento de la prestamista (art. 1205 CC).

³⁵ BOE, 7 de agosto de 2018. Se trataba de una escritura de préstamo hipotecario en la que figuraba que la sociedad acreedora había entregado a la parte prestataria solo una parte del importe del préstamo, en concreto 12.800 € de los 21.700 € a que ascendía; y el resto fue retenido por la prestamista para el abono de gastos de intermediación, tasación, notaría, gestión, tributarios y registrales.

³⁶ TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. Señala al respecto: «...la entrega del dinero es en la mayor parte de los casos el cumplimiento de un acuerdo antecedente de las partes que, al entregar, no necesitan reiterar su consentimiento. Si, como sucedió en el caso litigioso, con posterioridad se otorga escritura pública, lo único que hacen las partes es documentar su acuerdo».

³⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2009, p. 1.195.

³⁸ *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 2013, pp. 162-163, quien advierte que en la práctica bancaria se tarda algún tiempo en ingresar los fondos en la cuenta corriente del prestatario; ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.470, y GONZÁLEZ PORRAS, 2014, p. 369, en referencia a las pólizas de crédito.

mutuo deje de ser unilateral, porque no nacerá hasta la entrega³⁹. Ahora bien, como señala la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, la entrega del capital es en la mayor parte el cumplimiento de un previo acuerdo, por lo que tal entrega posterior no suprime el carácter consensual y bilateral del contrato⁴⁰.

De otra parte, el préstamo de carácter consensual se ha impuesto en las leyes especiales que regulan la contratación con consumidores. El artículo 2 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, regula una oferta vinculante de la entidad de crédito que pretende subrogarse en la posición de la anterior acreedora. En la misma línea, el artículo 16 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, dispone que la oferta vinculante que realicen las entidades de crédito tendrá un período de validez no inferior a diez días hábiles desde su entrega.

De modo análogo, el artículo 1 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos crédito al consumo, define al contrato de crédito al consumo como aquel contrato en que un prestamista (que de acuerdo con el artículo 2.2, será una persona física o jurídica que ejerce comercial o profesionalmente la actividad) concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación⁴¹.

Igualmente, la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, permite un préstamo consensual, pues su artículo 4 define el contrato de préstamo como «el contrato mediante el cual un prestamista concede o se compromete a conceder un préstamo a un prestatario»⁴².

En efecto, tales definiciones de los contratos de crédito al consumo y crédito inmobiliario no exigen expresamente que la suma

³⁹ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, pp. 49-50.

⁴⁰ *Vid.* nota 36.

⁴¹ *Vid.* ORDÁS ALONSO, 2013, p. 43. Sin embargo, para Díez-PICAZO, 2011, p. 568, la expresión «concede o se compromete a conceder», hace que en la ley penetren tanto los contratos de crédito consensual como los de carácter real. Nosotros entendemos, junto con la primera autora, que se trata de una referencia a la oferta vinculante que puede existir o no, en función de que el consumidor la exija. En este sentido, el artículo 8 impone al prestamista, que ofrezca un crédito a un consumidor, entregarle antes de la celebración del contrato, si aquél así lo solicita, un documento con todas las condiciones del crédito, como oferta vinculante que deberá mantener durante un plazo mínimo de catorce días naturales desde su entrega, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a él.

⁴² *Vid.* ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 142-143, quien añade que de no ser consensual el préstamo, no sería entendible la protección que dispensa al prestatario durante la preparación del contrato, antes, por tanto, de la entrega del capital.

haya sido entregada. En el ámbito doctrinal, también se han considerado a estos acuerdos de concesión del crédito comunicados por el prestamista al prestatario como una manifestación del préstamo consensual (art. 1262 CC)⁴³.

Por otro lado, en el Marco Común de Referencia para la Unificación del Derecho privado europeo (DCFR), así como en algunos códigos civiles de nuestro entorno, el préstamo se configura como un contrato consensual. Así sucede en el BGB alemán, o en el Código Civil holandés que, sin embargo, en caso de que el prestamista no sea profesional, niega efectos obligacionales al acuerdo hasta que se produzca la entrega al prestatario o se formalice por escrito⁴⁴. Por esta tendencia, se ha proclamado la necesidad de que el legislador considere con carácter general al préstamo, y también al comodato, contratos consensuales⁴⁵.

En estos préstamos consensuales, la entrega de la cosa por el prestamista no resulta un presupuesto de la perfección del contrato (como ocurre en los de tipo real), sino una obligación derivada del contrato. Por tanto, junto a la restitución del prestatario, resulta necesario articular la obligación del prestamista, la cual no se encuentra regulada en nuestro Código Civil, y se estima que, de producirse cambios en la solvencia del prestatario, el prestamista quedará exonerado de su cumplimiento⁴⁶.

Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil también configura un préstamo de carácter consensual. Concretamente, su artículo 573-1 señala que por este contrato «el prestamista se obliga a entregar al prestatario una determinada suma monetaria, para que este le devuelva, dentro del plazo pactado, la cantidad recibida, incrementada con el correspondiente interés». Por tanto, no exige la entrega de la suma monetaria para que se perfeccione el contrato. Esto lo confirma el artículo 573-2 que, al

⁴³ DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.601.

⁴⁴ Cfr. artículo IV. F.-1:101 del DCFR, apartado segundo: «Un “contrato de préstamo” es aquel en virtud del cual una de las partes, el prestamista, se obliga a proporcionar a la otra parte, el prestatario, un crédito de cualquier importe durante un periodo definido o indefinido (duración o plazo del préstamo) en la forma de un préstamo dinerario o de un crédito al descubierto, y por el cual el prestatario se obliga a reembolsar el dinero obtenido, con independencia de si el prestatario está obligado a pagar intereses o cualquier otro tipo de remuneración que las partes hayan acordado». *Vid.* traducción en VAQUER ALOY, 2015, p. 275. Cfr. parágrafo 488.1 del BGB: «A través del contrato de préstamo el prestamista está obligado a proporcionar al prestatario una cantidad de dinero en la cuantía acordada...»; y artículo 129 del libro 7 Código Civil Holandés: «1. El contrato de préstamo es el contrato de crédito en virtud del cual una de las partes, el prestamista, se compromete a proporcionar al prestatario una suma de dinero y el prestatario se compromete a reembolsar al prestamista la suma de dinero correspondiente», «2...pero si es un prestamista no profesional, el contrato no obliga hasta la entrega o su formalización por escrito».

⁴⁵ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 165-166.

⁴⁶ Díez-PICAZO, 2010, p. 554. Igual solución adopta el artículo 1822 del Código Civil italiano.

regular la obligación del prestamista de entregar la cantidad pactada, dispone que se hará «en el tiempo, forma y condiciones convenidas», y añade que «salvo pacto en contrario la entrega del capital se llevará a cabo desde luego». En definitiva, el momento de la entrega de la suma monetaria no ha de coincidir necesariamente con la conclusión del contrato⁴⁷.

Por último, conviene diferenciar la modalidad de mutuo consensual del contrato de apertura de crédito en cuenta corriente, referido este último marginalmente en el artículo 175, regla 7.^a, CCom., como una de las actividades propias de las entidades de crédito. El contrato de apertura de crédito posee carácter consensual al tener por objeto la creación de una disponibilidad crediticia, con independencia de que se haga o no uso del crédito; y bilateral dado que el acreditante, en ejecución del contrato, debe facilitar el importe concertado, y el acreditado restituirá lo dispuesto con el abono de comisiones e intereses⁴⁸. Así, el artículo 574-1 del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil lo define como un contrato por el cual «una de las partes, acreditante, se obliga, dentro de los límites de cantidad y tiempo pactados, a poner a disposición de la otra parte, acreditado, una suma o sumas monetarias, o a efectuar las prestaciones previstas en el contrato que le permitan obtenerlas, a cambio de una retribución»⁴⁹.

2. EL PRECONTRATO O PROMESA DE CONTRATO DE MUTUO

Durante la primera mitad del pasado siglo, algún autor, partidario del carácter real del mutuo, defendió que el acuerdo de entregar en concepto de préstamo, sin mediar la entrega, es simplemente un precontrato y no un mutuo de tipo consensual⁵⁰. Es más, De Castro negó la posibilidad de un precontrato real porque las características

⁴⁷ Anteproyecto de Ley de Código Mercantil elaborado por la Sección Segunda, de Derecho Mercantil, de la Comisión General de Codificación, tras el Dictamen del Consejo de Estado (marzo de 2018). https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803661Propuesta_de_la_Seccion_Segunda_de_Derecho_Mercantil_del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF (consultado en mayo de 2021).

⁴⁸ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, 584-588, y ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 151. Como señala ALFARO ÁGUILA-REAL, p. 319, el acreditante (banco) se obliga a poner a disposición del acreditado (cliente) el crédito hasta una determinada cantidad y bajo determinadas condiciones.

⁴⁹ De modo análogo, GARRIGUES, 1975, p. 185, definió este contrato como aquel «por el cual el banco se obliga dentro del límite pactado y mediante una comisión que percibe del cliente, a poner a disposición de este, y a medida de sus requerimientos, sumas de dinero o a realizar otras prestaciones que le permitan obtenerlo al cliente».

⁵⁰ MORO LEDESMA, *RCDI*, 1934, pp. 491-493.

propias de los contratos reales tipificados como gratuitos quedarían desdibujadas de admitirse aquel, que debería tener su propia causa⁵¹. Para otros autores más recientes, la promesa de mutuo es un contrato consensual de naturaleza atípica, pero no un mutuo⁵². En parecido sentido, se señala que la promesa de mutuo difiere del préstamo, pero obliga a prestar, como la promesa de venta obliga a vender. Ahora bien, en caso de tratarse de un préstamo gratuito resulta absurdo que el promitente se viera obligado a otorgar un préstamo a una persona insolvente; no así en el caso de préstamos onerosos, en los que el prestamista evalúa previamente la solvencia del prestatario, y el riesgo de insolvencia forma parte del riesgo típico de estos contratos⁵³.

Sin perjuicio de lo anterior, estimo que los préstamos en los que no se entrega simultáneamente la cantidad no son meros precontratos de un mutuo de tipo real, sino verdaderos contratos de préstamo consensuales que, por tanto, obligan a la *datio rei*⁵⁴. Tal promesa de préstamo puede ser unilateral o bilateral, según se prometa solamente entregar la cantidad o se prometa también recibirla, pero para que esta promesa constituya un mutuo consensual resulta preciso que, además de prometerse a dar el mutuo, se prometa recibirlo, porque si no existe obligación de recibirlo será unilateral⁵⁵.

La STS de 4 de mayo de 1943, en la que discutía la perfección de un préstamo concertado antes de la Guerra Civil, que de haberse producido impediría su revisión conforme a la normativa del régimen

⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, *ADC*, 1950, p. 1.172, para quien los contratos reales «tienen una especial condición que les hace inaptos para objeto de un precontrato, en el que la especialidad de su causa (gratuidad tipificada) les da un matiz especialísimo que va unido precisamente al hecho de la entrega y que es el que determina sus efectos peculiares (arts. 1743, 1748, 1755, 1776, 1780); mientras que el convenio consensual de prestar o depositar, que es lo que en realidad sería el precontrato en tales casos, necesitaría su propia causa (onerosa o gratuita) que matizaría toda la relación, excluyendo las especialidades de los contratos típicos regulados por el Código». En cambio, MANRESA, 1972, p. 798, admitía la eficacia y el valor jurídico de la promesa de préstamo.

⁵² FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, Y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, p. 50. En parecido sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.983, dice que el contrato de mutuo será siempre un contrato real, sin perjuicio de que se pueda celebrar una promesa de préstamo.

⁵³ ATAZ LÓPEZ, 2019, pp. 78 y 90 y 91.

⁵⁴ *Vid.* JORDANO BAREA, 1958, p. 141; ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 800, quien, en referencia a otros autores que exigen la entrega de la cosa para que exista contrato y a la vez admiten el precontrato de préstamo, señala que «verdaderamente no se habrá hecho otra cosa que dar un rodeo para aceptar la obligatoriedad de un acuerdo sin entrega», porque para el autor lo que esta línea de pensamiento llama precontrato es en realidad un mutuo consensual, y PUIG BRUTAU, 1982, pp. 373-374, para quien «el pretendido precontrato de contrato real de mutuo es un verdadero contrato consensual, pues carece de sentido entender que la obligación de entregar una cantidad en concepto de préstamo no forma una unidad con la obligación resultante de esta efectiva entrega cuando ambas obligaciones están previstas y reguladas en el contrato inicial». Comparte la opinión de ALBALADEJO GARCÍA, PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.894.

⁵⁵ ENNECERUS Y LEHMANN, 1966, pp. 413, 426 y 430.

político posterior, no apreció la existencia de un contrato de préstamo al no haber mediado entrega por el prestamista, sino simplemente un acuerdo para ello⁵⁶. El TS calificó esta operación como una promesa de contrato, pero a la vez consideró a la promesa de préstamo generadora de la obligación de entrega, sin requerir para su exigibilidad la prestación de nuevo consentimiento. Por tanto, desde esta perspectiva, el acuerdo mediante el que un prestamista se compromete a la entrega constituye un verdadero contrato de mutuo consensual que obligará a entregar la cosa, y no simplemente a otorgar un nuevo consentimiento⁵⁷. Con todo, es preciso señalar que el supuesto de hecho de esta sentencia no se refería a una acción tendente a hacer cumplir una promesa de préstamo⁵⁸.

El planteamiento de la anterior sentencia ha sido reiterado por la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, que señala: «La “promesa” de préstamo es un verdadero préstamo si se llega a manifestar el consentimiento con intención de vincularse jurídicamente...»⁵⁹.

3. EL MUTUO CONSENSUAL GRATUITO

A los efectos de la posible aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo, también interesa determinar si resulta concebible un mutuo consensual de tipo gratuito. Estaríamos ante un contrato mediante el que una parte se compromete a entregar a la otra una cosa fungible, y esta a devolver otro tanto de la misma especie y calidad en un determinado plazo, sin intereses. Por tanto,

⁵⁶ TOL4.458.844, Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Miguel y Rodríguez. Concretamente, en 1935 se había otorgado una escritura pública por el Instituto Nacional de Previsión y la Cooperativa de Casas Baratas en favor de los Agentes Comerciales y Empleadas del Colegio Oficial de Agentes Comerciales de Valencia, para la construcción de un bloque de casas, mediante la que la primera se obligó a entregar a la segunda, en el transcurso de dos años, a partir de la inscripción de la hipoteca que se constituyó, hasta la cantidad de 2.611.118,70 pesetas, a medida del avance de la obra. Y en ejecución del contrato se desembolsó una cantidad antes de la Guerra Civil.

⁵⁷ Cfr. el siguiente fragmento: «pero constituyó, indudablemente, un contrato perfecto de promesa de préstamo, preparatorio y garantizado de prestaciones de esta clase con sujeción a lo convenido, y creador por ello, de una relación jurídica que obligaba al Instituto Nacional de Previsión a entregar a la Cooperativa demandada en el presente pleito hasta la total cantidad de 2.611.118,70 pesetas, en el indicado concepto». Como señala DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.601, para esta sentencia «la promesa de mutuo es un contrato preliminar con idénticos efectos que los de un contrato consensual definitivo de préstamo (obligación de entregar la cantidad) y no efectos diversos o menores (simple obligación de resarcir los daños y perjuicios derivados del incumplimiento)».

⁵⁸ PARRA LUCÁN, 2013, p. 11.896.

⁵⁹ TOL6.664.586, Ponente Excmo. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. Conviene precisar que el caso resuelto por la sentencia no se trataba de una promesa de contrato, al haberse producido la entrega del dinero con anterioridad al otorgamiento de una escritura pública de préstamo. Pero la propia sentencia señala que tal entrega previa demuestra que el instrumento público no hizo sino documentar un acuerdo previo (*vid.* nota 36).

en el momento de perfeccionarse el contrato bastaría el consentimiento, sin entrega por el prestamista de la cosa prestada. La *datio rei* sería una obligación nacida del contrato que cumpliría el prestamista posteriormente, sin percibir intereses.

Entiendo que deben admitirse los préstamos consensuales gratuitos siempre que conste claramente la voluntad de obligarse a entregar la cosa objeto del contrato, de tal manera que ese acuerdo trascienda de un mero compromiso de cortesía, porque no existe una norma específica que prive de fuerza obligatoria a tal pacto⁶⁰. El problema se plantea porque no se sabe cuándo la promesa de prestar se realiza con la intención de obligarse, y cuándo se hace por cortesía y buena voluntad⁶¹. Algún autor excluye la obligatoriedad del mutuo consensual gratuito salvo que conste por escrito el compromiso del prestamista de entregar, con base en el artículo 632 CC que permite las donaciones de bienes muebles sin entrega simultánea, siempre que se adopte la forma escrita⁶². Podría pensarse que el préstamo gratuito no debiera contemplarse desde la misma perspectiva que una donación, toda vez que en el primero habrá de devolverse lo entregado o equivalente, a diferencia de lo que sucede con la cosa donada. Ahora bien, resulta paradójico que una donación de 100 € requiera de forma escrita para obligar (cuando no medie entrega simultánea), pero un préstamo sin intereses de 100.000 € a devolver en 10 años pueda hacerse en forma verbal⁶³.

La STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018 señala que el pacto de intereses en el contrato de préstamo es un indicio de su carácter consensual, de que se perfeccionó con el consentimiento⁶⁴. Tal afirmación, sin dejar de ser cierta, no debe impedir que el préstamo gratuito pueda ser consensual, como el oneroso puede ser real, de acuerdo con la configuración negocial que le den las partes. Por tanto, no se puede limitar, al menos en teoría, el préstamo consensual a aquel en que existan intereses.

⁶⁰ JORDANO BAREA, 1958, p. 140 ss., quien señala: «cuando resulte clara la voluntad de los contratantes de asumir un vínculo jurídico aun antes de la entrega, para negar a este pacto la normal fuerza contractual obligatoria, sería necesaria una norma *ad hoc*, que actuara como límite excepcional del principio general de la relevancia jurídica de todo acuerdo con contenido patrimonial lícito (arts. 1254, 1255, 1258 y 1278 CC)».

⁶¹ ATAZ LÓPEZ, 2019, p. 88.

⁶² ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 801. En esta línea el artículo 129 b) del libro 7 del Código Civil Holandés exige la entrega de la cosa al prestatario o la formalización del préstamo por escrito, en caso de prestamistas no profesionales. También DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.983, limita los precontratos de mutuo a los de carácter oneroso.

⁶³ ATAZ LÓPEZ, 2019, pp. 89-90.

⁶⁴ Señala al respecto: «El simple hecho de que el contrato de préstamo devengue intereses es un indicio de que el contrato se perfeccionó por el consentimiento... De este modo, quien asume el compromiso de entregar el dinero lo hace porque la otra parte asume el compromiso de pagar intereses...».

Con todo, lo cierto es que los préstamos gratuitos son claramente residuales, limitados a las relaciones familiares y de amistad. Además, en dicho entorno serán normalmente contratos verbales lo que dificultará la prueba de un acuerdo que trascienda de un mero compromiso de cortesía. Actualmente se abre paso la posible eficacia de estas promesas en instrumentos de unificación del derecho europeo como los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PECL) y el DCFR, y en la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (PMCCOC), pero seguirán surgiendo estos problemas porque las normas no exigen un requisito de forma esencial para la obligatoriedad de estas promesas gratuitas⁶⁵.

IV. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE MUTUO

En los siguientes epígrafes estudiaré la posibilidad de resolver por incumplimiento el contrato de mutuo, según las diferentes modalidades vistas: el consensual y el real. La aplicación del artículo 1124 CC resultará de extraordinaria importancia en los casos en que no se haya previsto contractualmente una cláusula de vencimiento anticipado del préstamo, o esta fuera declarada nula por abusiva. El artículo 1124 CC será el precepto que permita al prestamista reclamar la devolución de los plazos impagados y además los pendientes de vencer. De no aplicarse tal artículo, el prestamista continuaría obligado a respetar el plazo concedido al prestatario y únicamente podría reclamar los plazos vencidos.

Concretamente, analizaré la posibilidad de aplicar a estas figuras la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC que, en su literalidad, se limita a las obligaciones recíprocas, como así ha declarado reiteradamente la jurisprudencia⁶⁶. El artículo 1124 CC no solo no ha recogido los contratos unilaterales, sino que otros

⁶⁵ ATAZ LÓPEZ, 2019, pp. 99-102 y 110-112. Así, el artículo 2:102 de los PECL, dispone «La voluntad de una parte de vincularse contractualmente se determina a partir de sus declaraciones o su conducta, tal y como estas fueran razonablemente entendidas por la otra parte»; el artículo II. 4:102 del DCFR, señala «La intención de una parte de asumir una relación jurídica vinculante o de producir otro efecto jurídico debe valorarse de acuerdo con sus declaraciones y su conducta, tal como fueron interpretadas razonablemente por la otra parte»; y el 451-1.2 de la PMCCOC admite la donación obligacional, y establece que en tal caso «rigen las reglas de los contratos...» sin sujetarla a las exigencias formales de las donaciones.

⁶⁶ Cfr., entre otras, SSTS de 5 enero de 1935 (TOL5.025.857, Ponente Excmo. Sr. D. José Castán); 16 de abril de 1991 (TOL1.728.934, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda); 22 de diciembre de 1997 (TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo); 13 de mayo de 2004 (TOL420.573, Ponente Excmo. Sr. D. Cle-

preceptos del Código Civil no prevén la resolución por incumplimiento de estos contratos, como el artículo 1744 CC que, ante el incumplimiento del comodatario de usar la cosa conforme al destino pactado, se limita a sancionarlo con la responsabilidad por pérdida de la cosa, y el artículo 1749 CC, que no permite reclamar su devolución sino después de concluido el uso para el que se prestó. En la misma línea, el artículo 1767 CC sanciona al depositario que se sirve de la cosa con la indemnización de daños y perjuicios, sin contemplar la resolución del contrato⁶⁷.

No obstante, veremos que el ámbito de aplicación del artículo 1124 CC se ha desarrollado más allá de los contratos bilaterales en sentido estricto, es decir, entendidos como fuente de obligaciones para ambas partes.

Con carácter previo a estas cuestiones es necesario estudiar el fundamento de la resolución del contrato por incumplimiento regulada por el artículo 1124 CC.

1. EL FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

En los siguientes epígrafes expondré las diferentes teorías que se han elaborado en torno al fundamento de la resolución de los contratos, después de lo que haré una valoración crítica de esta cuestión.

1.1 Teorías formuladas

Se han elaborado diversas teorías para explicar el fundamento de la resolución por incumplimiento. Son la teoría de la condición resolutoria tácita, la teoría de la causa recíproca, la teoría del *sinalagma* funcional, la teoría de la sanción, y las de la reparación, equidad y poder novatorio del acreedor.

De acuerdo con la teoría de la condición resolutoria tácita, la resolución contractual se basa en la voluntad de las partes, y su naturaleza es la de una condición resolutoria sobreentendida⁶⁸. Esta teoría ha sido objeto de críticas porque la resolución no es una condición a pesar de su regulación en la sección primera, del capítulo III,

mente Auger Liñán); y de Pleno, de 11 de julio de 2018 (TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucán).

⁶⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 169, aunque, como señala el autor, bien es cierto que de acuerdo con el artículo 1775 CC la cosa debe restituirse al depositante desde que la reclame lo que hace innecesaria la previsión del remedio resolutorio.

⁶⁸ *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, 1991, p. 96.

del libro IV del Código Civil, dedicado a las obligaciones puras y condicionales⁶⁹. Efectivamente, no deja de constituir una ficción entender que las partes han establecido una condición resolutoria; existen numerosas diferencias de funcionamiento y efectos entre la condición resolutoria y la facultad de resolver por incumplimiento; y, en último lugar, no se puede elevar a condición en sentido técnico un acto debido como es el cumplimiento⁷⁰. En este sentido la jurisprudencia ha señalado que el incumplimiento no conlleva que el contrato quede automáticamente resuelto puesto que la resolución es potestativa para el perjudicado quien, de acuerdo con el artículo 1124 CC, puede optar entre ella y el cumplimiento; o que la llamada condición resolutoria tácita se impone por ministerio de la ley por lo que no surge de la voluntad de las partes como el elemento accidental de la condición⁷¹.

La PMCCOC regula la resolución contractual en los artículos 1199 a 1204 como uno de los remedios de que disponen las partes de un contrato ante un incumplimiento que, como dispone el primero de los preceptos, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial. Por tanto, abandona el rastro conceptual de la condición al que aludimos, presente en el Código Civil⁷².

Por otro lado, se ha intentado explicar la resolución por medio de la llamada teoría de la causa recíproca, para la cual este elemento contractual no solo ha de concurrir en la formación, sino también durante la ejecución del contrato, de tal manera que si desaparece se extinguirá el contrato. Se trata de analizar íntegramente la voluntad de cada contratante, tras lo cual se llega a la conclusión de que lo querido es obtener la prestación que le ha sido prometida por la otra parte⁷³. Los detractores de esta teoría advierten que la causa solo debe existir en el momento de la formación del contrato, y que si tuviera influencia posterior el contrato sería nulo y no resuelto⁷⁴.

⁶⁹ Vid. DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 811 ss.

⁷⁰ Vid. CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 30 ss.

⁷¹ SSTs de 2 de diciembre de 1898 (TOL5.067.050, Ponente Excmo. Sr. D. Diego Montero de Espinosa); 14 de noviembre de 1962 (TOL4.333.514, Ponente Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar y Ayllón) y 25 de marzo de 1964 (TOL4.324.940, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcarce), que señala: «regulando el artículo 1124 una facultad atribuida a la parte perjudicada ante el quebrantamiento de las obligaciones que la otra libremente contrajo... le asiste el derecho de opción entre exigir su cumplimiento o la resolución del contrato, con la indemnización que le corresponde y con que como sanción la impone el juzgador, facultad resolutoria que, a diferencia de la condición resolutoria propiamente dicha, tiene carácter facultativo pudiendo los tribunales moderar su rigor en aquel supuesto, prorrogando el plazo de cumplimiento». En análogo sentido, STS de 30 de diciembre de 2015 (TOL5.625.161, Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz).

⁷² RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 80.

⁷³ CAPITANT, 2019, pp. 26-27.

⁷⁴ CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 270-271.

Como derivación de la anterior, se formuló la teoría del sinalagma funcional, que mantiene que los contratos bilaterales exigen en la fase de formación una dependencia recíproca entre las obligaciones de las partes, denominado sinalagma genético; pero dicha reciprocidad igualmente se requiere durante la ejecución del contrato, la cual recibe el nombre de sinalagma funcional, que se refiere al nexo entre dos prestaciones, pero consideradas en el momento de ejecución del contrato, por lo que resulta preciso que el contrato despliegue los efectos previstos porque de lo contrario no pervivirá al romperse el sinalagma⁷⁵.

Esta construcción recibió las mismas críticas que la teoría de la causa recíproca al ser una evolución de ella. No está claro que un elemento del contrato, como es la causa, pueda desaparecer en un momento posterior a aquel en que dicha estructura se ha formado y, por otro lado, la causa no puede comprender elementos tan dispares como el sinalagma genético que corresponde a la estática, y el funcional que afecta a la dinámica del contrato⁷⁶. Además, no resulta preciso el sinalagma funcional para explicar la interdependencia de las prestaciones de cada parte, pues para ello basta con la noción de contrato bilateral, concebido como unión de obligaciones correlativas que son manifestaciones de una misma realidad, sin distinción entre génesis y función, porque las obligaciones recíprocas constituyen vínculos que obligan a prestar⁷⁷. Al margen de lo anterior, la interdependencia de las prestaciones de las partes puede existir en contratos que no son bilaterales en sentido estricto, como veremos al tratar la resolución del contrato de mutuo real⁷⁸.

Desde otro punto de vista, se ha encontrado la causa de la resolución por incumplimiento en una sanción, como una acción que el ordenamiento jurídico otorga frente al deudor que ha incumplido⁷⁹. Ahora bien, la resolución supone la pérdida del derecho a exigir la

⁷⁵ La acogió la STS de 3 de diciembre de 1955 (TOL4.381.745, Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramon) que señaló: «considerando que las obligaciones bilaterales o recíprocas tienen por contenido un sinalagma doble: genético en cuanto una atribución patrimonial debe su origen a la otra, y funcional con que se expresa precisamente la señalada interdependencia que las dos atribuciones patrimoniales tienen entre sí en el sucesivo desarrollo de la relación contractual cuya consecuencia jurídica recoge el artículo 1124 del Código Civil español». *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 107.

⁷⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 109; CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 279-280, y MONTE PENADÉS, 1989, pp. 1.183-1.184.

⁷⁷ CLEMENTE MEORO, 1992, p. 280. Particularmente ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 31-32, considera que esta teoría ha contribuido a disgregar la noción unitaria de obligación, enturbiar el concepto de causa al abstraerlo de la génesis del contrato como si este pudiera nacer sin dicho requisito, y a colocar el fundamento de la resolución en principios que nada tienen que ver con la bilateralidad, como la ausencia de causa.

⁷⁸ *Vid.* la tesis interpretativa del ámbito del artículo 1124 CC en el epígrafe 3.2.2 del capítulo IV.

⁷⁹ *Vid.* ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 109, y CLEMENTE MEORO, 1992, p. 281.

ejecución para ambas partes, no solo para la incumplidora porque las dos se ven liberadas de sus obligaciones, y la resolución no implica siempre un incumplimiento imputable al deudor ni un juicio de reprobabilidad de su conducta, el cual es necesario para la indemnización de daños y perjuicios, pero no para la resolución⁸⁰. En definitiva, el artículo 1124 CC no posee la función de sancionar al contratante que incumpla sus obligaciones, sino permitir al otro recuperar lo entregado en ejecución del contrato incumplido⁸¹.

Para la teoría de la reparación, la resolución es un modo de compensación del perjuicio que el incumplimiento causa al acreedor porque, aunque puede exigir el cumplimiento, tal pretensión resultará vana si el deudor es insolvente. La resolución al dispensar al acreedor de su propia prestación (si no ha cumplido y debía cumplir antes la otra parte) o permitirle recobrar la ejecutada, hace desaparecer el perjuicio que resultaría de ejecutar su propia prestación sin contrapartida. A dicha forma de reparación se le añade la indemnización de daños y perjuicios cuando la actitud del deudor ha causado otros perjuicios⁸². En contra de esta teoría se ha argumentado que supone una confusión hablar de extinción del contrato e indemnización como formas de reparación porque la extinción del contrato no repara nada⁸³. También se reprocha que ponga de manifiesto la utilidad de la resolución, pero descuide su fundamento al no explicar la derivación del instituto de la reciprocidad propia de las obligaciones bilaterales⁸⁴.

Para la teoría de la equidad la solución del cumplimiento forzoso no puede ser la única, pues la ejecución puede resultar infructuosa en aquellos casos en que el deudor sea insolvente, e incluso ser imposible la prestación. Por tanto, resulta contrario a la equidad que el contrato bilateral sea ejecutado por una de las partes cuando la reciprocidad de las obligaciones ha sido rota y desequilibrada por el incumplimiento de la otra parte⁸⁵. Si el acreedor, tras el incumplimiento del deudor, se ve obligado a cumplir y a exigir el cumplimiento pese a que este probablemente no tendrá lugar, se puede crear una injusta atribución patrimonial que no resultará correspondida. Y si el acreedor ya ha cumplido y no recibe nada a cambio, ni probablemente la recibirá, con mayor motivo resultará injusto obligarle a exigir el cumplimiento con el mantenimiento de la atribución patri-

⁸⁰ DELL'ÁQUILA, 1981, pp. 155-157, y MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.185. Sobre este efecto liberatorio, *vid.* artículo 518-6 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

⁸¹ *Vid.* MORALES MORENO, 2006, p. 43, y DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 814.

⁸² CLEMENTE MEORO, 1992, p. 283.

⁸³ MONTES PENADÉS, 1989, pp. 1.185-1.186.

⁸⁴ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p.112.

⁸⁵ MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.184, y ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 113.

monial realizada por él⁸⁶. La última hipótesis es la que normalmente se dará en el contrato de préstamo, pues de ordinario el prestamista habrá cumplido enteramente su prestación antes del incumplimiento del prestatario. Esta teoría corrobora las afirmaciones realizadas por la tesis de la causa con la que coincide en el fondo, pues evidentemente si la parte que ha cumplido su obligación ve frustrada su fin práctico, consistente en obtener la contraprestación de la otra parte, esta se habrá enriquecido injustamente por incrementar su patrimonio sin haberse desprendido de nada y se producirá un desplazamiento patrimonial sin causa⁸⁷.

Por último, de acuerdo con la teoría del poder dispositivo novatorio, el fundamento de la resolución radica en que el Derecho atribuye al contratante cumplidor un poder novatorio renunciando al derecho a exigir el cumplimiento o prestación, obteniendo la liberación de sus obligaciones. Sin embargo, esta formulación confunde la clasificación de una institución, la resolución como derecho potestativo, y su fundamento, que no se explica⁸⁸.

1.2 Valoración crítica

Gran parte de las teorías expuestas coinciden en apreciar el fundamento de la resolución contractual en la interdependencia de las obligaciones recíprocas que surgen del contrato bilateral⁸⁹. Resulta preferible hablar de contratos bilaterales, y no de obligaciones bilaterales, ya que si se atiende a los sujetos de la relación jurídico-obligatoria todas las obligaciones son bilaterales, pues en todas ellas existe un acreedor y un deudor. A estos contratos se les denomina contratos bilaterales o sinalagmáticos, que son aquellos en los que cada uno de los contratantes es, a la vez, acreedor y deudor, y las obligaciones asumidas por ambas partes sirven de causa mutua por ser obligaciones recíprocas o interdependientes⁹⁰. Esta idea de la causa recíproca como caracterizada de los contratos sinalagmáticos

⁸⁶ CLEMENTE MEORO, 1992, p. 284. Sostiene esta teoría, DELL' AQUILA, 1981, pp. 161-164. En la jurisprudencia, *vid.*, entre otras, SSTS de 28 de enero de 1944 (TOL4.458.601, Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza Navarro); 2 de enero de 1961 (TOL4.337.329, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández); 21 de octubre de 1974 (TOL4.253.272, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Peral García), y 6 de noviembre de 1987 (TOL1.738.637, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Casares Córdoba).

⁸⁷ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 114.

⁸⁸ DELL' AQUILA, 1981, pp. 158-159, y CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 287.

⁸⁹ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 117, y MONTES PENADÉS, 1989, p. 1189

⁹⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 163, y RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, pp. 164-165. *Vid.* ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 36-37, quien señala que fue DOMAT quien por primera vez formula la tesis de que en los contratos sinalagmáticos «la obligación de cada una de las partes constituye el fundamento, la causa de la del otro». No obstante, ALONSO PÉREZ, 1967, p. 43, prefiere hablar de contratos con obligaciones correlativas.

fue seguida por la doctrina francesa, los redactores del Código francés y los comentaristas de nuestro Código Civil⁹¹.

La bilateralidad se predica de los contratos mientras que la interdependencia lo hace de las obligaciones nacidas de estos contratos bilaterales⁹². De ellos surgirán obligaciones para ambas partes, de manera que el sujeto activo de una es a la vez sujeto pasivo de la segunda, son al mismo tiempo acreedores y deudores, pero de distintas obligaciones⁹³. La reciprocidad es una unión o nexo indisoluble que se establece entre dos obligaciones -según los defensores del sinalagma genético- o entre las prestaciones -como sostienen los que admiten el sinalagma funcional- de forma que ambas son interdependientes, tienen su causa una en la otra y con carácter principal proceden del mismo contrato⁹⁴. Así, la reciprocidad de las obligaciones se ve como un simple hecho circunstancial que caracteriza ciertas obligaciones; mientras que la interdependencia sí es un concepto jurídico ya que de él surgen consecuencias jurídicas. Y es que las obligaciones recíprocas pueden también surgir en el caso de las relaciones extracontractuales⁹⁵.

El fundamento de la resolución es la interdependencia de las obligaciones recíprocas surgidas del contrato bilateral, en el cual las obligaciones asumidas por una de las partes constituyen la causa de las que incumben a la contraparte⁹⁶.

La reciprocidad de las obligaciones supone correlación entre ellas, pero no mutua condicionalidad o interdependencia, porque las recíprocas nacen para satisfacer intereses opuestos (en el caso de la compraventa obtener el precio, adquirir la cosa). El vendedor se obliga a entregar la cosa no porque va a obtener el precio del comprador, sino en virtud de un vínculo jurídico como obligado a dar (art. 1088 CC). No se trata, por tanto, de que una obligación esté en función de la otra, que dependan mutuamente, simplemente representan intereses heterogéneos y tratan de satisfacerlos mediante el cambio. Se considera la reciprocidad no como causalidad mutua entre obligaciones o interdependencia, dado que una obligación no puede ser causa de la otra porque ambas surgen en el mismo instante, por lo que resulta preferible utilizar el término

⁹¹ DÍEZ-PICAZO, *ADC*, 1963, p. 15. Cfr. MANRESA, 1967, p. 406, quien hablaba de «una reciprocidad tan perfecta, que haga proceder ambas obligaciones de una misma causa, siendo también cada obligación supuesto de la correlativa, no concibiéndose, en suma, la una sin la otra».

⁹² CLEMENTE MEORO, 1992, p. 292.

⁹³ DELL'AQUILA, 1981, pp. 23-25, y CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 33-34.

⁹⁴ ALONSO PÉREZ, 1967, p. 33.

⁹⁵ DELL'AQUILA, 1981, p. 24, quien hace referencia a la retribución del cargo del tutor por el desempeño de su cargo, antes contemplada en el artículo 276 CC.

⁹⁶ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 117.

contrato con obligaciones correlativas. Así, en estos contratos bilaterales las obligaciones se encuentran en una posición correlativa, vistas en su sentido integral, como un todo, no solo atendiendo a la prestación, sino al vínculo, como algo inescindible⁹⁷.

Con la precisión anterior, si son interdependientes las obligaciones, la resolución protegerá a la parte que ha cumplido o que se encuentra dispuesto a cumplir mediante la extinción de la relación obligatoria y, además en el primer caso mediante la restitución de la prestación ejecutada porque el vínculo se ha extinguido, el deudor no va a tener que cumplir, y de otra manera se produciría un enriquecimiento injusto⁹⁸. La primera hipótesis, la resolución a instancia de la parte que ha cumplido, será la frecuente en materia del contrato de préstamo ya que por lo normal el prestamista habrá ejecutado su prestación con carácter previo al incumplimiento del prestatario⁹⁹.

Estrictamente, la resolución no posee la función de sancionar al contratante que incumpla sus obligaciones, sino permitir al otro recuperar lo entregado en ejecución del contrato incumplido. Además, no intenta remediar la injusticia de la falta de cumplimiento, sino un injusto futuro y probable, la inanidad de la acción de cumplimiento, porque existe la posibilidad de que esta acción consiga un pobre resultado, o uno negativo, e incluso que los gastos necesarios no compensen el resultado y la posición de la parte cumplidora se agrave. Por ello, se ha visto que la naturaleza propia de la resolución por incumplimiento es la de una medida preventiva, no represiva, que intenta prevenir que se haga prácticamente inalcanzable la contraprestación de la parte incumplidora y la prestación de quien ha cumplido quede en el patrimonio del incumplidor sin correspectivo¹⁰⁰.

La resolución opera de modo preventivo porque previene la posibilidad de que el contratante fiel, en nuestro caso el prestamista, además de la *iniuria* del incumplimiento, incurra en el ulterior perjuicio de que la prestación ejecutada permanezca en el patrimonio del incumplidor, el prestatario. De no existir la resolución contractual, al contratante cumplidor solo le quedaría la posibilidad de pretender el resarcimiento de los daños y perjuicios y la ejecución de la prestación. Se trata de una consideración de orden práctico de

⁹⁷ ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 33-35 y 43-44. Señala el autor (o.c., p. 38), que si ambas obligaciones surgen simultáneamente para que exista el contrato bilateral, son imprescindibles para formarlo, por lo que una no es causa de la otra porque son contemporáneas.

⁹⁸ CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 298-299.

⁹⁹ En el epígrafe siguiente, al tratar el préstamo de carácter consensual, veremos qué ocurre en caso de que el prestamista haya incumplido con su obligación de entregar la suma prometida.

¹⁰⁰ MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.188

que el mantenimiento del vínculo contractual en una situación de incumplimiento causará, en la mayoría de los casos, ulteriores perjuicios al contratante cumplidor¹⁰¹.

Esta pretensión de cumplimiento tropezará a menudo con la insolvencia del deudor que no aconsejará seguir respetando los plazos de devolución del préstamo que podrían haberse pactado, y en caso de garantías reales permitirá la ejecución de los bienes. Ello será particularmente notorio si el prestamista ha entregado la totalidad de la suma y ante el incumplimiento del prestatario, se le obliga a respetar los plazos de devolución que le pueda haber dado, tal y como veremos cuando tratemos la tesis interpretativa del ámbito del artículo 1124 CC en el epígrafe 3.2.2.2.

2. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO CONSENSUAL

Como hemos tenido ocasión de exponer, resulta admisible un préstamo de tipo consensual, con base en el artículo 1255 CC, mediante el cual el prestamista queda obligado a la entrega de la cosa, y el prestatario legitimado para exigir el cumplimiento de tal obligación¹⁰². En este tipo de acuerdos la entrega del dinero por el prestamista no constituirá un requisito de perfección del contrato sino una obligación dimanante de él, por lo que se unirá a la obligación de devolución asumida por el prestatario.

Al nacer del mutuo consensual obligaciones bilaterales –la de entrega del capital y la de su posterior devolución– el incumplimiento por el prestatario permitirá la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 1124 CC¹⁰³. Estaríamos, por tanto, ante obligaciones recíprocas que, como señala la STS de 5 enero de 1935, exigen «no solo que en un mismo contrato se establezca prestaciones a cargo de ambas partes, sino que la obligación de cada una de ellas haya sido querida como equivalente de la otra y, por consiguiente, exista entre ellas una mutua condicionalidad..., de donde se desprende fácilmente que... como ya tiene declarado esta Sala, es necesario para la aplicación del artículo 1124 CC, que el principio de reciprocidad esté tan perfectamente caracterizado,

¹⁰¹ DELL' AQUILLA, 1981, pp. 161-163.

¹⁰² Cfr. SSTS de 22 de diciembre de 1997 (TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo); 26 de marzo de 2007 (TOL1.050.579, Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel), y de Pleno, de 11 de julio de 2018 (TOL6.664.586, Ponente Excmo. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán).

¹⁰³ DE ÁNGEL YAGÜEZ, 1991, p. 1.623; PUIG BRUTAU, 1982, pp. 374-375; RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166, e YZQUIERDO TOLSADA, CSUD, 2018, p. 282.

que no se conciban unas obligaciones sin las otras ¹⁰⁴. Por tanto, en los contratos bilaterales las partes se obligan recíprocamente una respecto de otra, y las prestaciones de cada una son la contrapartida de las prestaciones de la otra ¹⁰⁵. Así, el fundamento de la resolución contractual es la interdependencia de las obligaciones recíprocas surgidas del contrato bilateral, en el cual las obligaciones asumidas por una de las partes constituyen la causa de las que incumben a la contraparte ¹⁰⁶.

Conviene precisar que hay contratos de los que surgen obligaciones para ambas partes sin que exista esa relación de reciprocidad, llamadas obligaciones bilaterales imperfectas o *ex post facto*, que se caracterizan porque no nacen en el momento de perfeccionarse el contrato, sino durante su desenvolvimiento, como nuevas obligaciones. Tal es el caso de los contratos de comodato y depósito, de los cuales pueden nacer para el comodante o depositante obligaciones indemnizatorias de gastos ¹⁰⁷. El incumplimiento de la obligación de indemnización que eventualmente puede surgir para el depositante o comodante no da lugar a la aplicación del artículo 1124 CC, por ausencia total de reciprocidad ¹⁰⁸.

Entiendo que resultan equivalentes la obligación del prestamista de entregar la suma objeto del préstamo y la obligación del prestatario de devolverla, por lo que cabría la resolución del contrato de mutuo consensual por incumplimiento, incluso si tuviera carácter gratuito. En sentido contrario, se ha visto que lo que determina la bilateralidad del mutuo consensual es la obligación de pago de intereses que asume el prestatario como contrapartida de la obligación de entrega del prestamista, por lo que el contrato de mutuo consensual gratuito no sería bilateral. Según esta postura, el hecho de que el mutuario asuma la obligación de devolución no es contrapartida de la de entrega por el mutuante, sino consecuencia de haber finalizado la duración del mutuo ¹⁰⁹.

¹⁰⁴ TOL5.025.857, Ponente Excmo. Sr. D. José Castán.

¹⁰⁵ Observa esta configuración del contrato bilateral en nuestro Código Civil, ALONSO PÉREZ, 1967, p. 45. En la doctrina alemana, ENNECERUS Y LEHMANN, 1954, p. 164

¹⁰⁶ *Vid.* epígrafe 1.2 de este capítulo.

¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, p. 145, y LACRUZ BERDEJO, 2011, 481. POTHIER, 1859, pp. 15-16, los llamaba por esta razón, contratos sinalagmáticos imperfectos. ENNECERUS Y LEHMANN, 1954, pp. 163-164, preferían no hablar de contratos bilaterales imperfectos porque los escindía de los bilaterales aun siendo unilaterales.

¹⁰⁸ ALONSO PÉREZ, 1967, p. 53.

¹⁰⁹ ALBALADEJO GARCÍA, 2011, pp. 809-810. En el mismo sentido, GONZÁLEZ PORRAS, 2014, p. 369. Por su parte, GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 272, aunque sostienen el carácter bilateral del contrato, señalan que la obligación de devolución del capital por el prestatario no lo convierte en sinalagmático, en tanto que es la liquidación del contrato.

Aunque veremos que también existe reciprocidad entre la obligación de pagar intereses por el prestatario y la obligación del prestamista de abstenerse de reclamar la devolución del capital hasta el vencimiento pactado, considero que los préstamos consensuales, ya sean onerosos o gratuitos, poseen carácter sinalagmático. Si comparamos el préstamo consensual con los contratos de compraventa o arrendamiento observamos que en el mutuo no se da la función de intercambio de estos contratos ya que se ha de devolver «simplemente» otro tanto. Sin embargo, ello no quita que realmente concurra la misma equivalencia entre las obligaciones de entrega y de «devolución» que entre las obligaciones de entrega de la cosa vendida y pago del precio, o cesión temporal del uso y pago de la renta.

Aquí observamos el sinalagma, que está formado por la interdependencia o nexo causal entre dos deberes de prestación y, concretamente, el de tipo genético porque en la génesis de la relación obligatoria cada deber de prestación constituye para la otra parte la razón de ser o la causa por la que queda obligada a realizar o ejecutar su propia prestación¹¹⁰. Resulta palmario que, en el mutuo consensual, sea oneroso o gratuito, la obligación de devolución es la causa de la obligación de entrega por el prestamista, puesto que «esta no se asumiría» sin el compromiso del prestatario de restituir¹¹¹. Lo que ocurre, es que en el contrato consensual gratuito, esa causa, al no existir intereses, no se aprecia tan nítidamente.

En este sentido, el artículo 1274 CC describe los contratos sinalagmáticos al disponer que «se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte»¹¹². En el contrato de mutuo la entrega

¹¹⁰ *Vid.* sobre este concepto de sinalagma, DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 432. De forma análoga, RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166, señala que en los contratos consensuales el nacimiento de una obligación de cada parte depende del recíproco nacimiento de la obligación de la otra.

¹¹¹ Así, LARENZ, 1986, p. 298, observa que no solo es bilateral el contrato de préstamo oneroso, sino también el gratuito, pues existe la obligación del prestamista de ceder y abandonar el capital hasta su vencimiento.

¹¹² Cfr. STS de Pleno, de 11 de julio de 2018 (TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán) que sobre la facultad resolutoria señala: «Este remedio legal frente al incumplimiento solo se reconoce, por tanto, en los contratos con prestaciones recíprocas, contratos de los que surgen vínculos recíprocamente interdependientes, en los que la obligación de una parte pueda considerarse causa de la de la otra (art. 1274 CC)». *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 2011, pp. 418 y 423, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, pp. 36-37, quienes advierten que el artículo 1274 CC al describir de tal modo la causa de los contratos onerosos lo hace dando por supuesto que se trata de un contrato bilateral o sinalagmático. *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.216, también observa dicho contrato bilateral en el artículo 1274 CC. Matiza, ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 40-41, que este precepto ni señala la causa de los contratos onerosos, ni mucho menos la de los bilaterales, sino únicamente la de las obligaciones derivadas de los contratos sinalagmáticos.

tiene su razón de ser en la obligación de devolución porque, sin esta, existiría otra causa contractual: una liberalidad¹¹³. Del mismo modo la devolución del importe por el prestatario no se hace con ánimo liberal, sino porque previamente se le había entregado por el prestamista¹¹⁴.

Debe traerse a colación la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, dictada sobre un préstamo consensual oneroso concedido para destinarse a la construcción de una residencia de ancianos en el que no se había previsto una cláusula de vencimiento anticipado por impago. En esta sentencia se estimó la resolución del contrato por incumplimiento de la prestataria quien no abonó ninguno de los plazos acordados. Este pronunciamiento admite implícitamente la resolución del mutuo gratuito, al señalar que será posible cuando el prestatario asuma, junto con la obligación de devolver el dinero, otros compromisos accesorios, dentro de los cuales no solo se contempla el pago de intereses y el destino pactado de la suma, sino incluso la devolución del capital en determinados plazos. Además, como advierte la sentencia, la entrega por el prestamista no aparece aislada como una obligación simple, sino que tiene su razón de ser en la confianza de que el prestatario cumplirá sus compromisos¹¹⁵. Dicho de otro modo, se realiza una prestación actual en la confianza de que, más tarde, se corresponderá con una prestación de la misma clase¹¹⁶.

Ahora bien, para que pueda resolverse el contrato consensual por incumplimiento de la obligación de devolución, es necesario que el prestamista haya entregado previamente la cosa objeto del contrato¹¹⁷. El Código Civil no establece nada sobre este particular porque regula el préstamo a partir del momento de la entrega, al configurarlo como un contrato de tipo real que exige la *datio* para

¹¹³ Vid. CAPITANT, 2019, pp. 64 ss., donde estudia la causa de las liberalidades.

¹¹⁴ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166.

¹¹⁵ TOL6.664.586, Ponente Excma. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. Cfr. los siguientes fragmentos: «Por lo que se refiere al préstamo (mutuo)...si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 CC». «La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe».

¹¹⁶ ENNECCERUS y LEHMANN, 1966, p. 412.

¹¹⁷ PUIG BRUTAU, 1982, p. 374. Así, LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 162, señala que desde el planteamiento de que no se puede pedir la devolución de lo que no se ha entregado, los contratos de préstamo siguen siendo reales.

su perfección. Sin embargo, resulta claro que, si nos encontramos ante un préstamo consensual, la falta de entrega por el prestamista permitirá al prestatario resolver el contrato, salvo que este haya experimentado cambios en su solvencia que exoneren al prestamista de su obligación¹¹⁸. Dado que el Código Civil no regula la promesa de préstamo, carece de una norma equiparable al antiguo artículo 610 del BGB (actualmente el art. 490), que permita revocar la promesa de préstamo por insolvencia sobrevenida del prestatario. No obstante, como de acuerdo con el artículo 1129 CC el prestamista puede anticipar la restitución de la suma prestada cuando el deudor resulte insolvente después de contraída la deuda, con igual o mayor razón podrá el promitente invocar tal deterioro patrimonial para negarse a cumplir la obligación. Ahora bien, si el patrimonio del prestatario empeoró antes de emitirse la propuesta de mutuo no cabrá su revocación, pero, en cambio, puede haber lugar a una impugnación por dolo¹¹⁹.

En estos casos en que se resuelve el contrato sin haber cumplido aún el acreedor, la resolución puede no venir acompañada de partida indemnizatoria, y menos aún estará presente la restitución de prestación, porque la resolución es extinción de la relación obligatoria, y solo circunstancialmente restitución de prestaciones¹²⁰.

3. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE MUTUO REAL

En este epígrafe trataré la posible resolución del contrato de mutuo de carácter real. Primero, expondré la tesis tradicional que ha negado tal resolución contractual. A continuación, estudiaré otras posturas que admiten la resolución desde distintos planteamientos, y realizaré una valoración crítica de ellas.

3.1 Tesis tradicional impositiva

La doctrina tradicionalmente ha negado la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de mutuo de naturaleza real debido a

¹¹⁸ Vid. DÍEZ-PICAZO, 2010, p. 554.

¹¹⁹ ENNECCERUS y LEHMANN, 1966, pp. 428-432. Como añaden los autores, tampoco cabrá revocar la promesa de préstamo por detrimento esencial en la situación patrimonial del prestatario que haga peligrar la devolución, si este ofrece una garantía suficiente, excepción prevista igualmente en el artículo 1129.1.º CC.

¹²⁰ Vid. CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 293-294, quien se refiere con carácter general a aquellos casos en que el acreedor no ha cumplido todavía por gozar del beneficio del plazo y resuelve el contrato porque el deudor demuestra una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento. Señala el autor que en estos casos el incumplimiento puede no haber generado daños al acreedor.

su carácter unilateral, en tanto generadores de obligaciones únicamente para el prestatario (la de devolver la suma entregada y, en su caso, el pago de intereses) y no para el prestamista, al resultar la entrega un requisito de perfección del contrato (arts. 1740 y 1753 CC)¹²¹.

El Tribunal Supremo también ha rechazado la aplicación de este precepto al contrato de mutuo, por estimarlo unilateral, aunque se hayan pactado intereses. Sin embargo, la sentencia, de Pleno, de 11 de julio de 2018, admite la resolución de los contratos de préstamo, ya sean de tipo consensual o real, doctrina que ha sido reiterada por la sentencia de Pleno, de 2 de febrero de 2021¹²².

Estos pronunciamientos han modificado la referida jurisprudencia que impedía resolver el mutuo al calificarlo como un contrato real y, en consecuencia, unilateral.

Así, la STS de 9 de mayo de 1944 había señalado que «El préstamo mutuo, con pacto de intereses o sin él, es, en nuestro Derecho, un contrato unilateral». Sin embargo, tal afirmación no constituyó *ratio decidendi* dado que el objeto de discusión fue el carácter gratuito u oneroso del préstamo, motivado por no figurar el pacto de intereses en un documento firmado por ambas partes, sino solo en los recibos de pago emitidos por el acreedor¹²³.

Sobre el carácter unilateral del mutuo, resulta muy clarificadora la STS de 22 de diciembre de 1997. Se trataba de un préstamo en el que el prestatario otorgó un poder a favor del prestamista para constituir una hipoteca. Al apreciar la unilateralidad del contrato objeto del pleito, la sentencia veta la aplicación del artículo 1124 CC, reconduce la cuestión al artículo 1129 CC y priva al deudor del beneficio del plazo por revocar el referido poder sin haberse constituido la hipoteca previamente¹²⁴. La STS de Pleno, de 11 de julio

¹²¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, pp. 145-146; PUIG BRUTAU, 1982, p. 374; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.623, y GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 270.

¹²² TOL8.303.583, Ponente Excmo. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. También reitera esta doctrina, la STS de 6 de junio de 2022 (TOL TOL9.050.434) de la misma ponente.

¹²³ TOL4.458.663, Ponente Excmo. Sr. D. José Castán. Sobre tal entendimiento de la sentencia, *vid.* PUIG BRUTAU, 1982, pp. 375-376, y MARÍN PÉREZ, 1982, p. 94. Concretamente, entiendo que esta resolución mezcló el carácter unilateral del préstamo con la alegación del recurrente acerca de que el documento en el que figuraban los intereses solo fue suscrito por el acreedor (cfr. este fragmento: «alegando el recurrente que los intereses no figuran pactados en los recibos de cantidades entregados por el señor López Montenegro al señor Palacios, no cabe deducir la obligatoriedad de pagarlos del documento tan repetidamente citado de 30 de enero de 1930, por ser este unilateral, al estar firmado solo por don Alfonso López Montenegro, pues se olvida al razonar así que el préstamo mutuo, con pacto de intereses o sin él, es, en nuestro Derecho, un contrato unilateral...»).

¹²⁴ TOL215.204, Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo. Con gran finalidad didáctica la sentencia recuerda el carácter unilateral del préstamo, aunque permita su configuración como consensual o real, y declara que el artículo 1124 CC no resulta aplicable a este último tipo de mutuo: «...en nuestro Derecho, el préstamo puede ser con-

de 2018, refiriéndose a esta sentencia de 1997, advierte que la aplicación del artículo 1129 CC condujo al mismo resultado que una resolución contractual, por lo que no considera decisivo este pronunciamiento para calificar al mutuo como un contrato unilateral. Sin embargo, fue categórica la exclusión que hizo la sentencia de 1997 del artículo 1124 CC.

Además, los artículos 1124 y 1129 CC no siempre provocarán idénticos efectos, ya que el impago no se halla entre las causas de pérdida del plazo previstas en el artículo 1129 CC¹²⁵. Ahora bien, es cierto que un incumplimiento puede poseer entidad suficiente como para revelar la falta de seguridad del pago del crédito, esto es, la insolvencia del deudor, que contempla el primer apartado del precepto como causa de pérdida del beneficio del plazo, planteamiento que acoge la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, y que ha tenido continuidad, afirmándose que el precepto también es aplicable a obligaciones con plazos de cumplimiento consecutivos¹²⁶. O, desde otro punto de vista, cabe sostener que, si el artículo 1129 CC priva al deudor del beneficio del plazo por causas menos graves que el impago, con más razón será motivo suficiente el incumplimiento de varios plazos¹²⁷.

sensual o real, según los casos, y que el de autos tiene este carácter puesto que se perfeccionó con la entrega del dinero. Surgido el contrato con la entrega, este no produce obligaciones más que para el prestatario y en consecuencia, es contrato unilateral y por ello mal puede aplicarse el artículo 1124 del Código Civil, que tiene como ámbito el de las obligaciones recíprocas. Que no sea aplicable al préstamo el artículo 1124 del Código Civil, no significa que no pueda anticiparse el vencimiento del préstamo por incumplimiento del pacto o de pagar los intereses. En el presente caso el incumplimiento es evidente, puesto que el prestatario revoca el poder que concedió al prestamista con la facultad de constituir a su favor una hipoteca que garantizara el pago del principal e intereses. Se está en consecuencia, en el supuesto del artículo 1129, que produce el anticipo del vencimiento y la pérdida por el deudor del derecho a utilizar el plazo, entre otros casos, cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido».

¹²⁵ Por todos, SABATER BAYLE, 2020, p. 603. Tampoco se encuentra el impago en el artículo 512-21 de la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* (vid. *Asociación de Profesores de Derecho Civil*, 2018, p. 634).

¹²⁶ TOL8.303.583, Ponente Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. Se trataba de un préstamo hipotecario con un plazo de devolución de veinte años, que los prestatarios incumplieron al no abonar cuotas de amortización durante más de tres años. Argumentó el TS que la insolvencia sobrevenida prevista en el artículo 1129 CC resulta aplicable cuando se han establecido plazos consecutivos para el pago y el impago de varias cuotas materializa el riesgo de insatisfacción del crédito. Reitera esta doctrina, la STS de 4 de mayo de 2022 (TOL8.932.924, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), ante el impago de 18 cuotas de un préstamo hipotecario de 25 años de duración.

En esta misma línea, CAPITANT, 2019, pp. 326-329, mantenía que debía extenderse al impago del préstamo, la resolución contractual prevista en el artículo 2131 del Código Civil francés para los casos de perecimiento o depreciación del bien hipotecado que pusiera en peligro la satisfacción del crédito.

¹²⁷ Vid. CARRASCO PERERA, *Gómez-Acebo & Pombo, Análisis*, 2018, p. 2, para quien existe una laguna legal motivada porque el artículo 1129 CC no representa sino las deudas aplazadas pagaderas en un plazo, y no las aplazadas con vencimientos consecutivos. No obstante, el TS considera que este precepto también resulta aplicable a obligaciones con plazos de cumplimiento consecutivo (vid. nota anterior).

Con apoyo en el pronunciamiento de 1997, la STS de 22 de mayo de 2001 impidió la resolución de un préstamo al apreciar que el contrato objeto del procedimiento, aun siendo oneroso por pactarse intereses, poseía carácter unilateral¹²⁸. Para la STS de 2018 en el caso resuelto en 2001 fue decisiva la inexistencia de incumplimientos contractuales que permitieran resolver el contrato. Sin embargo, resulta llamativa la rotundidad con la que se afirmó la naturaleza real del préstamo en cuestión y la apuntada consecuencia¹²⁹.

La STS de 13 de mayo de 2004 igualmente rechazó el artículo 1124 CC al no apreciar reciprocidad de obligaciones, sino únicamente obligaciones a cargo del prestatario, quien en el caso resuelto no había abonado ningún plazo de los pactados. Tanto en primera instancia como en apelación se declaró resuelto el contrato, frente a lo que el prestatario recurrió en casación por infracción del artículo 1124 CC con fundamento en un pretendido incumplimiento del prestamista por no personarse en su domicilio para cobrar el importe reclamado. El TS declaró inaplicable el artículo 1124 CC, pero valoró que la prestamista nunca pretendió la «rescisión del total» del préstamo sino la satisfacción de los plazos impagados, y confirmó la sentencia recurrida que había aplicado el artículo 1124 CC¹³⁰. Debido a esta recalificación de la acción ejercitada y a la confirmación de la sentencia de la Audiencia, la STS de 2018 no considera este pronunciamiento contradictorio con su doctrina. Ahora bien, fue clara la exclusión que la sentencia de 2004 hizo del artículo 1124 CC, aunque mantuvo formalmente el fallo recurrido que había acordado la resolución del contrato¹³¹.

¹²⁸ TOL4.974.352, Ponente Excmo. Sr. D. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez, «El pago de intereses no altera tal carácter, pues hace nacer una segunda obligación a cargo del mutuario pero no dan al prestamista la posición de obligado».

¹²⁹ Nos referimos a este fragmento: «nuestra doctrina jurisprudencial ha hecho inaplicable el artículo 1124 del Código Civil, tratándose de un contrato unilateral –sentencia de 22 de diciembre de 1997–. Por otra parte, el contrato de préstamo exige para su perfección la entrega de la cosa –sentencias de 4 de mayo de 1943, 28 de marzo de 1983 y 7 de octubre de 1994– al punto que si no se entregó la cosa o el dinero, no existe contrato de préstamo –sentencia de 27 de octubre de 1994– y así surgido el contrato con la entrega, no produce obligaciones más que para el prestatario por tratarse de un contrato real –sentencia de 22 de diciembre de 1997–.»

¹³⁰ TOL420.573, Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán. Señala la sentencia: «...invocar como motivo del recurso la infracción del artículo 1124, determina por sí la imposibilidad de esta invocación para el supuesto de autos, ya que en el contrato de préstamo no se da reciprocidad de obligaciones; la única, en principio, es la de devolución de lo prestado a cargo exclusivo del deudor». «De hecho se ha ejercitado acción no de rescisión del total recibido, sino de cumplimiento por pago anticipado, al no haberse abonado cantidad alguna adelantada en los plazos pactados».

¹³¹ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 167, nota 143, opina que esta sentencia demuestra que el Tribunal Supremo aplica el artículo 1124 CC cuando es necesario, toda vez que mantuvo los pronunciamientos de primera y segunda instancia que declararon resuelto el contrato, por más que la sentencia recurra a decir que el demandante no pretendía la reso-

En una posición un tanto indefinida, la STS de 8 de junio de 1992 no permite expresamente la resolución, pero tampoco la niega. En cambio, la STS de 2018 sostiene que este pronunciamiento admitió expresamente la resolución del contrato por impago de los intereses remuneratorios. En el fallo de 1992 no se apreció un incumplimiento resolutorio por la fundada creencia del prestatario de haber aceptado la otra parte un compás de espera para discutir una renegociación de la deuda¹³². En el procedimiento se había activado una cláusula de vencimiento anticipado, no el artículo 1124 CC, pero la sentencia en su redacción hace sinónimos el vencimiento anticipado y la resolución contractual, al referirse solo a esta última acción resolutoria, sin tratar sus requisitos, particularmente la reciprocidad de obligaciones. Por lo que, en definitiva, este pronunciamiento no es una referencia válida sobre la posibilidad de resolver el préstamo con fundamento en el artículo 1124 CC que, dicho sea de paso, además no menciona expresamente en su texto. Sin embargo, el vencimiento anticipado del préstamo por impago no deja de constituir una resolución del contrato por incumplimiento. No es una fase de cumplimiento del contrato, puesto que se produce precisamente por el incumplimiento¹³³.

Ahora bien, todas las puntualizaciones realizadas hasta ahora no son decisivas para descartar la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de mutuo de tipo real, como permite la STS de 2018 que, aunque referida a un contrato consensual, realiza afirmaciones al respecto. Para justificar mi posición, expondré dos tesis que admiten la resolución de los contratos de mutuo reales: la primera, que ha buscado la reciprocidad de tales contratos en una equivalencia entre el plazo concedido al prestatario y el pago de intereses; y la segunda, que extiende el ámbito del artículo 1124 CC más allá de los contratos bilaterales en sentido estricto, al permitir su aplicación a prestaciones recíprocas no solo «prometidas», sino

lución contractual sino el vencimiento anticipado, cuando el actor solicitó la resolución y no el vencimiento del préstamo, que además no había pactado.

¹³² TOL1.655.434, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. Se apreció que la entidad prestamista había aceptado tácitamente el impago al guardar silencio frente a la propuesta de renegociación del préstamo aceptada por la práctica totalidad de todos los acreedores, quienes financiaron la actividad empresarial de la sociedad prestataria en el marco de un convenio público de fomento de la economía.

¹³³ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 492. También ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.494, y ZUMAQUERO GIL, 2021, p. 245, equiparan el vencimiento anticipado a la resolución contractual. En cambio, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-35, advierte que la resolución y el vencimiento anticipado son cosas distintas, porque lo que se resuelve es el contrato, y lo que vence anticipadamente es la obligación de uno de los contratantes, de tal forma que la resolución extingue el contrato y obliga a liquidar la relación contractual, mientras que el vencimiento anticipado de una obligación legítima al acreedor para exigir antes de tiempo el cumplimiento.

también a las «realizadas» antes del contrato, como es la entrega del capital por el prestamista.

3.2 La admisión de la resolución por incumplimiento del contrato de mutuo real

Este epígrafe tiene por objeto el estudio de las diferentes teorías a partir de las cuales se ha admitido la resolución del contrato de mutuo de carácter real. Así, expondré en primer lugar la teoría que defiende la reciprocidad entre la obligación de pago de intereses y el plazo del préstamo. Y a continuación haré lo propio con la postura que sostiene que el artículo 1124 CC alcanza asimismo a prestaciones que puedan haberse ejecutado antes del contrato.

3.2.1 LA TESIS DE LA RECIPROCIDAD ENTRE LA OBLIGACIÓN DE PAGO DE INTERESES Y EL PLAZO DE DEVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD PRESTADA

En este apartado expondré y analizaré la postura que defiende la reciprocidad entre la obligación de pago de intereses y el plazo de devolución de la cantidad prestada y que, por ello, permite la resolución del mutuo de carácter real.

3.2.1.1 *Planteamiento*

Algunos autores mantienen el carácter sinalagmático del contrato de mutuo real oneroso al apreciar que existe una relación de equivalencia entre el aplazamiento de la recuperación de la suma prestada por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario, con la consiguiente posibilidad de su resolución contractual de acuerdo con el artículo 1124 CC¹³⁴.

La doctrina española partidaria suele citar la STS de 4 de octubre de 1915 como pronunciamiento precursor de esta tesis, que señaló, en cuanto al mutuo real oneroso, que el «Código Civil...en su estructura lo clasifica como contrato capaz de obligaciones recíprocas, una vez se originan de un previo acuerdo y de un efecto útil entre mutuante y mutuario, consistentes en mantener el primero en su poder la cosa que se le ha entregado, y el segundo la del interés

¹³⁴ Vid. LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 170; YSÁS SOLANES, *RCDI*, 1993, pp. 1.389-1.390, y GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2009, p. 1.196. De modo análogo, DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 11.988, observa que la prestamista entrega un capital con el fin de obtener su devolución y el pago de unos intereses, propósito práctico este que, exteriorizado y compartido por ambas partes, se incorpora a la causa del contrato.

convenido»¹³⁵. Conviene tener presente que la afirmación extractada no constituyó la *ratio decidendi*, pues esta resolución se dictó en un supuesto en que se pretendía hacer valer la preferencia de una hipoteca y se discutía si concurría el consentimiento del prestamista para el nacimiento del contrato de préstamo. Pero la sentencia fue más allá y añadió que el contrato de préstamo era un contrato capaz de generar obligaciones recíprocas para el prestatario y el prestamista, «consistentes en mantener el primero en su poder la cosa que se le ha entregado, y el segundo la del interés convenido». Por tanto, para resolver el litigio no era necesaria la calificación del préstamo como un contrato bilateral.

Los partidarios de esta tesis sostienen que el préstamo oneroso es un contrato sinalagmático, sin que sea obstáculo que no se perfeccione hasta la entrega de la suma por el prestamista, porque siempre habrá una relación de correspondencia entre el aplazamiento de la recuperación de la cosa por parte de aquel y el pago de los intereses por el prestatario¹³⁶. Esta postura se fundamenta en que surge para el prestamista la obligación de respetar el vencimiento que limita su derecho de crédito, cuya contrapartida es la obligación del prestatario del pago de los intereses y su derecho de goce durante el plazo establecido¹³⁷. O, dicho de otra forma, el mutuo con intereses es un contrato con obligaciones correspectivas al existir reciprocidad entre la obligación que asume el mutuante de procurar al mutuario el goce de la suma entrega y la que tiene este de pagar los intereses¹³⁸.

La obligación del prestamista de abstenerse de reclamar antes del plazo se ha plasmado en el Código Civil francés¹³⁹, y en otros países de nuestro entorno se admite la resolución del contrato de mutuo oneroso aun cuando sea un contrato real, como es el caso de Italia y Portugal¹⁴⁰. También en el derecho alemán se estima que el acreedor no solo entrega el dinero, sino que debe mantener en su goce al prestatario hasta el vencimiento del préstamo¹⁴¹.

¹³⁵ TOL5.048.709, Ponente Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal

¹³⁶ LACRUZ BERDEJO, 2013, p. 170.

¹³⁷ YSÁS SOLANES, *RCDI*, 1993, pp. 1.389-1.390. En análogo sentido, *vid.* GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2009, p. 1.196, e YZQUIERDO TOLSADA, *CSUD*, 2018, p. 282.

¹³⁸ ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 52-53.

¹³⁹ Cfr. artículo 1899: «El prestamista no puede volver a solicitar las cosas prestadas antes del plazo acordado».

¹⁴⁰ Cfr. artículos 1813 y 1820 del Código Civil italiano, y artículos 1142 y 1150 del Código Civil portugués.

¹⁴¹ LARENZ, 1986, p. 298, quien señala que, tratándose del comodato, el artículo 598 BGB pone el acento en la obligación del comodante de conceder el uso. Para el autor el contrato de préstamo es bilateral porque el interés es la remuneración por la retención, medida según segmentos de tiempo, del capital en el período en cuestión, no diferente de la renta en el arrendamiento. En sentido análogo, MÜLBERT, *AcP*, 1992, pp. 457-458, estudia la retención del capital por el prestatario como obligación sinalagmática del prestamis-

La STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, acoge esta tesis de equivalencia entre el plazo y la obligación de intereses, pero como *obiter dictum* porque, como hemos dicho, versa sobre un contrato que califica de consensual. Este pronunciamiento señala que, aunque en algunos casos pueda entenderse que hasta la entrega no se perfecciona el contrato (en clara referencia a los mutuos reales), la prestación de entrega es presupuesto de la de restitución y existe reciprocidad entre el aplazamiento y el pago de los intereses¹⁴².

3.2.1.2 Valoración crítica

Como acabamos de señalar, la STS, de Pleno, de 2018 considera que existe reciprocidad entre el pago de los intereses y el aplazamiento, afirmación con la que, entiendo, el Tribunal Supremo también abre la solución del artículo 1124 CC a los contratos reales.

Sin embargo, algunos autores no observan reciprocidad entre la ventaja que para el prestatario supone disponer de dinero ajeno durante un tiempo y el sacrificio de tener que pagar los intereses que es, a su vez, la ventaja del prestamista¹⁴³. O simplemente señalan que es un error calificar el contrato de préstamo oneroso como bilateral, porque el pacto de intereses no supone que el prestamista contraiga obligación alguna¹⁴⁴.

A primera vista puede afirmarse que el plazo de devolución es consustancial al préstamo, porque la regla subsidiaria de cumplimiento simultáneo de las prestaciones (art. 1100 CC) choca con su función económica y social. El Tribunal Supremo ha señalado, en relación con el artículo 1128 CC, que en el préstamo siempre existirá plazo que, cuando menos, si no se justifica uno mayor, será el que medie entre el contrato y la presentación de la demanda¹⁴⁵. En

ta, porque la recuperación del capital o del objeto dado es para prestamistas y arrendadores económicamente la misma.

¹⁴² TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán. Cfr. este fragmento: «Pero, aun en los casos en los que, en atención a las circunstancias, pudiera entenderse que el contrato no se perfeccionó hasta la entrega, de modo que no hubiera podido el prestatario exigirla, la prestación de entrega del dinero es presupuesto de la de restituirlo y hay reciprocidad entre el aplazamiento de la recuperación por parte del prestamista y el pago de los intereses por el prestatario».

¹⁴³ DÍEZ-PRCAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, pp. 25-26, y DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1991, p. 1.603.

¹⁴⁴ MANRESA, 1972, p. 854.

¹⁴⁵ Cfr. STS de 14 de octubre de 1966 (TOL4.305.267, Ponente Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar y Ayllón): «la fijación del plazo puede ser tácita, cual revela el artículo 1.128 del Código Civil, al disponer que si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujera que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquel, plazo que siempre existe en el contrato de préstamo, puesto que el deudor ha de

la misma línea, el artículo 313 CCom. contempla un plazo subsidiario de devolución sin concebir, por tanto, un préstamo de restitución inmediata. En definitiva, la exigencia de plazo deriva de que el préstamo es una relación obligatoria duradera cuyo desenvolvimiento supone un periodo de tiempo con una conducta duradera o prestaciones periódicas¹⁴⁶.

Pero el carácter consustancial del plazo al contrato del préstamo no elimina la reciprocidad entre el aplazamiento o goce por el prestatario y los intereses. Existe un paralelismo entre la obligación del prestamista de respetar el goce a cambio de los intereses, con el contrato de arrendamiento, en que el arrendador permite el goce de la cosa a cambio de la renta también durante un plazo¹⁴⁷.

Además, la obligación de no reclamar la devolución no es un simple aplazamiento, porque si fuera así el prestamista no podría variar los intereses a lo largo de la duración del préstamo. Efectivamente, dado que el prestamista tiene la facultad de modificar el interés de acuerdo con las fluctuaciones del mercado, habrá que aceptar que dicho precio (intereses) corresponde a una prestación u obligación del prestamista que va cambiando de valor al compás del mercado, que no es otra que la privación temporal del capital, esto es, respetar la cesión de uso y abstenerse de solicitar la devolución¹⁴⁸. Desde otro punto de vista, el plazo en un préstamo con interés beneficia recíprocamente a ambas partes y desean

disponer de un término, más o menos largo, para la devolución de lo que recibió, pero si no se justifica, ante la indeterminación del plazo, que la voluntad del acreedor fue conceder al deudor uno mayor que el transcurrido al formular la demanda, el citado precepto no es aplicable». En el mismo sentido, *vid.* STS de 29 de enero de 1982, aunque *obiter dicta*, porque se había fijado un plazo máximo, y STS de 15 de octubre de 2004 (TOL514.222, Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela), que apreció idéntica duración del plazo en un supuesto en que el prestatario simplemente había suscrito unos recibos de determinadas cantidades sin fijación de término de devolución. La STS de 6 de marzo de 1999 (TOL5.120.687, Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) afirma, sin embargo, que el Código Civil no exige expresamente el sometimiento del mutuo a plazo, a diferencia de lo que ocurre con el contrato de comodato, pero llega al mismo resultado práctico en un supuesto en que se reconocía al prestamista la facultad de pedir su devolución mediante aviso o «a su comodidad».

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 365- 366. Así, GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 273, sostienen que el préstamo siempre requerirá plazo, al derivarse de la naturaleza de la obligación (art. 1258 CC).

¹⁴⁷ CARRESI, 1957, pp. 99 y 118, quien considera como elementos constitutivos del mutuo, en lo que aquí interesa, el acuerdo sobre la obligación de dejar el aprovechamiento durante un determinado tiempo, y la posibilidad de que el prestatario cumpla restituyendo cosas de la misma especie y calidad que las recibidas. También observan un paralelismo entre el contrato de préstamo y el contrato de arrendamiento, LARENZ, 1986, p. 298, y MÜLBERT, *AcP*, 1992, pp. 457-458 (*vid.* nota 141).

¹⁴⁸ CANARIS, 1981, pp. 656-657 (Rn 1282). En el mismo sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 18-23, y BASOZÁBAL ARRÚE, 2010, p. 1.896.

su desarrollo normal para cumplir con las finalidades económicas respectivas¹⁴⁹.

Esta tesis no decae porque puede pactarse un periodo de carencia durante el que no se devenguen intereses a pesar de encontrarse disponible la cantidad, porque ello no quita que el contrato, observado en su globalidad, siga presentando una reciprocidad entre el aplazamiento y el pago de los intereses.

Se ha opuesto a la tesis estudiada que no puede confundirse el contrato de préstamo con el arrendamiento, porque el prestamista no permite simplemente el goce, como hace el arrendador, sino que transfiere la propiedad de la cosa en un momento concreto¹⁵⁰. Pero desde una perspectiva amplia puede ser objeto de una obligación de dar no solo las cosas, sino el simple uso, y tal obligación incluye las que tienen por objeto la entrega de una cosa por el deudor al acreedor, en atención a que este ha adquirido o adquiriera sobre la misma un derecho cualquiera, ya sea un derecho real, o simplemente la tenencia de la cosa¹⁵¹. Lo que ocurre es que el contrato de préstamo transfiere la propiedad y no solo el goce, porque tiene por objeto un bien fungible, del cual también se priva temporalmente el prestamista, como hace el arrendador de la cosa arrendada. Y llegado el término de ambos contratos, prestatario y arrendatario cumplirán, el primero con la entrega del *tantundem*, y el segundo con la restitución de la cosa arrendada; y hasta dicho momento, tanto el prestamista como el arrendador se ven privados de la cosa.

Además, en los efectos de la resolución de ambos contratos se aprecia cierta similitud, ya que el arrendamiento como contrato de tracto sucesivo no permite la restitución de las prestaciones realizadas, puesto que, por lo que se refiere al pasado, la prestación de una parte ha sido satisfecha por la contraprestación correspondiente¹⁵². En el caso del préstamo tampoco el prestamista habrá de devolver al prestatario los intereses percibidos en contraprestación del disfrute del capital¹⁵³. En esta tónica, la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, excluye de la restitución, que se deriva de la resolución del contrato, a las prestaciones y contraprestaciones entre las que exista reciprocidad de intereses conforme al contrato¹⁵⁴.

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, Y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, 2000, p. 352.

¹⁵⁰ MANRESA, 1972, p. 840.

¹⁵¹ *Vid.* sobre el contenido de la obligación de dar, POTHIER, 1859, p. 108, y CASTÁN TOBEÑAS, 1986, p. 163.

¹⁵² DELL'ÁQUILA, 1981, p. 198.

¹⁵³ BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-40.

¹⁵⁴ Cfr. artículo 518-18.

3.2.2. LA TESIS INTERPRETATIVA DEL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 1124 CC

Para esta corriente el artículo 1124 CC alcanza igualmente a prestaciones que puedan haberse ejecutado antes de la perfección del contrato. Es preciso hacer algunas valoraciones al respecto, especialmente a la luz de la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018.

3.2.2.1. *Planteamiento*

De acuerdo con esta tesis, el artículo 1124 CC no solo se aplica a los contratos bilaterales en sentido estricto, es decir, entendidos como fuente de obligaciones para ambas partes; sino que también alcanzará a otros contratos que suponen la realización de prestaciones antes de su perfección. De esta manera, la entrega de la cantidad por el prestamista, aun siendo anterior al nacimiento del contrato, se estima derivada de él y habilitaría su resolución por incumplimiento, que abarca prestaciones entre las que exista equivalencia, ya se trate de prestaciones prometidas o realizadas. Así, algún autor sostiene que el artículo 1124 CC es aplicable no solo a los contratos bilaterales, sino también a aquellos en que haya reciprocidad entre prestaciones (realizadas o prometidas). Y estima que esta reciprocidad concurre entre la entrega de la cosa por el mutuante y el pago de intereses por el mutuario¹⁵⁵. De forma análoga puede mantenerse que el carácter sinalagmático no radica en las obligaciones sino en las prestaciones, y el préstamo no pierde su carácter consensual porque la prestación del prestamista se adelanta para formar el contrato¹⁵⁶.

También se extiende el ámbito del artículo 1124 CC al considerarse que no hay diferencia notable entre onerosidad y sinalagma, porque ambos existen en todo contrato en el que se intercambian prestaciones subjetivamente equivalentes y recíprocas. En cuanto al mutuo, el hecho de que la prestación del prestamista se haya realizado al constituirse el contrato y quede otra u otras a cargo del prestatario (la devolución y, en su caso, el pago de intereses) no suprime la existencia de dos obligaciones correspectivas y, por tanto, la posible aplicación del artículo 1124 CC, el cual no presupone que ambas se hallen todavía sin cumplir¹⁵⁷.

¹⁵⁵ ALBALADEJO GARCÍA, 2011, pp. 810 y 813, quien, no obstante, niega el carácter bilateral del mutuo real, aun cuando produzca intereses, porque de él solo surgen obligaciones para el prestatario.

¹⁵⁶ RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 166.

¹⁵⁷ LACRÚZ BERDEJO, 2011, p. 191. De modo análogo, QUICIOS MOLINA, 2013, pp. 1.519 ss., defiende la aplicación del artículo 1124 CC a aquellos contratos en los que

3.2.2.2 Valoración crítica

Tradicionalmente, la doctrina ha diferenciado los contratos onerosos de los sinalagmáticos al entender que no todos los onerosos resultan sinalagmáticos, en referencia precisamente, como ejemplo académico, al préstamo de naturaleza real con intereses¹⁵⁸. La categoría de contratos onerosos no coincide con la de los bilaterales, porque en los negocios onerosos no es imprescindible que el beneficio y sacrificio se fundamente en una relación de causalidad, de tal manera que la prestación o su promesa por una parte tenga causa en la prestación o promesa de la otra, como exige el artículo 1274 CC para los bilaterales¹⁵⁹. Los contratos onerosos son, por tanto, una categoría más amplia que los contratos bilaterales, y se caracterizan por un cambio proporcional de dos atribuciones patrimoniales, o lo que es igual, por una proporcionalidad o equilibrio objetivo entre sacrificio y ventaja; mientras que los contratos bilaterales se fundamentan en la idea de correlación de obligaciones o reciprocidad¹⁶⁰.

Aprecio que esta puntualización y ejemplo se deben precisamente a la categoría de los contratos reales. Efectivamente, se considera oneroso el préstamo con intereses porque el prestatario se sacrifica con su pago, pero secularmente no se califica como bilateral porque su carácter real hace precisa para su perfección la *datio rei* del prestamista, quien no asumirá, por tanto, ninguna obligación. Si no fuera por tal naturaleza real, no debería haber obstáculo alguno para admitir la resolución del contrato al ser equivalentes la entrega y la devolución y, en su caso, los intereses. Lo que ocurre, estimo, es que la categoría de los contratos reales obstaculiza la aplicación del artículo 1124 CC, al distanciar a los contratos onerosos de los bilaterales¹⁶¹.

Sin embargo, entiendo que este precepto debe aplicarse al contrato de préstamo porque, ante incumplimientos relevantes del prestatario, permitirá al prestamista reclamar la devolución de los plazos impagados y además los pendientes de vencer. No resulta razonable

existe reciprocidad impropia entre la entrega y los intereses, y justifica que en el contrato de mutuo no es propia puesto que su carácter real exige la entrega como requisito de su perfección

¹⁵⁸ Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, 1986, p. 486; LASARTE ÁLVAREZ, 2016, p. 11; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, p. 25, y GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA, PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ y SIERRA GIL DE LA CUESTA, 2003, p. 270.

¹⁵⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, 2016, p. 25. También puede verse tal distinción en los artículos 1106 y 1107 del Código Civil francés.

¹⁶⁰ Con carácter general, sobre la distinción entre ambos contratos, *vid.* ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 53-54 y 59-60.

¹⁶¹ No obstante, también en las donaciones modales existe onerosidad, pero no sinalagma, como advierte DÍEZ-PICAZO, 2010, p. 210.

negar al prestamista la posibilidad de resolver el contrato y pedir la devolución de lo prestado cuando el prestatario incumple con los plazos de amortización¹⁶². De excluirse su operativa, el prestamista continuaría obligado a respetar el plazo concedido al prestatario y únicamente podría reclamar los plazos vencidos y no satisfechos. Debemos incidir en que el artículo 1124 no pretende sancionar al contratante que incumpla sus obligaciones, sino simplemente permitir al otro recuperar lo entregado en ejecución del contrato incumplido. La naturaleza propia de la resolución por incumplimiento es la de una medida preventiva, no represiva, que intenta prevenir que se haga prácticamente inalcanzable la contraprestación de la parte incumplidora y la prestación de quien ha cumplido quede en el patrimonio del incumplidor sin corresponsivo¹⁶³.

Además, no puede vetarse el artículo 1124 CC por el argumento formalista de que solo el prestatario se encuentra obligado, porque en el préstamo de naturaleza real, el prestamista se encuentra en la misma situación que quien ha cumplido una obligación surgida de un contrato consensual¹⁶⁴.

El «dare» del prestamista no se entiende sino en el marco del contrato de préstamo con la correspondiente obligación de devolución, por lo que su carácter real no debería impedir la resolución con fundamento en el artículo 1124 CC. Como dice la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, la entrega del capital por el prestamista no puede entenderse aislada, al basarse en la confianza de su devolución; y en clara referencia a la entrega del capital que se produce antes del contrato, señala el TS que el artículo 1124 CC no requiere que «las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebre el contrato»¹⁶⁵. De modo análogo, en la doctrina francesa se ha señalado que el prestamista consiente en prestar porque cuenta con la ejecución de las obligaciones del prestatario, el cual ha prometido restituir en el tiempo convenido, de ahí que el primero pueda pedir la resolución¹⁶⁶.

¹⁶² RODRÍGUEZ-ROSADO, 2013, p. 167.

¹⁶³ *Vid.* MORALES MORENO, 2006, p. 43; DÍEZ-PICAZO, 2007, p. 814; MONTES PENADÉS, 1989, p. 1188, y con carácter general el epígrafe 1 de este capítulo donde tratamos el fundamento de la resolución por incumplimiento.

¹⁶⁴ MARÍN PÉREZ, 1982, p. 116. Así, la PMCCOC no requiere explícitamente para la resolución contractual que se trate de obligaciones sinalagmáticas o recíprocas (cfr. arts. 1199 a 1204 de tal propuesta, y *vid.* CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 3).

¹⁶⁵ TOL6.664.586, Ponente Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. «En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos». *Vid.* LACRUZ BERDEJO, 2011, p. 191, para quien el artículo 1124 CC no presupone que ambas prestaciones se hallen todavía sin cumplir.

¹⁶⁶ CAPITANT, 2019, pp. 326-329, quien se basa en que el artículo 2131 del Código Civil francés permitía al acreedor hipotecario exigir el reembolso del capital cuando los

Conviene recordar que la STS, de Pleno, de 11 de julio de 2018, versó sobre un préstamo calificado como consensual porque la suma se entregó con anterioridad al otorgamiento de la escritura pública, de lo que el TS dedujo la existencia de un acuerdo previo que, en consecuencia, simplemente se documentó en la referida escritura. Y además afirma que, aunque se negase la obligatoriedad del préstamo consensual, cabrá la aplicación del artículo 1124 CC si ha mediado la entrega por el prestamista y el prestatario incumple sus obligaciones¹⁶⁷.

Este pronunciamiento también se plantea la posible resolución del mutuo de tipo real, al señalar que el artículo 1124 CC abarca prestaciones realizadas o prometidas¹⁶⁸. Por tanto, no limita la operatividad del precepto al contrato de carácter consensual, al predicarlo igualmente del mutuo de tipo real.

Una vez que el TS permite la aplicación del artículo 1124 CC a prestaciones ya realizadas, en referencia a la entrega del capital por el prestamista, conecta tal prestación con otros compromisos accesorios que pueda haber asumido el prestatario junto con la devolución del capital, como el abono de intereses o destinar la suma a un fin determinado¹⁶⁹. Sin embargo, la existencia estos compromisos accesorios, diferentes al de la devolución, no deberían constituir un requisito de la facultad resolutoria, porque simplemente suponen imponer un mayor número de obligaciones a una de las partes, en este caso, al prestatario.

La clave para admitir la resolución del préstamo radica en que la entrega de la cantidad por el prestamista es una prestación contrac-

inmuebles hipotecados perecieran o se depreciaren hasta afectar a la seguridad del acreedor, solución que propugnaba extender a casos análogos, como el impago.

¹⁶⁷ «Por lo demás, negar la validez de un contrato consensual de préstamo, conduciría a excluir el ejercicio de una acción de cumplimiento dirigida a hacer efectiva la promesa de préstamo (o a negar la indemnización por incumplimiento de la promesa), pero no permitiría negar los efectos que se producen entre las partes cuando, como ha sucedido en el caso litigioso, el dinero se ha entregado y se incumple la obligación de restituir intereses y capital en los plazos pactados».

¹⁶⁸ Cfr. el siguiente fragmento de la sentencia: «En particular, en el préstamo con interés cabe apreciar la existencia de dos prestaciones recíprocas y, por tanto, es posible admitir la posibilidad de aplicar, si se da un incumplimiento resolutorio, el artículo 1124 CC, que abarca las obligaciones realizadas o prometidas. Este precepto no requiere que las dos prestaciones se encuentren sin cumplir cuando se celebra el contrato ni que sean exigibles simultáneamente». La extensión del artículo 1124 CC a prestaciones realizadas o prometidas, se había defendido por ALBALADEJO GARCÍA, 2011, p. 813.

¹⁶⁹ «La situación es diferente cuando el prestatario que recibe el dinero asume, junto al de devolverlo, otros compromisos. En estos casos, el que el prestamista haya entregado el dinero con antelación no suprime la realidad de que su prestación no aparece aislada, como una obligación simple, y la razón de su prestación se encuentra en la confianza de que la otra parte cumplirá sus compromisos. Esto es así incluso en los casos de préstamos sin interés en los que el prestatario haya asumido algún compromiso relevante para las partes (como el de dedicar el dinero a cierto destino o devolver fraccionadamente el capital, en ciertos plazos fijados). La afirmación de la posibilidad de que el prestamista pueda resolver el contrato, supone un reconocimiento de que se encuentra en la misma situación que tendría quien ya ha cumplido la obligación que le incumbe».

tual, aunque sea desde su consideración como «prestación realizada», previa al contrato. Este «dare» no aparece aislado, sino que tiene su causa en la confianza de la devolución por el prestatario. No es una mera liberalidad pues posee una causa contractual bien diferente: su restitución y, en su caso, el pago de intereses. Además, si la reciprocidad en el sentido tradicional que se le ha dado como obligaciones de nacimiento simultáneo es sustituida por la idea de obligaciones correlativas o correspondencia simétrica entre obligaciones, se puede extender la resolución a los contratos unilaterales¹⁷⁰.

Tal vez por lo sostenido, esta sentencia califica como compromisos accesorios la devolución fraccionada de la suma prestada y no solo la obligación de pago de intereses. Efectivamente, por un momento limita la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de mutuo onerosos al señalar: «Por lo que se refiere al préstamo (mutuo), que es el contrato que aquí nos interesa, si el prestatario no asume otro compromiso diferente de la devolución de la cosa (señaladamente dinero), no es aplicable el artículo 1124 CC». Pero posteriormente, entiendo que admite entre líneas (aunque *obiter dictum*, dado que el préstamo del caso era oneroso) la resolución del préstamo gratuito al afirmar que cabría aunque no se pactasen intereses, por incumplimiento de otros compromisos accesorios del prestatario dentro de los que contempla incluso la de devolución fraccionada del dinero recibido¹⁷¹.

En definitiva, aunque no exista retribución por el capital prestado (lo cual no dejará de ser anecdótico, al limitarse el mutuo gratuito a las relaciones familiares o de amistad) me resulta inaceptable que el prestamista no pueda pedir la devolución de todo lo prestado resolviendo el contrato, y por el contrario siga obligado a respetar el plazo concedido con independencia de los incumplimientos del prestatario, porque el hecho de que se trate de una «simple» devolución sin intereses, no puede impedir la aplicación una regla tan justa como la consagrada en el artículo 1124 CC.

4. EL INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

4.1 Introducción

Admitida la aplicación de la facultad resolutoria en el contrato de préstamo, ha de valorarse la gravedad del incumplimiento que

¹⁷⁰ ALONSO PÉREZ, 1967, pp. 48 y 61, para quien la bilateralidad puede concebirse como armonía y coordinación de obligaciones que tienen un mismo origen y marchan hacia un camino mutuo al ser obligaciones correlativas, todo lo cual permite extender los efectos de la reciprocidad (art. 1124 CC) a contratos unilaterales.

¹⁷¹ *Vid.* nota 169.

requiere el artículo 1124 CC en su interpretación jurisprudencial, cristalizada en la necesaria frustración de la finalidad del contrato, y que abandonó la exigencia de una reiterada voluntad del deudor en el incumplimiento¹⁷². También la PMCCOC ha abandonado estos postulados al limitarse a exigir el carácter esencial del incumplimiento resolutorio en su artículo 1199¹⁷³.

El carácter preventivo de la resolución, no represivo de la parte incumplidora que apuntamos al tratar el fundamento de tal remedio, debe tomarse en consideración para valorar la gravedad del incumplimiento que permite su activación por la parte que ha cumplido¹⁷⁴. Con carácter general, de acuerdo con el artículo 1124 CC, no se exige para que opere la resolución contractual que el incumplimiento del contrato sea total, pues uno parcial puede activar tal solución (lo que será lo más frecuente en los préstamos a devolver en plazos), pero para ello resulta preciso valorar la gravedad que supone en la economía del contrato¹⁷⁵. Es claro que cuando el incumplimiento tenga poca importancia en la economía del contrato, la resolución constituye un comportamiento que, además de poner en peligro el principio de la seguridad y estabilidad de las contrataciones, viola también las exigencias de la buena fe¹⁷⁶. Así, no frustra la finalidad del contrato el impago de una reducida cantidad, cuando se podría haber conseguido fácilmente el cumplimiento del contrato¹⁷⁷.

En la PMCCOC se distingue entre incumplimiento esencial y no esencial, sin definir el primer incumplimiento, como por el contrario sí hacen los PECL¹⁷⁸. El incumplimiento no esencial, dentro del que se contempla el retraso, también permitirá resolver el con-

¹⁷² Cfr., entre otras, SSTS de 26 de noviembre de 2007 (TOL1.213.856, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete) y de 13 de febrero de 2009 (TOL1.448.806, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), sobre el abandono de la exigencia de una reiterada voluntad del deudor rebelde en el incumplimiento para atender al dato objetivo del incumplimiento siempre que conlleve la frustración del fin del contrato. En la doctrina, por todos, *vid.* CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, pp. 231-234; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, pp. 8.222-8.223, y QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1523.

¹⁷³ CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 5.

¹⁷⁴ MONTES PENADÉS, 1989, p. 1.188.

¹⁷⁵ CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 138-139. Sobre la falta de distinción entre incumplimiento total y parcial en el artículo 1124 CC, *vid.* SSTS de 13 de marzo de 1930 (TOL5.031.453, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Martínez Muñoz), y 18 de noviembre de 1983 (TOL3.915.309, Ponente Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas).

¹⁷⁶ DELL'AQUILA, 1981, p. 189.

¹⁷⁷ QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1531.

¹⁷⁸ Cfr. artículo 8:103 PECL que dispone: «El incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato: (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato. (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado. (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte.»

trato, pero el acreedor deberá fijar un plazo razonable al deudor para que cumpla o subsane la falta de conformidad, de manera que solo cabrá resolver si este no cumple o subsana en tal plazo razonable¹⁷⁹. Análogo doble régimen, según el incumplimiento sea esencial o no, se recoge en la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil¹⁸⁰. Además, conviene recordar que con carácter general el régimen del Código Civil no precisa que el deudor sea constituido en mora para el ejercicio de la facultad resolutoria¹⁸¹. Y tratándose de un contrato bilateral, como es el préstamo, no es necesario la constitución en mora porque el prestamista ya habrá entregado el capital¹⁸².

Con todo, debe partirse de que no todo retraso permitirá resolver el contrato de préstamo, para lo que habrá de tomarse en consideración la entidad del incumplimiento, porque si el término no es esencial, como ocurre con el contrato de préstamo, de modo que el cumplimiento todavía es posible, debemos preguntarnos hasta qué momento el acreedor debe seguir vinculado por el contrato¹⁸³.

Para tal labor, distinguiremos entre los préstamos hipotecarios y los de tipo personal.

4.2 Préstamos hipotecarios

Para los préstamos hipotecarios, como señala la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, debe tomarse en consideración tanto su carácter prolongado en el tiempo como la falta de reparación de la situación por parte del deudor, puesto que se trata de que los impagos del deudor justifiquen que el acreedor pueda resolver el contrato y recuperar lo prestado sin esperar al vencimiento pactado. Esta sen-

¹⁷⁹ Cfr. artículo 1200 PMCCOC. *Vid.* CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 5.

¹⁸⁰ Cfr. artículos 518-13 y 518-14. Además, el artículo 5121-9, en línea con los artículos 7-4.9 de los Principios UNIDROIT y III-3:708 del DCFR, contempla una mora automática para el contrato de préstamo al señalar que «El prestatario que se retrasa en el cumplimiento de su obligación incurre en mora sin necesidad de que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento» (*vid.* ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL, 2016, p. 223.)

¹⁸¹ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 270; DELL'AQUILA, 1981, p. 176; CLEMENTE MEORO, 1992, p. 192; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.220, y QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1.531.

¹⁸² RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 502.

¹⁸³ *Vid.* QUICIOS MOLINA, 2013, p. 1.529. Por ejemplo, el artículo 498 del BGB alemán contempla que el prestamista pueda denunciar el contrato de préstamo a consumidores que deben devolver en pagos parciales si el prestatario ha incurrido en mora en el pago de dos plazos sucesivos, total o parcialmente, y que las cantidades dejadas de pagar alcancen al menos el diez por ciento del importe global que se pagara a plazos, o un cinco por ciento, si el contrato tiene una duración superior a los tres años. Además, se requiere el transcurso del plazo de dos semanas desde que el prestamista haya requerido al consumidor para que satisfaga las cantidades atrasadas con la declaración que de no pagar dentro del plazo reclamará la totalidad de la deuda restante.

tencia acude como criterios orientativos a los fijados en el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante LCCI), que determina la cuantía de las cuotas no satisfechas que conllevan la pérdida del beneficio del plazo y el vencimiento anticipado del préstamo¹⁸⁴.

Dado que la sentencia, para el caso de préstamos hipotecarios, remite al artículo 24 de la LCCI, debemos plantearnos si tal remisión supone una ampliación del ámbito de la norma, para lo que resulta preciso estudiarlo con carácter previo.

4.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

El ámbito de la LCCI se extiende a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional. De acuerdo con el artículo 2.1 en relación con el artículo 4 2) de la LCCI, el concepto de prestamista inmobiliario engloba: a) las entidades crediticias, b) las entidades no crediticias, c) el prestamista profesional y d) el prestamista ocasional inversor, por lo que quedan fuera los prestamistas particulares, esto es aquellos que ocasionalmente prestan dinero sin ninguna finalidad inversora.

El prestatario, el fiador o garante debe ser una persona física y el contrato de préstamo tendrá por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial, o b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor (cfr. art. 2.1). Por tanto, la protección se extiende a solicitantes de créditos inmobiliarios que no son consumidores, para los casos de préstamos hipotecarios o garantizados mediante otra garantía real sobre inmuebles de uso residencial; mientras que para los demás créditos inmobiliarios, el prestatario necesariamente ha de ser consumidor-persona física, como también los garantes personales¹⁸⁵.

¹⁸⁴ TOL8.303.583, Ponente Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. Reitera esta doctrina la STS de 6 de junio de 2022 (TOL9.050.434), de la misma ponente.

¹⁸⁵ ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 73 y 86. Sobre el concepto de consumidor a los efectos de la LCCI, *vid.* artículo 3 de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, que los define como aquella persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional. A tal precepto se remite el artículo 4.1 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) núm. 1093/2010.

En cualquier caso, será preciso que se trate de un préstamo oneroso, de acuerdo con el artículo 2.4, letra b), LCCI.

Pero la norma no se circunscribe a los préstamos hipotecarios, puesto que alcanzará a otros préstamos con la finalidad prevista en la letra b) del artículo 2.1, siempre que estemos ante un consumidor-persona física. Se critica la inclusión de estos supuestos porque el que la finalidad del préstamo sea el destinar el dinero a su inversión en una vivienda o inmueble de uso residencial, no es prueba de un posible riesgo de pérdida futura de dicho inmueble por impago, que es lo que justifica el trato beneficioso del artículo 24 LCCI¹⁸⁶.

En cualquier caso, resultan excluidos los prestatarios que sean personas jurídicas, dado que la norma se limita a proteger a los prestatarios que sean personas físicas, de acuerdo con el artículo 4 1), lo que resulta criticable teniendo en cuenta que el artículo 3 del TRLGDCU extiende el concepto de consumidor a las personas jurídicas¹⁸⁷.

Por otro lado, la norma no solo protege a los deudores, sino también a los fiadores o garantes, personas físicas, de los préstamos a los que se refiere el artículo 2.1 en sus letras a) y b). Por tanto, entrará en su ámbito los préstamos concertados por personas jurídicas en los que intervenga como garante una persona física¹⁸⁸.

En cuanto a los préstamos que se garantizan con un bien inmueble de uso residencial, resulta indiferente la finalidad para la que se obtuvo la financiación, porque estamos ante la mayor riqueza de los ciudadanos, lo que hace que se excluyan los garantizados por otros bienes inmuebles de uso no residencial, como aquellos con destino agrario o fincas rústicas en general, o inmuebles urbanos sin uso residencial¹⁸⁹. Para los préstamos previstos en el artículo 2.1.b) en los que no existen tales garantías reales sobre un inmueble de uso residencial, sí es importante la finalidad, y la condición de consumidor del prestatario, fiador o garante¹⁹⁰.

¹⁸⁶ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 512.

¹⁸⁷ ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 86, y RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 504, quien añade que también quedarán fuera de la norma los prestatarios personas físicas si el préstamo no es solicitado para adquirir o conservar derechos de propiedad y se dan en garantía bienes de su propiedad que no sean de uso residencial. *Vid.* igualmente ZUMAQUERO GIL, *RDC*, 2021, pp. 261-262, quien se refiere al supuesto excluido de la adquisición de inmueble residencial por persona jurídica en calidad de consumidora, y propone que se debiera haberse incluido una norma de carácter general en el TRLGDCU para regular el vencimiento anticipado.

¹⁸⁸ ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 159.

¹⁸⁹ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 510.

¹⁹⁰ ALBIEZ DOHRMANN, 2020, p. 112, y RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 510. Así, ZUMAQUERO GIL, 2021, pp. 261-262, señala que están excluidos de la norma los préstamos hipotecarios suscritos para adquirir un local por una persona física consumidora.

Nos referimos a los préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, los cuales no incluyen a los obtenidos para financiar las obras tendentes a conservar materialmente el inmueble que se someterán a la LCC¹⁹¹. Así, la Instrucción de la DGRN (hoy DGSJFP) de 20 de diciembre de 2019 consideró que las pólizas de los préstamos personales para la rehabilitación de viviendas no se encuentran en el marco de la LCCI¹⁹².

Por adquisición o conservación de derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir del consumidor, debe entenderse la conservación económica de la propiedad inmobiliaria ante la eventual pérdida por impago del crédito debido, mediante el recurso a otros medios de financiación después de que los anteriores hayan fallado. En el artículo 2.1 b) LCCI sí tiene cabida la financiación de la construcción de un edificio, o de obras de rehabilitación o renovación integral o parcial de un edificio¹⁹³.

La LCCI no ofrece un concepto de inmueble de uso residencial, pero incluirá las viviendas porque el artículo 2.1 se refiere además a aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que, sin constituir vivienda como tal cumplen, una función doméstica. En consecuencia, resulta indiferente que sea primera, segunda o tercera vivienda el inmueble de uso residencial¹⁹⁴.

¹⁹¹ ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 128-129. Cfr. artículo 46 de la Directiva 2014/17/UE que añadió al artículo 2 de la Directiva 2008/48/CE, el apartado 2 *bis*: «No obstante lo dispuesto en el apartado 2, letra c), la presente Directiva se aplicará a los contratos de crédito no garantizados que tengan por finalidad la renovación de un bien inmueble de uso residencial y que entrañen un crédito cuyo importe total exceda de 75 000 €». Para el autor, el hecho de que esta directiva solo haya sido traspuesta de forma genérica en la LCCI, y aún no se ha modificado la LCC, permite sostener que las tales obras estarán sujetas a la LCC, aunque superen los 75.000 €, siempre, claro está, con el límite inferior de 200 €, previsto en el artículo 3, letra c). En sentido contrario, RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 515, se muestra partidario de aplicar el artículo 24 LCCI a todos los casos dudosos que pudieran presentarse, e incluir los préstamos para financiar la conservación del inmueble porque no ve sentido acudir a la LCC, cuando valorativamente los casos incluidos en la LCCI son muy similares a estos.

¹⁹² Instrucción de, de la DGRN, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE, 30 de diciembre de 2019).

¹⁹³ ALBIEZ DOHRMANN, 2020, pp. 129-130. De acuerdo con la Instrucción de 20 de diciembre 2019 el artículo 2.1 b) no requiere que el destino del inmueble sea residencial, lo que critica el autor, porque Cdo. 17 de la Directiva 2014/17/UE, se refiere a viviendas y no a otro tipo de inmuebles. Sobre la inclusión de la renovación de los inmuebles, como señala el autor, el Cdo. 15 *in fine* de la Directiva 2014/17/UE, después de mencionar con carácter general los contratos de crédito, alude también a aquellos contratos de crédito garantizados destinados a la renovación de bienes inmuebles para uso residencial.

¹⁹⁴ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 496 y 512-513, quien, no obstante, advierte que en los casos de segundas residencias «no se percibe la finalidad protectora propia de los inmuebles con destino habitacional, en cuanto vivienda permanente actual (o inminente) del sujeto prestatario o de su familia», salvo que la dé en arrendamiento más o menos estable.

4.2.2 VALORACIÓN DE LA SOLUCIÓN DADA POR LA STS, DE PLENO, DE 2 DE FEBRERO DE 2021

Como aclara la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, se trata de concretar la gravedad del incumplimiento previsto en el artículo 1124 CC con los parámetros del artículo 24 LCCI, y no de una aplicación directa de este último precepto, puesto que el apartado cuarto de la disposición transitoria primera de la LCCI excluye los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a su entrada en vigor, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo.

En contra de esta solución se podría argumentar la claridad de esta disposición transitoria, y excluir el artículo 24 LCCI para determinar el incumplimiento resolutorio *ex* artículo 1124 CC en aquellos supuestos en que se haya declarado abusiva la cláusula de vencimiento anticipado pactada antes de la entrada en vigor de la LCCI¹⁹⁵. Sin embargo, resulta contrario a la voluntad tuitiva del legislador dar un peor trato a los prestatarios cuyos préstamos hayan sido declarados vencidos anticipadamente por entidades prestamistas antes de la entrada en vigor de la LCCI¹⁹⁶.

Por otro lado, el ámbito del artículo 24 LCCI y, en consecuencia, los criterios de la gravedad del incumplimiento que contempla abarcan no solo a los préstamos concedidos a consumidores, sino con carácter general a las personas físicas¹⁹⁷. Según su literalidad, incluye a cualquier prestatario persona física, sea cual sea su actividad, o el destino de la suma prestada, con tal de que haya una garantía real recayente sobre un inmueble de uso residencial.

Pero recordemos que se excluyen de la LCCI los prestatarios que sean personas jurídicas, dado que la norma se limita a proteger a los prestatarios que sean personas físicas, de acuerdo con el

¹⁹⁵ GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020. También ZUMAQUERO GIL, 2021, pp. 263-264, señala que para la aplicación del artículo 24 LCCI sería precisa la pertinente modificación legislativa.

¹⁹⁶ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2019, para quien la laguna del contrato generada por la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado abusiva deberá integrarse, a través del artículo 1124 CC, con la norma del artículo 24 LCCI. En análogo sentido, MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.389, contempla la aplicación del artículo 1124 CC y la determinación de la gravedad del incumplimiento resolutorio de acuerdo con los criterios previstos en el artículo 24 LCCI.

¹⁹⁷ Sobre la falta de exigencia de la cualidad de consumidor en el prestatario, *vid.* ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, *RCDI*, 2020, p. 2.159; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *RCDI*, 2019, p. 2.090, quien señala que el artículo 24 LCCI, a diferencia del artículo 2 LCCI, no exige que en esos contratos de préstamo el prestatario, garante o fiador sea consumidor, sino simplemente persona física; de modo que en este sentido amplía el ámbito de aplicación de la LCCI.

artículo 4 1), lo que resulta criticable¹⁹⁸. Para los préstamos hipotecarios no sujetos a la LCCI cabría pensar en aplicar el artículo 693.1 LEC, que permite declarar vencido anticipadamente un contrato de préstamo hipotecario cuando deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses¹⁹⁹.

La gravedad del incumplimiento previsto en el artículo 693 LEC podría verse compatible con la jurisprudencia del TJUE, concretamente con la sentencia de 14 de marzo de 2013 que consideró abusiva una cláusula que permitía el vencimiento anticipado del préstamo por impago de una sola mensualidad, y a raíz de la cual se dio nueva redacción al precepto que, con anterioridad, permitía el vencimiento anticipado por un solo impago²⁰⁰. Sin embargo, este precepto no respeta la idea de excepcionalidad en la resolución contractual que exigía tal sentencia, porque no parece razonable que el límite entre la resolución o no de un préstamo hipotecario estuviese en el impago de tan solo tres cuotas, cuando lo usual es que este tipo de préstamos tengan una duración mínima de 10 años y una duración usual de 20 o 25 años, donde el número de cuotas llega, por tanto, hasta una media de 240 cuotas (préstamo a 20 años)²⁰¹.

Además, la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, a la hora de remitir al artículo 24 LCCI para determinar la gravedad del incumplimiento en el caso de préstamos hipotecarios, no hace distinciones. Esto es, no limita su doctrina a los préstamos hipotecarios sujetos a la LCCI²⁰².

¹⁹⁸ Vid. nota 187.

¹⁹⁹ Vid. GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020, quien propone aplicar este precepto a los préstamos vencidos con anterioridad a la LCCI que, por tanto, estarían excluidos de ella, de acuerdo con su disposición transitoria primera, y ADÁN DOMENECH, 2020, p. 188.

²⁰⁰ TOL3.297.918 (Asunto C-415/11).

²⁰¹ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 499.

²⁰² TOL8.303.583, Ponente Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán. Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto: «A falta de una norma que concrete cuándo es resolutorio el incumplimiento del deudor por impago de las cuotas del préstamo, la valoración de la gravedad del incumplimiento que exige la aplicación del artículo 1124 CC debe tener en cuenta tanto su carácter prolongado en el tiempo como la falta de reparación de la situación por parte del deudor, pues se trata de que el incumplimiento de las contraprestaciones que le incumben (devolución en ciertos plazos, pago de los intereses) justifique que el acreedor quiera poner fin al contrato para recuperar todo el capital prestado sin esperar al término pactado. A estos efectos, aun cuando el artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), no es de aplicación a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido antes de la entrada en vigor de tal ley, para valorar la gravedad de un incumplimiento resolutorio resultan ilustrativos y pueden servir como pauta orientativa los criterios fijados por el legislador en el mencionado precepto para permitir al prestamista reclamar el reembolso total adeudado del préstamo».

Por todo lo anterior, estimo que debe aplicarse con carácter general el artículo 24 LCCI a los préstamos de larga duración. Dado el amplio ámbito de la LCCI, con razón se ha advertido que hubiera sido mejor establecer directamente una norma de alcance general que interpretara los artículos 1124 y 1129 CC en relación a todos los préstamos con garantía hipotecaria sobre inmuebles residenciales, o a los contratos de préstamo o crédito inmobiliarios en general relativos a ellos, en tanto exista en estos últimos el riesgo de afectación de un bien como la vivienda, incluyendo a las personas jurídicas, de tal manera que, para los supuestos excluidos del artículo 24 LCCI, también se aplicasen sus parámetros para determinar el incumplimiento resolutorio de acuerdo con el artículo 1124 CC. En este sentido, debe precisarse que el propio artículo 24 LCCI lo que hace es contemplar un incumplimiento que habilita a resolver el contrato, concretando y objetivando cuándo una entidad prestamista puede dar por resuelto el contrato para obtener la devolución de lo prestado. Y es que el vencimiento anticipado del préstamo por impago no deja de constituir una resolución del contrato por incumplimiento²⁰³.

Pues bien, el artículo 24 LCCI requiere que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses, y que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al menos:

«i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo, requisito que se considerará cumplido cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo, requisito que se considerará cumplido cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses».

²⁰³ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 492-493, 504-505 y 523-524. Sobre la equiparación del vencimiento anticipado a la resolución contractual, *vid.* igualmente ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.494, y ZUMAQUERO GIL, 2021, p. 245. En sentido contrario, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-35, advierte que la resolución y el vencimiento anticipado son cosas distintas, porque lo que se resuelve es el contrato, y lo que vence anticipadamente es la obligación de uno de los contratantes, de tal forma que la resolución extingue el contrato y obliga a liquidar la relación contractual, mientras que el vencimiento anticipado de una obligación legítima al acreedor para exigir antes de tiempo el cumplimiento.

El precepto distingue entre la primera y segunda mitad del préstamo, tratando de forma más beneficiosa al que incumple en la segunda mitad de la duración del préstamo, lo que resulta criticable pues supone en buena medida presumir legalmente que ha habido una conducta dolosa en el prestatario que incumple en la primera. Además, tal distinción se hace de forma rígida ya que solo contempla dos fases sin tener en cuenta la duración del préstamo, porque, por ejemplo, en caso de ser de treinta años, comenzaría la segunda en el decimosexto año cuando aún quedan catorce años. Por otro lado, el precepto no impide el vencimiento anticipado cuando se incumple el préstamo en sus últimos meses o años, lo que no es acorde con la jurisprudencia del TJUE sobre las cláusulas de vencimiento anticipado que exige al legislador prever medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de la cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo²⁰⁴.

Asimismo, el artículo 24 LCCI no ha derogado ni modificado el artículo 1124 CC, por lo que, aun aplicando el primer precepto, puede concederse un plazo adicional si el deudor demuestra que el incumplimiento fue causado por una imposibilidad sobrevenida no imputable a él, sobre todo si estamos ante préstamos garantizados con viviendas habituales²⁰⁵. En la concesión de este plazo debe tomarse en consideración el carácter preventivo, no represivo, que posee la resolución contractual²⁰⁶. Obviamente debe excluirse si el incumplimiento es intencional²⁰⁷.

4.3 Préstamos personales

Si se tratase de préstamos personales, la gravedad del incumplimiento resolutorio podría determinarse de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (en adelante, LVBMP), que permite al vendedor resolver el contrato si el comprador demora el pago de dos plazos o del último de ellos²⁰⁸. Esta norma se aplica con independencia de que el adquirente del bien financiado sea o no consumidor, a diferencia de

²⁰⁴ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 519-520, en clara referencia a la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11).

²⁰⁵ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 500-502 y 528. Como señala el autor la fórmula prevista en el artículo 1124. II CC no ha sido desarrollada por la LCCI, pero esto no significa que, en el ámbito de los préstamos o créditos regulados en la LCCI, o en general en el de los préstamos hipotecarios, se haya suprimido el mandato legal del citado precepto, ni se haya excluido su aplicabilidad, lo que habría obligado al legislador a modificarlo.

²⁰⁶ MONTES PENADÉS, 1989, pp. 1.187-1.189.

²⁰⁷ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.223.

²⁰⁸ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020. Sobre la falta de necesidad de que el impago de dos plazos sea consecutivo, *vid.* BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 36-40.

la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCC), que se limita a los contratos de financiación celebrados entre un profesional y un consumidor, por lo que excluye el préstamo entre particulares²⁰⁹. La LCC guarda silencio acerca del incumplimiento resolutorio, pero debe entenderse que los criterios vistos se extienden a su ámbito pues, de acuerdo con el artículo 2 de la LVBMP, esta norma se aplica subsidiariamente a los contratos sujetos a la primera²¹⁰.

El ámbito de aplicación objetivo de la LCC es bastante amplio en cuanto a la definición de la prestación, ya que puede consistir tanto de un crédito en forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación ofrecido a un consumidor, última expresión esta, que se anticipa a la comercialización bancaria de nuevas modalidades contractuales²¹¹.

Pero cabe que un préstamo no garantizado mediante hipoteca y, por tanto, personal, entre en el ámbito de la LCCI, de acuerdo con su artículo 2.1 b), por estar destinado a adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor²¹². En tal caso, la gravedad del incumplimiento resolutorio deberá determinarse de acuerdo con el artículo 24 LCCI.

Incluso se ha sostenido extender los criterios del artículo 24 LCCI a todos los préstamos, aunque no sean inmobiliarios, desde la base que tal precepto concreta la entidad del incumplimiento resolutorio previsto en el artículo 1124 CC²¹³. Particularmente, cabe que un préstamo personal sea de muy larga duración, y parece un poco desproporcionado resolver en estos casos el contrato por el impago de dos cuotas. Por lo anterior, resulta necesario dictar una norma para determinar con carácter general la gravedad del incumplimiento que permita resolver los contratos de préstamo de larga duración, y así evitar la aplicación subsidiaria en este punto del artículo 10 LVBMP.

Si se tratase de un préstamo a devolver en un único plazo, el retraso leve que no frustre la finalidad del contrato no habilitará a

²⁰⁹ *Vid.*, por todos, ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, pp. 4.515-4.519, y cfr. artículo 2.1 LCC, que dispone: «se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional».

²¹⁰ Defiende tal aplicación, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 41 ss.

²¹¹ ORDÁS ALONSO, 2013, pp. 43-44.

²¹² *Vid.* Instrucción de la DGRN de 20 de diciembre de 2019, sobre la actuación notarial y registral ante diversas dudas en la aplicación de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE, 30 de diciembre de 2019), la cual se plantea tal posibilidad.

²¹³ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 506.

la resolución contractual²¹⁴. El retraso justificaría la resolución en diferentes casos. Si es debido a la negativa o pasividad del deudor que patentice su voluntad obstativa o desinterés por cumplir con su obligación²¹⁵; cuando la tardanza ha sido lo suficientemente larga, conforme a los usos sociales, para resultar inexigible una mayor paciencia al acreedor; o el retraso determine la imposibilidad, inidoneidad o inutilidad de la prestación tardía o de la propia espera. En nuestra materia resulta de particular importancia la inutilidad de la espera del acreedor, que se aprecia cuando el deudor no ha hecho nada, no acredita tener medios y en realidad no puede pagar²¹⁶. No obstante, tratándose de un préstamo a devolver en un único plazo, las consecuencias de la resolución por incumplimiento no resultan tan graves para el prestatario porque en estos casos ya habrá llegado el plazo de devolución de lo prestado; mientras que si se trata de un préstamo a devolver en sucesivos plazos, no habrán vencido todos ellos, pero debido a un incumplimiento cualificado se permite la resolución del contrato.

5. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

La resolución contractual tiene como efecto fundamental extinguir las obligaciones recíprocas, las cuales desaparecen y dejan de producir los efectos que les eran propios, por lo que posee efecto liberatorio²¹⁷. Además, con carácter general la resolución tiene eficacia retroactiva en la medida en que tiende a colocar a las partes en la misma situación en que se encontrarían si el contrato no se hubiera celebrado²¹⁸. No solo extingue las obligaciones recíprocas, sino que, además, tiende a hacer desaparecer los efectos del contrato ya producidos²¹⁹.

En caso de que el prestamista no hubiera entregado la suma al prestatario, no sería necesario la retroactividad apuntada, al bastar

²¹⁴ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, pp. 8.220-8.221.

²¹⁵ STS de 30 de julio de 2009 (TOL1.594.296, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller).

²¹⁶ Cfr. SSTS 24 de octubre de 2008 (TOL1.393.348, Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán); 27 de junio de 2011 (TOL2.238.300, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos), y 20 de julio de 2011 (TOL2.238.831, Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos). *Vid.* GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.221.

²¹⁷ CLEMENTE MEORO, 2011-I, p. 236, y GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.249.

²¹⁸ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, pp. 337-338; CLEMENTE MEORO, 1992, p. 241, y DELL'AQUILA, 1981, p. 196. *Vid.* SSTS de 31 de mayo de 1985 (TOL1.736.542, Ponente Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena) con abundante cita de otras, y 17 de junio de 1986 (TOL1.736.637, Ponente Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena).

²¹⁹ CLEMENTE MEORO, 1992, p. 241. Este efecto múltiple de la resolución también puede verse en la PMCCOC (arts. 1202 y 1203).

con la extinción *ex nunc* de las obligaciones de ambas partes. Sin embargo, si la resolución se hubiera activado por incumplimiento del prestatario receptor de la cantidad prestada, sus efectos no pueden limitarse a disolver el vínculo contractual porque se crearía una situación de injusto enriquecimiento a favor de aquel por haber recibido la suma y no encontrarse obligado a su restitución²²⁰.

Agudamente se ha advertido que en puridad el contrato no desaparece, sino que lo hace la relación obligatoria. Así, si el contrato ha tenido por objeto cosas consumibles como es el caso del préstamo²²¹, no pierde su utilidad porque el deudor no queda liberado de sus obligaciones. En cambio, si se trata de prestaciones inconsumibles y, por ello, susceptibles de ser devueltas, el contrato se volverá inútil²²².

Como quiera que en el préstamo ambas partes asumen obligaciones pecuniarias, la resolución a instancia del prestamista hará que el prestatario deba entregar, por el efecto resolutorio, cosas de la misma naturaleza que las que se había obligado a devolver, esto es, cantidades monetarias. Por ello, en el préstamo no desaparecerá el interés del acreedor en ver cumplido el contrato. En esto se distancia el préstamo de la resolución de otros contratos en los que ambas partes no se obligan a entregar cosas de la misma naturaleza. Por ejemplo, en el contrato de compraventa la resolución a iniciativa del vendedor por impago del precio no conlleva que el comprador deba entregar la cantidad dineraria a la que inicialmente se había obligado, sino la restitución de la cosa entregada. En el préstamo, por el contrario, los efectos de la resolución son parecidos a los del cumplimiento en cuanto al objeto que sigue siendo dinerario²²³.

Como decimos, la resolución contractual conlleva el deber de las partes de restituirse recíprocamente las prestaciones recibidas en virtud del contrato²²⁴. Lo anterior, trasladado al contrato de préstamo, supone una especie de compensación de cuentas por-

²²⁰ Vid. STS de 20 de junio de 1980 (TOL1.740.497, Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez) que señaló: «La extinción de la relación contractual sobrevenida como consecuencia de la aplicación del artículo 1124 del Código Civil produce sus efectos no solo para el tiempo venidero sino con alcance retroactivo por virtud del cual se habla de volver al estado jurídicamente preexistente lo que implica que este resultado no puede entenderse de modo que deje a beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución pues ello conduciría a proteger un enriquecimiento injusto...».

²²¹ ENNECCERUS y LEHMANN, 1966, p. 417.

²²² DELL' AQUILA, 1981, pp. 160-161.

²²³ Vid. en referencia a estos supuestos en que la resolución conduce al mismo resultado que la pretensión de cumplimiento, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.246.

²²⁴ Cfr., entre otras, SSTS de 31 de mayo de 1985 (TOL1.736.542, Ponente Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena), y de 11 de febrero de 1992 (TOL1.654.699, Ponente Excmo. Sr. D. Matías Malpica González Elipe).

que el prestatario, en caso de incumplimiento parcial, no debe devolver la totalidad de lo que ha recibido del prestamista. Deberá el capital adeudado, descontándose lo ya pagado. Las obligaciones de ambas partes son pecuniarias lo cual permite que el prestatario descuenta del total percibido en su día las cantidades que ya han sido devueltas.

Como contrapartida del uso que ha hecho el prestatario del capital, el prestamista podrá conservar los intereses percibidos, igual que un arrendador conserva los alquileres vencidos en el caso de la resolución del arrendamiento²²⁵. Si la prestación es divisible, como ocurre normalmente en el contrato de préstamo, las ejecuciones parciales del contrato poseerán autonomía, por lo que la inejecución de las partes de la prestación que habían de entregarse sucesivamente no priva al acreedor del interés que tenía en la ejecución de la parte cumplida y, en consecuencia, la resolución no afectará a tales ejecuciones ya realizadas²²⁶. En tal sentido, la retroactividad de la resolución contractual equivaldría a proteger un enriquecimiento injusto porque el deudor habría disfrutado del capital pese a lo cual el prestamista tendría que restituirle los intereses²²⁷. El contrato habrá funcionado de manera normal hasta cierto momento y no habrá motivos para no mantener los efectos producidos²²⁸. Por eso, en los contratos de tracto sucesivo, como es el préstamo, cuando las partes han ejecutado, durante un tiempo, sus prestaciones, la resolución será irretroactiva²²⁹.

Con todo, en ocasiones la resolución por sí sola resulta insuficiente para colocar al acreedor perjudicado por el incumplimiento en la situación en la que se encontraría de no haberse celebrado el contrato, lo que hace preciso acudir a la indemnización de daños y perjuicios, para resarcirle de los perjuicios complementarios que haya podido sufrir (art. 1124, párrafo segundo)²³⁰. La indemnización derivada de la resolución contractual requiere la cumplida prueba de que el incumplimiento ha producido daño o perjuicio al acreedor²³¹. Pero tratándose de obligaciones pecuniarias, el acreedor puede solicitar

²²⁵ Vid. ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, pp. 408-409.

²²⁶ CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 139-140, quien se refiere con carácter general a estos efectos de las prestaciones divisibles.

²²⁷ Sobre la irretroactividad de la resolución para los contratos de tracto sucesivo y en los de bienes consumibles que, por tanto, no pueden restituirse, y las consecuencias perniciosas de la retroactividad en tales casos, vid. DELL' AQUILA, 1981, p. 198.

²²⁸ CAPITANT, 2019, p. 329.

²²⁹ CLEMENTE MEORO, 2011-I, p. 237. Con carácter general, vid. GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.249. El artículo 518-18 de la *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil* y el artículo 1204 PMCCOC, también salvan de la retroactividad a los contratos de ejecución continuada.

²³⁰ ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, pp. 356-357.

²³¹ CLEMENTE MEORO, 1992, pp. 192-193, y ÁLVAREZ VIGARAY, 2003, p. 357.

intereses moratorios sin ser necesario probar un perjuicio concreto, de acuerdo con el artículo 1108 CC²³².

Se ha dicho que la indemnización al acreedor no debe limitarse a los intereses convenidos o legales, que prevé el artículo 1108 CC, para la mora del deudor²³³. No obstante, va a ser difícil que el prestamista pueda demostrar daños concretos.

Los intereses moratorios tienen por finalidad compensar el perjuicio que experimenta el prestamista por no poder disponer del capital prestado (más en su caso los intereses pactados) desde el momento en que debió ser restituido²³⁴. Se encuentra sometidos a diversos límites en disposiciones legales específicas. Así, por ejemplo, el artículo 20.4 LCC los limita a una tasa anual equivalente superior a 2,5 veces el interés legal del dinero; y el artículo 25 LCCI para el caso de préstamo concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial establece que el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales.

Con carácter general, el contratante perjudicado tiene derecho al lucro que aspiraba a obtener mediante el contrato, si se considera que el artículo 1124 CC tutela el interés contractual positivo, pero solo puede elegir ese o el negativo (entendido por colocar al contratante en la misma situación en que hubiera estado de no celebrarse el contrato), porque resultaría contradictorio pedir el beneficio dejado de obtener y a la vez los gastos realizados para el contrato²³⁵. La mayoría de la doctrina estima que el interés positivo es el tutelado por el artículo 1124 CC²³⁶. De solicitarse el resarcimiento del interés positivo derivado de la resolución de un contrato de préstamo podría pensarse que el prestatario debiera la totalidad de los intereses remuneratorios que el prestamista hubiera recibido de haberse cumplido con el contrato, y no solo los vencidos, pero no es así porque la resolución pretende la devolución del capital ahora y no cuando venían la totalidad de los plazos²³⁷.

²³² Así, el artículo 518-22 de la Propuesta de Código Civil señala que el daño consistirá «el pago de los intereses convenidos, y, a falta de convenio, en el interés legal, salvo que se pruebe un daño mayor».

²³³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.254.

²³⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, 2013, p. 12.000.

²³⁵ CLEMENTE MEORO, 2011-I, p. 238.

²³⁶ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.257.

²³⁷ Así, el artículo 498 (2) del BGB señala que la resolución reduce la deuda en lo referente a los intereses que dependen de la duración del contrato que vencen al momento posterior a la denuncia del contrato. En este sentido, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-40, sostiene que se deberán los intereses devengados desde el incumplimiento a la resolución, y como señalan MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 734, y MORALEJO IMBERNÓN, 2013, pp. 4.846 y 4.852, sería abusiva una cláusula que obligara al prestatario al pago de todos los intereses pactados, incluso los que correspondieran al periodo en que no se llegó a disfrutar del capital.

V. LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR IMPAGO Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO

1. INTRODUCCIÓN SOBRE EL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LOS PRÉSTAMOS POR IMPAGO

Como sabemos, el artículo 1129 CC regula unos supuestos legales de vencimiento anticipado de la obligación aplazada, esto es, determinadas circunstancias que permitirán al acreedor exigir de forma anticipada el importe de aquella, en nuestro caso del préstamo. Igualmente se ha expuesto que el impago como causa de vencimiento anticipado se contempla en algunas leyes especiales como la LVBMP (art. 10) y LCCI (art. 24), pero no en el artículo 1129 CC.

A pesar de lo anterior, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC), se admiten las cláusulas de vencimiento anticipado si obedecen a otras causas justificadas no previstas en el artículo 1129 CC, como es el impago²³⁸. De modo aislado, la STS de 27 de marzo de 1999 consideró nulas las cláusulas de vencimiento por impago, por ser contrarias a la normativa hipotecaria y al carácter taxativo del artículo 1129 CC que apreció el pronunciamiento, lo cual sería gravemente criticado por la doctrina, para la cual el impago de las cuotas de amortización justifica el vencimiento anticipado de una relación con tan amplios términos de vencimiento²³⁹. Con todo, el planteamiento de esta sentencia quedó rápidamente superado con la Ley de Enjuiciamiento Civil aprobada al año siguiente, cuyo artículo 693 permitía el pacto de vencimiento anticipado del crédito hipotecario por impago, incluso de una sola cuota. Este precepto fue aplicado durante años por el Tribunal Supremo, hasta su reforma por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que elevó a tres el número de cuotas para poder declarar el préstamo vencido de forma anticipada²⁴⁰.

²³⁸ Por todos, Díez-PICAZO, 2007, p. 377, y MARÍN LÓPEZ, 2013, p. 734.

²³⁹ TOL1.933.106, Ponente Excmo. Sr. José Menéndez Hernández. *Vid.* MORALEJO IMBERNÓN, 2013, p. 4.851.

²⁴⁰ Cfr. STS de 4 de junio de 2008 (TOL1.331.025, Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete), que señaló: «concorre justa causa... nos encontramos ante una verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial contraídas, como puede ser, ciertamente, el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización de un préstamo». *Vid.* igualmente STS de 17 de febrero de 2011 (TOL2.046.631, Ponente Excmo. Antonio Salas Carceller).

Por otro lado, debe recordarse que el vencimiento anticipado del préstamo por impago constituye una resolución del contrato por incumplimiento, no es una fase de cumplimiento del contrato, puesto que se produce precisamente por el incumplimiento²⁴¹.

2. APRECIACIÓN DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR IMPAGO

Durante años se permitió el vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario por el impago de una sola cuota. Sin embargo, esta situación cambió a raíz de la STJUE de 14 de marzo de 2013 según la cual una cláusula que contemple el vencimiento anticipado por la falta de pago podía resultar abusiva²⁴². Así, la sentencia instó al juez nacional a comprobar el posible carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, para lo que debe ponderarse: a) si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate; b) si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo; c) si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia, y d) si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo²⁴³.

Con carácter general, de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumido-

²⁴¹ RUIZ-RICO RUIZ, 2020, p. 492. También ÁLVAREZ OLALLA y VEIGA COPO, 2013, p. 4.494, y ZUMAQUERO GIL, 2021, p. 245, equiparan el vencimiento anticipado a la resolución contractual. En cambio, BASOZÁBAL ARRÚE, 2004, pp. 34-35, advierte que la resolución y el vencimiento anticipado son cosas distintas (*vid.* nota 203).

²⁴² TOL3.297.918 (Asunto C-415/11). Como señala la STS de 23 de diciembre de 2015 (TOL5.615.949, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres): «la sentencia de 14 de marzo de 2013, sin declararlo de manera expresa, dio a entender que una cláusula que preveía el vencimiento anticipado por falta de pago de alguno de los plazos, sin ser abusiva *per se*, podía considerarse como tal atendiendo a las circunstancias del caso».

²⁴³ En lo que aquí interesa, se trataba de una cuestión prejudicial planteada sobre la protección al consumidor que dispensaba el sistema de ejecución hipotecaria previsto en la LEC, y sobre la posible desproporción de una cláusula de un préstamo hipotecario que preveía el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota. El prestatario, quien había impagado cinco cuotas del préstamo, no se opuso a la ejecución hipotecaria iniciada por la entidad bancaria, y presentó una demanda para que se declarase la nulidad de la cláusula y, en consecuencia, de la subasta.

res²⁴⁴, así como con el artículo 82 TRLGDCU, se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones o cláusulas no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por tanto, para que una cláusula pueda reputarse abusiva es preciso la concurrencia de los dos requisitos que señala la norma: ser contraria a las exigencias de la buena fe y causar un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor²⁴⁵.

El TJUE ha fijado que para apreciar si concurre un desequilibrio importante en detrimento del consumidor debe realizarse un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas²⁴⁶.

Y para apreciar la existencia de tal desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, el TJUE ha sentado que debe comprobarse si podía estimarse razonablemente que el consumidor hubiera aceptado el contenido de la cláusula, en el marco de una negociación individual, siendo tratado por el profesional de manera leal y equitativa²⁴⁷. En este sentido, resulta lógico que en estas condiciones un consumidor no acepte la posibilidad del vencimiento anticipado de un préstamo por impago de un número mínimo de cuotas.

En cuanto a estos medios adecuados y eficaces de que debe disponer el consumidor para poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo, y a los que aludía la STJUE de 14 de marzo de 2013, hasta la reforma de la LEC realizada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructura-

²⁴⁴ DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993.

²⁴⁵ Díez-PICAZO, 2007, p. 464.

²⁴⁶ Cfr. pto. 68 de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); pto. 65 de ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13), y pto. 59 de STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14).

²⁴⁷ Cfr. pto. 69 de STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); pto. 66 de ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13), y pto. 60 de STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14).

ción de deuda y alquiler social, el carácter abusivo de la cláusula no se hallaba entre las causas de oposición que contemplaba el artículo 695 LEC para los procedimientos de ejecución hipotecaria, el cual sería incorporado en su apartado primero, regla cuarta. Además, el artículo 698 LEC remitía al juicio declarativo correspondiente cualquier otra reclamación que el deudor pudiera formular, sin que tal procedimiento suspendiera la ejecución hipotecaria. Así, el único remedio que le quedaba al consumidor era instar la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. Todo ello hacía que la normativa española no se ajustase al principio de la efectividad de la protección a los consumidores que pretende garantizar la Directiva 93/13, en la medida en que hacía imposible o excesivamente difícil, en los procedimientos de ejecución hipotecaria iniciados a instancia de los profesionales y en los que los consumidores son parte demandada, aplicar tal protección²⁴⁸.

El control de abusividad de las cláusulas se realiza por el juez nacional de oficio, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello, lo que el TJUE señaló desde la sentencia de 27 de junio de 2000. Tal doctrina se sustenta dos argumentos básicos. En una razón de justicia material, en consideración a la situación de inferioridad del consumidor que motiva que el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 prevea que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, por lo que el juez debe subsanar el desequilibrio que pueda existir entre el profesional y aquel. Y en un objetivo de política general, concretamente el efecto disuasorio frente a la utilización de cláusulas abusivas, porque tal apreciación de oficio contribuye a poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores²⁴⁹. Pero fue a partir de la STJUE de 4 de junio de 2009, cuando se reconoció la obligación, que no mera facultad, del órgano judicial de controlar de oficio las cláusulas abusivas²⁵⁰. Y sería con la reforma de la LEC, realizada por la Ley 1/2013, cuando se introdujo el control de oficio de las cláusulas abusivas, dando una redacción al artículo 552.1, párrafo segundo.

²⁴⁸ Cfr. ptos. 54, 55, 59 y 60 de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11).

²⁴⁹ TOL105.647, (Asuntos acumulados C-240/98 a C-244/98). También sobre el control de oficio, *vid.* STJUE de 14 de marzo de 2013 (pto. 45) (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13) (pto. 41); STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14) (pto. 54), y STJUE de 4 de junio de 2020 (TOL7.950.933) (Asunto C-495/19), que extiende esta facultad a los casos en que el demandado se encuentre en rebeldía (pto. 40).

²⁵⁰ TOL2.166.356 (Asunto C-243/08). Así, lo señala la STJUE de 28 de julio de 2016 (TOL5.782.390) (Asunto C-168/15) en su pto. 30.

3. EL CONTROL ABSTRACTO DE LAS CLÁUSULAS DE VENCIMIENTO ANTICIPADO: LA INTRASCENDENCIA DE SU FALTA DE APLICACIÓN

A raíz de la reforma del artículo 693 LEC realizada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que elevó a tres el número de plazos cuyo impago podía activar el vencimiento anticipado del préstamo, muchas entidades bancarias, que antes habían insertado en sus contratos cláusulas que permitían el vencimiento por impago de una sola cuota, esperaron al impago de tres plazos para iniciar la ejecución hipotecaria en un intento de soslayar el carácter abusivo del pacto²⁵¹.

Sin embargo, el ATJUE de 11 de junio de 2015, que traía causa de una ejecución iniciada tras el impago de cuatro cuotas de un préstamo, declaró que la cláusula que contempla el vencimiento anticipado por un solo impago no deja de ser abusiva, aunque no se haya aplicado efectivamente por dejar transcurrir los tres plazos previstos en el artículo 693 LEC en su redacción dada por la Ley 1/2013²⁵². Efectivamente, como señala el auto, las prerrogativas de los jueces nacionales que constatan la existencia de una cláusula abusiva no se pueden encontrar supeditadas a que la cláusula se aplique o no en la práctica porque ello iría en contra del efecto disuasorio de su utilización que persigue el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas. A ello une otro argumento que delimita la apreciación o no del carácter abusivo, pues en tal juicio se ha de atender a la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, así como a las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, de acuerdo con el artículo 4.1 de la Directiva 93/13²⁵³.

Lo anterior se conoce con el nombre de control en abstracto de la cláusula, que no tiene en cuenta si se ha aplicado o no²⁵⁴. Dicho tipo de control se ha reiterado por el Tribunal Supremo después de que lo hiciera el TJUE en sentencia de 26 de enero de 2017, que

²⁵¹ Vid. ADÁN DOMENECH, 2020, p. 163, y JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2020, p. 592.

²⁵² TOL5.170.613 (Asunto C-602/2013).

²⁵³ Vid. ptos. 50 a 54. Dispone el artículo 4.1 de la Directiva 93/13 que «...el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

²⁵⁴ FERNÁNDEZ-SEIJO, *Diario La Ley*, 2019-I, p. 9, y JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2020, p. 601.

declaró el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola mensualidad, aunque la entidad bancaria no la aplicara y esperara en este caso al impago de siete mensualidades para iniciar la ejecución hipotecaria²⁵⁵.

Al margen del efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13, en el caso de préstamos hipotecarios, aunque las entidades esperasen, se estaba usando la cláusula, pues la facultad del vencimiento anticipado no les asiste en aplicación del derecho dispositivo al contrato²⁵⁶. Efectivamente, el artículo 693 LEC simplemente contemplaba la posibilidad de pactar un vencimiento anticipado por impago, por lo que se requería de pacto.

En contra se podría argumentar que, en el caso concreto de la STJUE de 26 de enero de 2017, el vencimiento anticipado es fruto de la gravedad del incumplimiento del deudor y concluir que no se ha producido un abuso con respecto al deudor consumidor²⁵⁷. Sin embargo, debe primar el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13, y además en el fondo se estaba haciendo uso de la cláusula de vencimiento anticipado por impago, pues este no cabía sin pacto.

El ATJUE de 11 de junio de 2015 deduce del efecto disuasorio a que hace referencia el artículo 7.1 de la Directiva y de la apreciación del carácter abusivo de acuerdo con el objeto del contrato y las circunstancias concurrentes al tiempo de su celebración, que la contrariedad de una cláusula al artículo 693.2 LEC (que exigía después de 2013 el impago de tres cuotas) no permite por sí sola declararla abusiva²⁵⁸. Ahora bien, en la parte dispositiva de esta resolución se trasladó únicamente el analizado control abstracto.

A raíz de este auto, el Tribunal Supremo en sentencias, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016 (ambas con sendos votos particulares del Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno) declaró nulas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de capital o intereses, pero intentó que no se paralizaran las ejecuciones

²⁵⁵ STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14), ptos. 68 y 73. Cfr. SSTS de 19 de febrero (TOL7.783.928), Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena); 9 de junio de 2020 (TOL7.969.837, Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile), y 15 de noviembre de 2011 (TOL8.649.766, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) dictadas sobre préstamos personales que contemplaban el vencimiento anticipado por impago.

²⁵⁶ CARBALLO FIDALGO, *InDret*, 2019, p. 22

²⁵⁷ RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2020, pp. 535-536, quien sostiene que el caso concreto resuelto por la STJUE de 2017, debido al incumplimiento de siete mensualidades, ha de considerarse grave, con respecto a la legislación general, y en comparación con otros supuestos de incumplimientos de obligaciones de tracto sucesivo, –vgr. arrendamiento y desahucio, resolución por incumplimiento...– y por tanto, no se ha producido un abuso con respecto al deudor.

²⁵⁸ Cfr. pto. 52.

hipotecarias, como veremos con detalle en el epígrafe siguiente²⁵⁹. El Supremo señaló que para declarar abusivas las cláusulas los tribunales no solo deben tenerse en cuenta el cumplimiento de las condiciones mínimas establecidas en el artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013, sino que además deben valorarse, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios de la esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia, que había establecido la STJUE de 14 de marzo de 2013²⁶⁰.

4. LA IMPOSIBLE ABUSIVIDAD PARCIAL DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR IMPAGO

Como hemos visto, la STJUE de 26 de enero de 2017 reiteró la doctrina del ATJUE de 11 de junio de 2015, sobre el carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una sola mensualidad, aunque la entidad bancaria no la aplicara y esperara en este caso al impago de siete mensualidades para iniciar la ejecución hipotecaria.

Esto conllevó que el Tribunal Supremo, a través de Auto de 8 de febrero de 2017, y el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona, mediante Auto de 30 de marzo de 2017, formularon sendas cuestiones prejudiciales²⁶¹. Ambos órganos plantearon si, de acuerdo con el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 se admite la posibilidad de que un tribunal nacional, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de vencimiento anticipado incorporada en un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor que prevé el vencimiento por impago de una cuota, además de otros supuestos de vencimiento por más cuotas, aprecie la abusividad solo del inciso o supuesto del impago de una cuota y mantenga la validez del pacto de vencimiento anticipado por impago de cuotas también previsto con carácter general en la cláusula²⁶². También se planteó si un juez nacional, una vez declarada abusiva una cláusula de venci-

²⁵⁹ TOL5.615.949 y TOL5.655.324, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

²⁶⁰ Cfr. pto. 4 del quinto motivo de la STS de 23 de diciembre de 2015, y pto. 5 del segundo motivo de la STS de 18 de febrero de 2016 (TOL5.615.949 y TOL5.655.324, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres).

²⁶¹ TOL7.119.665 (Asuntos C-70/17 y C-179/17).

²⁶² La cláusula en cuestión contemplaba el vencimiento anticipado del préstamo «por la falta de pago a su vencimiento de uno, varios o todos los plazos establecidos en la cláusula».

miento anticipado, puede valorar que la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, como es el artículo 693.2 LEC (que por aquel entonces permitía pactar el vencimiento anticipado por impago de tres plazos) aunque determine el inicio o la continuación del proceso de ejecución, resulte más favorable para el consumidor que sobreseer dicho proceso especial de ejecución hipotecaria y permitir al acreedor instar la resolución del contrato de préstamo o crédito, o la reclamación de las cantidades debidas, con la subsiguiente ejecución de la sentencia condenatoria, sin las ventajas que la ejecución especial hipotecaria le reconoce. En torno a esta cuestión el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Barcelona planteó sus dudas sobre el criterio del Tribunal Supremo al sostener que si cupiera aplicar el artículo 1124 CC, este precepto permite dar un plazo adicional al deudor, lo que sería más favorable que el artículo 693.2 LEC²⁶³.

El planteamiento de estas cuestiones prejudiciales provocó la paralización de las ejecuciones hipotecarias, en cuyo contexto se dictó la STS, de Pleno de 11 de julio de 2018, que, como sabemos, se pronunció a favor de la resolución por incumplimiento de los contratos de mutuo, en aplicación del artículo 1124 CC²⁶⁴.

Estas cuestiones fueron resueltas por la STJUE de 26 de marzo de 2019 que, después de reconocer la competencia del juez nacional para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado, señaló que, pese a estar inspiradas en el artículo 693.2 LEC, en su versión vigente en la fecha en que se firmaron los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales en los que se incluyeron (en referencia a la redacción original del precepto), deben considerarse abusivas en la medida en que establecen que la entidad financiera puede declarar el vencimiento anticipado del contrato y exigir la devolución del préstamo en caso de que el deudor deje de pagar una mensualidad²⁶⁵.

Aquí nos detendremos en la primera cuestión prejudicial planteada que fue resuelta por la STJUE que, al interpretar los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, resolvió que, si resulta abusiva la determinación del número de plazos impagados que activan la cláusula de vencimiento anticipado, no puede haber una nulidad parcial, sino total del pacto. Para el TJUE, atribuir al órgano judicial la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusi-

²⁶³ Cfr. pto. 34 de STJUE de 26 de marzo de 2019.

²⁶⁴ *Vid.* ADÁN DOMENECH, 2020, p. 166, quien señala que proliferaron procesos declarativos, motivándose las demandas en el artículo 1124 CC (cfr. SAP de Pontevedra, Sección 3.ª, de 10 de julio de 2019 [TOL7.454.816], y SAP Madrid, Sección 13.ª, de 5 de julio de 2019 [TOL7.450.858]).

²⁶⁵ Cfr. ptos. 50 a 51.

vas, podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, esto es, contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores²⁶⁶. Por tanto, se excluye cualquier posibilidad de aplicar la técnica denominada *blue pencil rule*, esto es, realizar una tachadura sobre el papel, eliminando lo que es abusivo y manteniendo la eficacia de lo que es conforme a Derecho²⁶⁷. Por las razones apuntadas, tal doctrina merece un juicio positivo²⁶⁸.

5. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO O SUSTITUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO POR LA REGULACIÓN LEGAL

En los siguientes epígrafes expondré la evolución de los pronunciamientos del TJUE en torno a la integración del contrato, que han ido desde su prohibición hasta su admisión en aquellos supuestos en que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula abusiva, y la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias perjudiciales. A continuación, se hará lo propio con la jurisprudencia del TS que ha apreciado que los contratos de préstamo hipotecario no pueden pervivir sin las cláusulas de vencimiento anticipado y la anulación contractual perjudica al consumidor. Por último, terminaré realizando una valoración crítica de los diferentes argumentos en que se basa la mencionada integración contractual, así como de la opción elegida por el Supremo para integrar el contrato.

5.1. Precedentes jurisprudenciales de la STJUE de 26 de marzo de 2019

La STJUE de 14 de junio de 2012 prohibió la integración del contrato afectado por cláusulas abusivas porque el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige que no vinculen al consumidor tales cláusulas. Así, debe suprimirse tal cláusula, y el contrato debe subsistir en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posi-

²⁶⁶ Cfr. ptos. 53 a 55.

²⁶⁷ MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.392.

²⁶⁸ CARBALLÓ FIDALGO, *InDret*, 2019, p. 25; ADÁN DOMENECH, 2020, p. 171, y JIMÉNEZ PARÍS, *RCDI*, 2020, p. 608.

ble²⁶⁹. Fruto de tal sentencia, la Ley 3/2014, de 17 de marzo, modificó el artículo 83 TRLGDCU, que prohibió toda posibilidad de integración, recalcó la nulidad de las cláusulas abusivas señalando «que se tendrán por no puestas», así como la vigencia del contrato siempre que pueda subsistir «sin dichas cláusulas».

Posteriormente, la STJUE de 30 de abril de 2014 autorizó la integración de la cláusula abusiva mediante su sustitución por una disposición supletoria nacional si la abusividad afecta a un elemento esencial del contrato, y fuese necesaria para permitir la subsistencia de aquél en beneficio de los intereses del consumidor. Se fundamentó el TJUE en que la disposición nacional pretende reemplazar el equilibrio formal entre las partes del contrato por el equilibrio real, y en que la anulación del contrato en su conjunto en perjuicio del consumidor frustraría el efecto disuasorio de la utilización de las cláusulas abusivas²⁷⁰.

También debemos referirnos a la STJUE de 20 de septiembre de 2018, que permitió la sustitución de una cláusula viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad al contrato²⁷¹. Precisamente, en este pronunciamiento se apoyó la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, para sustituir la cláusula de vencimiento anticipado viciada de nulidad por el artículo 24 LCCI, que es una norma imperativa²⁷².

5.2. La doctrina de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y de la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019

La STS, de Pleno de 11 de julio de 2018, que, como sabemos, se pronunció a favor de la resolución por incumplimiento de los contratos de mutuo, en aplicación del artículo 1124 CC, fue dictada en un contexto de paralización de ejecuciones hipotecarias, provocada por el planteamiento ante el TJUE de cuestiones de prejudicialidad sobre la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en contratos de préstamos hipotecarios con consumidores. Dichas cuestiones fueron resueltas por el TJUE en su sentencia de 26 de marzo de 2019, a raíz de la cual se dictó la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019²⁷³.

²⁶⁹ TOL2.558.453 (Asunto C-618/10), ptos. 65 a 66.

²⁷⁰ TOL4.629.653 (Asunto C26/13), ptos. 83 a 85.

²⁷¹ TOL6.797.054 (Asunto C-51/17), ptos. 46 a 49. En este caso no se trataba de una cláusula de vencimiento anticipado sino de una cláusula que contemplaba un tipo de interés que el legislador fijó posteriormente con carácter imperativo en un porcentaje más favorable al consumidor.

²⁷² TOL7.474.304, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

²⁷³ TOL7.119.665 (Asuntos C-70/17 y C-179/17), y TOL7.474.304, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

Como vimos en el epígrafe 4, la STJUE de 26 de marzo de 2019, al interpretar los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, resolvió que, si resulta abusiva la determinación del número de plazos impagados que activan la cláusula de vencimiento anticipado, no puede haber una nulidad parcial, sino total, y otorgó al juez nacional la facultad de decidir si el contrato puede subsistir o no sin tal cláusula, para lo que debía adoptarse un enfoque objetivo y no atender exclusivamente a los intereses del consumidor²⁷⁴.

En caso de que el juez nacional estimase que el contrato no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, el TJUE le facultó para sustituir la cláusula anulada por la nueva versión de la disposición legal supletoria que inspiró su redacción, en referencia al artículo 693.2 LEC. Esto es, reemplazar tal cláusula, establecida de acuerdo con la versión original del artículo 693.2 LEC, y que permitía declarar vencido el préstamo por el impago de un solo plazo, por la redacción que al mencionado precepto le dio la Ley 1/2013, según la cual se podía pactar el vencimiento anticipado por incumplimiento de al menos tres plazos²⁷⁵. Esta doctrina que admite la sustitución de la cláusula abusiva por una norma supletoria de Derecho nacional cuando el contrato no puede subsistir sin aquella, y la anulación del contrato perjudicaría al consumidor, fue reiterada por dos AATJUE de 3 de julio de 2019²⁷⁶.

Si en cambio el contrato, a criterio del juez nacional, pudiera pervivir sin la cláusula abusiva, la STJUE de 26 de marzo de 2019 señaló que sí resultará relevante el criterio del consumidor, quien podrá oponerse a su aplicación o conformarse, porque puede estimar que el procedimiento de ejecución hipotecaria es más favorable a sus intereses que un procedimiento ordinario, en clara alusión al artículo 1124 CC²⁷⁷.

²⁷⁴ Cfr. pto. 60, que se remite a la STJUE de 15 de marzo de 2012 (TOL2.517.081) (Asunto C-453/10), que adoptó tal enfoque.

²⁷⁵ Cfr. pto. 64 de esta STJUE de 26 de marzo de 2019: «los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

²⁷⁶ TOL7.378.596 (Asunto C-92/16) y TOL7.378.595 (Asunto C-167/16).

²⁷⁷ Cfr. pto. 63 sobre la aludida necesidad de atender al criterio del consumidor: «Por el contrario, con arreglo a la jurisprudencia citada en el apartado 56 de la presente sentencia, si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas con-

Pues bien, el Tribunal Supremo en la sentencia de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, declaró la nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario que preveía tal efecto por la falta de pago de cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización. Y, con invocación de la doctrina sentada por la STJUE de 15 de marzo de 2012, recalcó que para decidir si un contrato puede pervivir sin la cláusula de vencimiento anticipado, se ha de adoptar un criterio objetivo y no solo atender al interés del consumidor. Concluyó el TS que la supresión de la cláusula de vencimiento anticipado afecta a la economía del contrato y a su subsistencia, porque sin ella la entidad prestamista no otorgaría préstamos hipotecarios que le impidieran ejecutar la garantía real hasta el completo impago²⁷⁸. Por tanto, impidió toda posibilidad de que se diera audiencia al consumidor para decidir entre no aplicar la cláusula abusiva y acudir a un procedimiento ordinario, o proseguir la ejecución hipotecaria al amparo de tal cláusula²⁷⁹.

El Tribunal Supremo considera imposible la subsistencia del contrato con apoyo en dos razones. En el carácter inescindible del préstamo y la hipoteca, garantía que permite al consumidor obtener un crédito más económico por las posibilidades que ostenta el prestamista, que de no existir encarecería el coste de los préstamos hipotecarios. También en que la cláusula de vencimiento anticipado permite al acreedor iniciar la ejecución hipotecaria que es la facultad esencial del derecho de hipoteca, en tanto atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC). Y en par-

trovertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria».

²⁷⁸ Cfr. pto. 8 del fundamento de derecho octavo que señala: «Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, 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 solo 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 tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses».

²⁷⁹ Sobre esta opción limitada a los casos de posible subsistencia del contrato, *vid.* pto. 36 de la STJUE de 26 de marzo de 2019. ORDUÑA MORENO, 2020, p. 2, sostiene que en todo caso debería darse audiencia al consumidor quien puede preferir la nulidad del contrato en vez de su integración.

particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido²⁸⁰.

A continuación, el Tribunal Supremo establece que la justificación de las cláusulas de vencimiento anticipado es una cuestión casuística en la que habrá que ponderar cuántas mensualidades se han dejado de abonar en relación con la vida del contrato, así como las posibilidades de reacción del consumidor, lo que debe juzgarse acudiendo al artículo 24 LCCI. A partir de aquí, la sentencia ofrece unas pautas según la fecha en la que se haya declarado el vencimiento anticipado del préstamo hipotecario, permitiendo un posterior procedimiento ejecutivo con fundamento no en la cláusula abusiva, sino en la LCCI. En este punto, el Supremo se apoyó en la STJUE de 20 de septiembre de 2018, que permitió la sustitución de una cláusula viciada de nulidad por una norma imperativa posterior²⁸¹.

Pues bien, el TS estableció las siguientes pautas: a) Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite; b) Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos; c) Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación, y d) Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales.

5.2.1 VALORACIÓN CRÍTICA

En los siguientes epígrafes valoraré si el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir o no sin la cláusula de vencimiento por impago. A continuación, me pronunciaré sobre si la anulación del contrato perjudica al consumidor o realmente al profesional. Por último, determinaré con qué norma sería conveniente integrar el contrato

²⁸⁰ Apoya la sentencia el carácter inescindible del préstamo y la hipoteca en las STS de 23 de enero de 2019, la STJUE de 26 de marzo de 2019 (ptos. 59 y 60), y en los AATJUE de 3 de julio de 2019 (ptos. 49 y 50), TOL7.378.596 (Asunto C-92/16), y TOL7.378.595 (Asunto C-167/16).

²⁸¹ TOL6.797.054 (asunto C-51/17), cfr. ptos. 46 a 49.

para cumplir con los objetivos de la Directiva 93/13, y realizaré una valoración final sobre la utilidad del artículo 1124 CC que pervive más allá de la jurisprudencia que ha acudido al artículo 24 LCCI para integrar la cláusula de vencimiento anticipado nula.

5.2.1.1 *¿Imposible subsistencia del contrato?*

Conviene recordar que el Tribunal Supremo en sus sentencias, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, después de declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de capital o intereses, entró a valorar si favorecería al consumidor sobreseer la ejecución hipotecaria y remitir a las partes a un declarativo, o continuar la vía ejecutiva por considerar su terminación un perjuicio para el consumidor. Por tanto, en estas sentencias el Supremo aún no se planteaba si podía subsistir o no el contrato sin la cláusula en cuestión, porque precisamente la subsistencia servía de base para la solución finalmente adoptada, esto es, la posibilidad de que continuara la ejecución hipotecaria como solución más favorable para el deudor hipotecario²⁸².

En primer lugar, la cláusula de vencimiento anticipado no constituye un elemento esencial del contrato del préstamo²⁸³. Pero se ha planteado que el interrogante a responder no es si cabría un préstamo hipotecario sin posibilidad alguna de vencimiento anticipado, sino si el contrato puede subsistir sin que el prestamista pueda ponerle fin anticipadamente, por muy graves que hayan sido los impagos por parte del prestatario. Es obvio que sin tales cláusulas, la entidad bancaria, que tendría que esperar al vencimiento total de los plazos o a ir reclamando parcialmente los plazos vencidos y no satisfechos, a pesar de los incumplimientos reiterados del prestatario, no concedería créditos hipotecarios²⁸⁴.

Por otro lado, aunque la garantía real no se desnaturalizaría por la inexistencia del vencimiento anticipado porque la entidad bancaria podría activarla a través de la ejecución hipotecaria para cobrar la cuota o cuotas impagadas, esta le reportaría una utilidad menor²⁸⁵. Sin vencimiento anticipado, la garantía resulta en gran

²⁸² ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 2.

²⁸³ ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, 2019, p. 10; FERNÁNDEZ-SEIJO, *Almacén de Derecho*, 2019-II, GÓMEZ POMAR y ARTIGOT GOLOBARDES, *ADC*, 2020, p. 51, y ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 4. En sentido contrario, MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.395, para quien «constituye elemento esencial en cuanto configura el tipo contractual en el que un número determinado de impagos por el deudor posibilitan al acreedor que pueda poner fin anticipadamente al vínculo obligacional».

²⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2019; FERNÁNDEZ-SEIJO, *Almacén de Derecho*, 2019-II, y GÓMEZ POMAR y ARTIGOT GOLOBARDES, *ADC*, 2020, p. 51. En análogo sentido, ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, 2019, p. 10.

²⁸⁵ PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020.

medida ilusoria, pues no cabe pensar que se conceda financiación a largo plazo sin un remedio procesal eficaz, como la ejecución hipotecaria, para reintegrar plenamente al acreedor ante un incumplimiento relevante del deudor²⁸⁶.

Otros autores sostienen que puede subsistir el contrato de préstamo sin la cláusula de vencimiento anticipado²⁸⁷. O que no era necesario plantearse la subsistencia o no del contrato, sino simplemente expulsar a la cláusula abusiva de él²⁸⁸. Particularmente, el propio artículo 693 LEC distingue dos supuestos dependiendo de si se ha pactado o no el vencimiento anticipado, limitando en el segundo caso la reclamación del acreedor a las cuotas vencidas, por lo que aun en este supuesto cabe la ejecución de la garantía hipotecaria²⁸⁹. Así, se apreció en los votos particulares emitidos por el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno a las SSTS, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, que lo que no puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado es la ejecución hipotecaria, y no el contrato que puede pervivir sin la cláusula, al no constituir un elemento esencial. Por tanto, el problema es meramente procesal, en el sentido de que el acreedor tendrá que acudir a otras vías para conseguir la realización de la garantía²⁹⁰. Así, se ha propuesto acudir al artículo 1124 CC o al artículo 1129 CC en caso de que el prestatario resulte insolvente²⁹¹. En alguna medida, esto lo confirma el criterio que el TS mantiene cuando se trata de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas insertas en préstamos personales, al no anularlos sino limitar la condena a las cantidades adeudadas, a pesar de que estos contratos pueden ser también de larga duración²⁹².

²⁸⁶ GÓMEZ POMAR Y ARTIGOT GOLOBARDES, *ADC*, 2020, p. 56.

²⁸⁷ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, *RCDI*, 2019, p. 2.082; ADÁN DOMENECH, *Diario la Ley*, 2019, p. 3, y RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *RCDI*, 2020, p. 537.

²⁸⁸ ARIAS RODRÍGUEZ, *Act. Civil*, 2019, p. 3.

²⁸⁹ *Vid.* ZUMAQUERO GIL, 2021, pp. 245-248.

²⁹⁰ CABANAS TREJO, 2019, p. 2, y ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 3.

²⁹¹ ADÁN DOMENECH, *Diario la Ley*, 2019, p. 6.

²⁹² Cfr. SSTS, de Pleno, de 12 de febrero de 2020 (TOL7.745.679, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) y 19 de febrero (TOL7.783.928, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), así como SSTS de 9 de junio de 2020 (TOL7.969.837, Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile) y 15 de noviembre de 2011 (TOL8.649.766, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres). Estos pronunciamientos recayeron sobre contratos de préstamos personales que contemplaban su vencimiento anticipado por impago de cualquiera de las cuotas, cláusula que se declaró abusiva por no vincularse tal vencimiento a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. Sin embargo, dada la naturaleza personal de estos préstamos, el TS no aplicó las consecuencias establecidas por la jurisprudencia del TJUE sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional en casos en que el contrato no pueda subsistir y su nulidad resulte perjudicial para el consumidor, en alusión a la STJUE de 26 de marzo de 2019. Así, redujo la estimación de la demanda al importe de los plazos impagados a la fecha de su presentación.

Ciertamente la entidad bancaria no hubiera celebrado un contrato de préstamo hipotecario sin una cláusula de vencimiento anticipado o, en suma, sin poder resolver el contrato ante incumplimientos reiterados del prestatario, pero la entidad bancaria al incluir una cláusula abusiva se apartó del Derecho. Y, por otro lado, un consumidor tratado lealmente por un profesional no hubiera aceptado en una negociación individual el vencimiento anticipado por impago de una sola cuota, realidad esta, a la que ha atendido el TJUE en diversos pronunciamientos para apreciar el desequilibrio que define a las cláusulas abusivas²⁹³. Así, otros autores opinan que incluso aunque la cláusula de vencimiento anticipado fuera un elemento esencial, por elevarse como condición esencial, ello no puede justificar la abusividad de una cláusula y, por tanto, impedir su sanción²⁹⁴. En sentido contrario, se argumenta que del mismo modo que el consumidor no hubiera aceptado una cláusula de vencimiento anticipado por un solo impago, tampoco la entidad bancaria hubiera prestado a largo plazo sin posibilidad de dar por vencido el contrato ante incumplimientos relevantes²⁹⁵. Pero no debe perderse de vista que la cláusula abusiva en cuestión fue impuesta por la entidad bancaria, esto es, la situación fue provocada por ella apartándose del justo equilibrio que ahora se le otorga bajo el argumento de la imposible subsistencia del contrato que se dice perjudica al consumidor, lo que veremos en el siguiente epígrafe.

Además, de acuerdo con la Comisión Europea la determinación de si el contrato puede subsistir es una cuestión objetiva, es decir, no puede basarse en los intereses de una sola parte, pero esto implica, a la vez, que no importará si el profesional habría celebrado o no el contrato sin la cláusula abusiva o si la supresión de la cláusula hace que el contrato sea menos atractivo desde un punto de vista económico²⁹⁶.

5.2.1.2. *Los perjuicios causados al consumidor*

Al margen de la discusión en torno a la subsistencia o no del préstamo hipotecario sin la cláusula de vencimiento anticipado,

²⁹³ Cfr. pto. 69 de STJUE de 14 de marzo de 2013 (TOL3.297.918) (Asunto C-415/11); pto. 66 de ATJUE de 14 de noviembre de 2013 (TOL4.019.384) (Asuntos C-537/12 y C-116/13), y pto. 60 de STJUE de 26 de enero de 2017 (TOL5.940.695) (Asunto C-421/14).

²⁹⁴ ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 4.

²⁹⁵ GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020.

²⁹⁶ Cfr. pto. 4.3.2. de la Comunicación de la Comisión Europea «Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores». No obstante, dicha guía se concibe como una mera orientación, como señala su introducción (DOUE, 27 de septiembre de 2019).

la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, proponen, respectivamente, sustituirla por el artículo 693 LEC reformado en 2013 y por la LCCI, no vigente cuando se dictó la primera sentencia. Ambos pronunciamientos parten de la idea de que la imposible subsistencia del contrato por la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado expone al consumidor a consecuencias perjudiciales, lo que permite sustituirla por una norma nacional supletoria en su versión vigente con posterioridad a la inserción de la cláusula, lo que no vulnera el artículo 6.1 la Directiva 93/13 que, con carácter general impide al juez nacional integrar el contrato modificando el contenido de las cláusulas abusivas. Así, la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, defiende que el artículo 1124 CC perjudica al consumidor en comparación con los beneficios que le reporta el procedimiento de ejecución hipotecaria²⁹⁷.

El Tribunal Supremo en sentencias, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, después de declarar abusivas las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de una sola cuota de capital o intereses, entró a valorar si favorecía al consumidor sobreseer la ejecución hipotecaria y remitir a las partes a un declarativo, o continuar la vía ejecutiva por considerar su terminación un perjuicio para aquel.

Para acordar la continuación del procedimiento hipotecario, el Supremo se basó en que, de acuerdo con el 693.3 LEC, el deudor puede enervar la ejecución hasta el día señalado para la celebración de la subasta, mediante la consignación de la cantidad exacta debida, incluso sin consentimiento del acreedor si se trata de la vivienda habitual²⁹⁸. En segundo lugar, argumentó que la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el artículo 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida

²⁹⁷ Cfr. pto. 9 del fundamento de derecho octavo: «En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria ... y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al artículo 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del artículo 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016)».

²⁹⁸ Como dice la sentencia: «un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario».

en el artículo 682.2.1.º LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75% del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

En sendos votos particulares, el Excmo. Sr. Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno argumentó que la continuación de la ejecución impide la efectividad del control de las cláusulas abusivas y, por otro lado, supone integrar el contrato con una disposición supletoria de Derecho nacional, como es el artículo 693.2 LEC. Señalaba el voto particular que se vulnera la doctrina sentada por la STJUE de 30 de abril de 2014 que solo autoriza que pueda operarse tal integración, afectante a un elemento esencial del contrato, cuando fuese necesaria para permitir la subsistencia de aquel en beneficio de los intereses del consumidor.

Pues bien, como señala el voto particular, el sobreseimiento del proceso de ejecución hipotecaria y la remisión a un procedimiento declarativo no perjudica al consumidor, sino la ejecución porque a través de ella se pasa directamente a la agresión de su patrimonio²⁹⁹. El propio TJUE en Auto de 17 de marzo de 2016 llegó a la conclusión de que, sin perjuicio de las comprobaciones que a este respecto deba realizar el juez nacional, la anulación de una cláusula de vencimiento anticipado no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, ya que interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado³⁰⁰. Sin embargo, la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, se apoyó en que la nulidad del vencimiento anticipado provoca la obligación del consumidor de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, lo cual no deja de ser una paradoja³⁰¹.

Por otro lado, no conviene olvidar que la STJUE de 30 de abril de 2014, que introdujo la salvedad a la prohibición de sustituir la cláusula abusiva por una norma de Derecho nacional supletoria, versaba sobre préstamo indexado en una divisa extranjera, cuya nulidad conllevaba la obligación de devolver la totalidad del préstamo, y no sobre una cláusula de vencimiento anticipado que precisamente contempla el efecto perjudicial que se quiere evitar derivado

²⁹⁹ Además, sostiene que las ventajas del artículo 693 LEC podrían aplicarse en la ejecución subsiguiente al proceso declarativo, lo que había negado la STS de 23 de diciembre de 2015.

³⁰⁰ TOL5.672.402 (Asunto C-613/15), pto. 39.

³⁰¹ Cfr. pto. 9 de fundamento de derecho 8.º de la sentencia. BALLUGERA GÓMEZ, *Revista de Derecho Vlex*, 2020, p. 2, es particularmente crítico con este argumento al señalar «...en el caso del préstamo hipotecario, donde la nulidad del préstamo puede obligar al deudor a devolver todo de golpe, lo que produciría la suprema paradoja, de que la nulidad del vencimiento anticipado diera lugar a un fulminante vencimiento anticipado legal, cosa totalmente disuasoria para el deudor que, incluso cumpliendo con el préstamo y pagando religiosamente los plazos, tendría que devolver todo por haberse atrevido a reclamar...».

de la nulidad del contrato, esto es, la restitución de la totalidad de lo prestado, incluso de los plazos no vencidos³⁰². Por tanto, en aquella sentencia se barajaban dos opciones, la nulidad del contrato con la correspondiente restitución de prestado, o la sustitución de la cláusula por una norma que preveía otro índice de referencia de variación del tipo de interés. En cambio, en nuestra materia se plantea la elección entre seguir sujeto al procedimiento de ejecución hipotecaria u optar por su sobreseimiento por causa de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado³⁰³.

5.2.1.3. Valoración crítica de la integración del contrato

Según la STJUE de 26 de marzo de 2019 el artículo 693.2 LEC, en la redacción dada por la reforma de 2013, según la cual podía exigirse el vencimiento anticipado por el impago de tres mensualidades, reemplazaría el equilibrio formal por un equilibrio real en los derechos y obligaciones de las partes; mientras que si se anulara el contrato con las consecuencias perjudiciales que acarrea al consumidor no se disuadiría al profesional de la utilización de las cláusulas abusivas³⁰⁴.

Algunos autores se muestran partidarios de integrar el contrato para que este no devenga ineficaz en perjuicio del consumidor, porque no se puede mantener la laguna y a la misma vez no declarar ineficaz el contrato, por lo que se plantean tan solo la interrogante de qué norma ha de integrar el contrato³⁰⁵. También se ha puesto de relieve que la STS de 11 de septiembre de 2019 explicita un argumento que subyace en todo este debate, y es que las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, por lo que descarta privar al acreedor del procedimiento de ejecución hipotecaria³⁰⁶.

De modo matizado, se ha observado que, aunque no deja de ser loable la sustitución de la cláusula por la norma, tal doctrina va en contra de pronunciamientos anteriores del TJUE; y, lo más importante, no impide que el consumidor siga vinculado por la cláusula

³⁰² TOL4.629.653 (Asunto C-26/13).

³⁰³ ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 3.

³⁰⁴ Cfr. ptos. 53 a 59, en los que se remite a la STJUE de 30 de abril de 2014 (TOL4.629.653) (Asunto C-26/13) que, como sabemos, introdujo esa salvedad a la prohibición de integración.

³⁰⁵ GÓMEZ POMAR, *InDret*, 2020; MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, pp. 1.390-1.391 y 1.396; ALBIEZ DOHRMANN, *Diario La Ley*, 2019, p. 10, y PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020.

³⁰⁶ FERNÁNDEZ-SEIJO, *Diario La Ley*, 2019-I, p. 11.

abusiva al simplemente sustituirse por el número de impagos previsto en el artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 que incrementó su número a tres, sin conseguirse el efecto disuasorio para los profesionales, quienes se verán tentados a continuar utilizándolas³⁰⁷. Ya en los votos particulares a las SSTs, de Pleno, de 23 de diciembre de 2015 y de 18 de febrero de 2016, se argumentó que la integración no disuade de la utilización de las cláusulas abusivas, puesto que si la cláusula es abusiva debe desvincularse al consumidor plenamente de ella, de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13³⁰⁸.

Así, se advierte que sustituir la cláusula abusiva y permitir un segundo proceso de ejecución en base a los criterios del artículo 24 LCCI, como hace la STS de 11 de septiembre de 2019, vulnera la obligación de los Estados de aplicar toda medida tendente a erradicar las cláusulas nulas, elimina el efecto disuasorio de la nulidad como es su no aplicación, y vulnera la prohibición de integrar la cláusula abusiva. Además, resulta manifiesta la contradicción con el ATJUE de 11 de junio de 2015 que prohibió la ejecución hipotecaria con base en cláusulas que contemplaban el vencimiento anticipado por impago de una sola mensualidad, aunque se esperase al incumplimiento de tres plazos previsto en el artículo 693.2 LEC a partir de la Ley 1/2013³⁰⁹.

Aprecio que, si se hubiera remitido a la entidad bancaria a un proceso declarativo en aplicación del artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI, sí se hubiera conseguido el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13, porque realmente a quien perjudica tal opción es a la entidad bancaria y no al prestatario. Como vimos al tratar los efectos del artículo 1124 CC, su aplicación supondrá la restitución por parte del prestatario de la totalidad del capital pendiente de pago, y no solo de los plazos vencidos e impagados, por lo que en este punto sus consecuencias se asimilan a la aplicación de una cláusula de vencimiento anticipado. No obstante, el artículo 1124 CC no permitirá la agresión el patrimonio del deudor con tanta agilidad como un procedimiento hipotecario, por lo que con su aplicación se hubiera disuadido al profesional del uso de la cláusula abusiva. Entiendo que el enfoque objetivo que se adopta para decidir si puede pervivir o no el contrato sin la cláusula (y al que acude la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019), no sigue operando una vez se ha decidido que

³⁰⁷ ARIAS RODRÍGUEZ, *Act. Civil*, 2019, pp. 3 y 10.

³⁰⁸ Así, concluyó que el artículo 693 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 puede utilizarse para valorar el carácter abusivo de una cláusula, pero no, para una vez apreciado, aplicarlo porque ello vulnera el principio de efectividad.

³⁰⁹ ADÁN DOMENECH, *Diario la Ley*, 2019, p. 2.

debe integrarse, pues tal operación habrá de hacerse en beneficio del consumidor para conseguir el aludido efecto disuasorio. Podría estimarse que la sustitución de la cláusula abusiva por el artículo 24 LCCI, dada la gravedad del incumplimiento que contempla este precepto como activador del vencimiento anticipado, supone una integración en beneficio del consumidor³¹⁰. Sin embargo, la remisión a un proceso declarativo en aplicación del artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI, hubiera sido un paso más en favor del consumidor con el consiguiente efecto disuasorio en la utilización de cláusulas abusivas.

A lo dicho se une que, en los casos en que el contrato no puede subsistir, la integración se realiza por el juez nacional sin conceder audiencia al consumidor, cuando aquella debe realizarse en beneficio del consumidor, no de la parte disponente, y la efectividad que persigue el artículo 6.1 de la Directa 93/13 requiere que decida el consumidor³¹¹.

Ciertamente, si la opción dada al consumidor fuera la de optar entre un procedimiento de ejecución con la cláusula abusiva, y otra ejecución con los criterios del artículo 24 LCCI, se decantaría por la última. Pero la cuestión es nuevamente por qué no se remitió a las partes a un proceso declarativo en que resolver el contrato de acuerdo con los criterios del artículo 24 LCCI. El TS descarta remitir a las partes a un declarativo en el cual aplicar el artículo 1124 CC por los mayores perjuicios que señala le provocaría al consumidor este precepto en relación con los beneficios de la ejecución hipotecaria. De esta manera, cabría pensar en las costas judiciales, que se podrían duplicar al ser necesario un procedimiento declarativo y un posterior ejecutivo, así como en unos mayores intereses de demora. En contra de esta perspectiva, el procedimiento declarativo es de suponer que retrasará el desahucio del prestatario, e incluso el artículo 1124 CC permite al juez otorgarle un nuevo plazo en atención a las circunstancias³¹². Por lo expuesto, no me resulta tan patente el

³¹⁰ Así lo estima GUILARTE GUTIÉRREZ, *RDBB*, 2020, p. 23.

³¹¹ *Vid.* ORDUÑA MORENO, *AD*, 2020, p. 2, sostiene que en todo caso debería darse audiencia al consumidor quien puede preferir la nulidad del contrato en vez de su integración. Argumenta el autor que «el interés o la decisión del consumidor» a la hora de determinar la aceptación de la integración realizada por el juez nacional, en nuestro caso, la continuación del procedimiento de ejecución hipotecaria, resulta necesaria o determinante para la viabilidad de la protección dispensada por el juez nacional en beneficio exclusivo del consumidor».

³¹² También prevén la concesión de plazo en caso de demora, el artículo 518-14 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, el artículo 8:106 de los PECL, y el artículo III 3:503 del DCFR. El artículo 1343-5 del Código Civil francés, que señala, después de la reforma de 2016, que «El juez podrá, teniendo en cuenta la situación del deudor y teniendo en cuenta las necesidades del acreedor, aplazar o escalar, dentro del límite de dos años, el pago de las sumas adeudadas». Apoyando el plazo adicional como piedra angular del sistema resolutorio, *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO, 2003,

mayor perjuicio al consumidor, que sí observo claramente para la entidad bancaria de ser aplicado el artículo 1124 CC en un proceso declarativo modulado con los criterios de gravedad del incumplimiento previstos en el artículo 24 LCCI.

Donde radica el mayor obstáculo a la remisión a un proceso declarativo ordinario con base en el artículo 1124 CC, es en una posible colisión del precepto con el Registro de la Propiedad dado que el embargo en que culmine el proceso declarativo, incluso por la totalidad de lo adeudado, no gozará de la prioridad registral de la que disponía la garantía real inscrita frente a posibles embargos intermedios³¹³. En este particular, la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021, en un proceso declarativo en el que se obtuvo la condena de la prestataria demandada, señaló que, aunque la entidad demandante es acreedora hipotecaria, y la hipoteca subsiste, ha optado por reclamar el cumplimiento del crédito en un procedimiento declarativo y va a obtener una sentencia de condena dineraria que, como tal, podrá ejecutarse conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria, de modo que esta sala, al no ser juez de la ejecución, no puede pronunciarse sobre la subasta de la finca hipotecada³¹⁴.

Para conseguir el efecto disuasorio en la utilización de las cláusulas abusivas sin perjudicar la garantía hipotecaria, debería permitirse a la entidad bancaria ejecutar la hipoteca conforme a las disposiciones de la ejecución ordinaria conservando la prioridad registral, como ha contemplado la RDGRN de 23 de mayo de 2018. Resultará necesario, como señala esta resolución, que en la ejecución ordinaria se proceda al embargo y a la valoración de inmueble de acuerdo con los artículos 584 ss., y 637 ss. LEC. Y para que el acreedor hipotecario conserve la prioridad registral frente a embargos intermedios, los titulares de estos deberán conocer desde el principio que se está ejecutando una hipoteca inscrita con anterioridad³¹⁵.

pp. 230-232. En cambio, la PMCCOC no contempla este plazo adicional a fijar por el juez (CLEMENTE MEORO, *BMJ*, 2011-II, p. 7).

³¹³ GUILARTE GUTIÉRREZ, *RDDB*, 2020, p. 17, y MUÑOZ GARCÍA, *RCDI*, 2020, p. 1.395.

³¹⁴ De ello derivó la sentencia que «Habrà de ser el acreedor quien, mediante la interposición de la correspondiente demanda ejecutiva, inicie un procedimiento en el que se decidan todas las peticiones que sobre la ejecución se susciten». Tampoco se pronunció sobre la subasta solicitada, la STS de 4 de mayo de 2022 (TOL8.932.924, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), dictada en un proceso declarativo en que la entidad acreedora obtuvo la declaración del vencimiento anticipado del préstamo en aplicación del artículo 1129 CC, no del clausulado contractual, por haber impagado los deudores 18 cuotas de un préstamo hipotecario de 25 años de duración.

³¹⁵ BOE, de 12 de junio de 2018. Argumenta la RDGRN de 23 de mayo de 2018: «Como resulta de la Resolución de 10 de diciembre de 1997 si entre la inscripción de la hipoteca y la anotación de embargo practicada por el ejercicio de la acción ejecutiva ordinaria resultan cargas intermedias su cancelación devendría imposible, si dichos titulares no tuvieron en el procedimiento la posición jurídica prevista en el ordenamiento, al ignorar que la ejecución que se llevaba a cabo afectaba a la hipoteca inscrita con anterioridad a sus derechos. Para evitar estos efectos tan distorsionadores, como dijera la misma

Apoya la anterior solución el hecho de que en el declarativo la entidad bancaria habrá conseguido la resolución del contrato de préstamo hipotecario y, como sabemos, el vencimiento anticipado del contrato que hubiera activado la ejecución hipotecaria, no es sino una modalidad de resolución contractual, pues la resolución posee los mismos efectos que aquel vencimiento, al conllevar la restitución por parte del prestatario de la totalidad del capital pendiente de pago, y no solo de los plazos vencidos e impagados.

6. VALORACIÓN FINAL DE LA UTILIDAD DEL ARTÍCULO 1124 CC EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO

Como vimos, la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, ha acudido al artículo 24 LCCI, y no al artículo 1124 CC, para remediar la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado, solución esta última que hemos defendido como la más conveniente para la protección del consumidor. Pero al margen de ello, continúa siendo relevante plantearse la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo.

En primer lugar, porque la jurisprudencia analizada se limita a los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, sin alcanzar a los contratos de préstamo personales. En efecto, el TS ha resuelto que una eventual nulidad de la cláusula de vencimiento inserta en un préstamo personal, no impide su subsistencia, y ha limitado la condena a las cantidades adeudadas, a pesar de que estos contratos pueden ser también de larga duración³¹⁶. Una alternativa pudiera haber sido la aplicación en un proceso declarativo del artículo 1124 CC, modulado con los criterios del artículo 10 de la LVBMP³¹⁷. Pero esta opción no beneficia al consumidor frente a la condena limitada a los plazos vencidos e insatisfechos por la que se ha decantado el Supremo. En cualquier caso, es posible que un pres-

Resolución, resulta preciso que desde el primer momento (el mandamiento de anotación), se ponga de manifiesto en el Registro de la Propiedad que el crédito que da lugar a la ejecución es el crédito garantizado con la hipoteca que es, de ese modo, objeto de realización. Así lo consideró igualmente la Resolución de 23 de julio de 1999 que afirmó la necesidad de hacer constar por nota al margen de la hipoteca ejecutada su relación con la posterior anotación de embargo por la que publicaba la ejecución por los trámites del procedimiento ejecutivo ordinario».

³¹⁶ Cfr. SSTS, de Pleno, de 12 de febrero de 2020 (TOL7.745.679, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres) y 19 de febrero (TOL7.783.928, Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena), así como SSTS de 9 de junio de 2020 (TOL7.969.837, Ponente Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile) y 15 de noviembre de 2011 (TOL8.649.766, Ponente Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres), (*vid.* sobre ellas nota 292).

³¹⁷ *Vid.* PANTALEÓN PRIETO, *Almacén de Derecho*, 2020, quien es partidario de aplicar la LVBMP al considerar que un préstamo personal de larga duración (más de 6 años) tampoco puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado.

tamo personal sea de larga duración, y parece un poco desproporcionado resolver estos contratos por el impago de dos cuotas, por lo que podrían aplicarse los criterios del artículo 24 LCCI, norma que, además (como señalamos en el epígrafe 4.3 del capítulo anterior), se aplica a determinados préstamos personales.

Asimismo, cabe que el acreedor hipotecario no esgrima el vencimiento anticipado pactado, y reclame la totalidad de los plazos vencidos y los aún pendientes de vencer con fundamento en los artículos 1124 y 1129 CC, como ocurrió en el supuesto resuelto por la STS, de Pleno, de 2 de febrero de 2021.

Por otro lado, ni siquiera para los préstamos sujetos a la LCCI, su artículo 24 ha derogado o modificado el artículo 1124 CC. Así, aun en aplicación del artículo 24 LCCI en el seno de una nueva ejecución hipotecaria que habilita la STS, de Pleno, de 11 de septiembre de 2019, podría concederse un plazo adicional si el deudor demuestra que el incumplimiento fue causado por una imposibilidad sobrevenida no imputable a él, sobre todo si estamos ante préstamos garantizados con viviendas habituales³¹⁸. Y en la concesión de este plazo debe tomarse en consideración el carácter preventivo, no repressivo, que posee la resolución contractual³¹⁹.

Por último, pueden no haberse previsto tales cláusulas en los contratos de préstamo celebrados entre particulares.

VI. CONCLUSIONES

El artículo 1740 CC configura el contrato de mutuo como un contrato de naturaleza real al exigir para su perfección, no solo el consentimiento de las partes, sino asimismo la entrega de la cosa por el prestamista que, de acuerdo con este esquema legal, no formará parte de la fase de consumación contractual.

De dicho carácter real deriva la naturaleza unilateral del contrato de mutuo, en tanto que no generará obligaciones para el prestamista, sino solo para el prestatario, el cual habrá de devolver la cantidad recibida y, en su caso, pagar los intereses pactados.

No obstante, al amparo de la autonomía de la voluntad (artículo 1255 CC), cabe construir un préstamo de tipo consensual, que obligue al prestamista a la entrega de la cosa y legitime al prestatario a exigir el cumplimiento de dicha obligación; naturaleza con-

³¹⁸ *Vid.* RUIZ-RICO RUIZ, 2020, pp. 502 y 528. Como señala GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2013, p. 8.223, debe excluirse si el incumplimiento es intencional.

³¹⁹ MONTES PENADÉS, 1989, pp. 1.187-1.189.

sensual que, por otro lado, se ha impuesto en la práctica bancaria y en las leyes especiales.

Por ello, el acuerdo de entregar en concepto de préstamo sin que medie la entrega no es simplemente un precontrato o promesa de un contrato de mutuo real, sino un verdadero contrato de mutuo consensual.

La admisión del mutuo consensual no debería limitarse al de tipo oneroso, pues igualmente el gratuito será obligatorio siempre que adopte la forma escrita prevista en el artículo 632 CC para las donaciones de bienes muebles sin entrega simultánea.

Al nacer del mutuo consensual obligaciones bilaterales -la de entrega del capital y su posterior devolución- el incumplimiento del prestatario permitirá la resolución del contrato de acuerdo con el artículo 1124 CC, porque la obligación de entrega del prestamista tiene su razón de ser en la correlativa de devolución del prestatario, sin la cual existiría otra causa contractual, esto es, una liberalidad.

Tradicionalmente se ha negado la aplicación del artículo 1124 CC al mutuo de naturaleza real por su carácter unilateral, pero debe admitirse la resolución de este tipo de contratos, incluso gratuitos. Aunque la *datio rei* del prestamista constituya un requisito para la perfección de esta modalidad contractual y, por ello, se verifique en tal momento, no aparece aislada, sino en el marco de un contrato de préstamo generador de la confianza de su devolución por el prestatario.

En este sentido, el artículo 1124 CC no exige que todas las prestaciones derivadas del contrato se encuentren sin cumplir en el momento de su celebración, por lo que puede aplicarse cuando concurra una relación de reciprocidad entre prestaciones prometidas o realizadas, lo que dará cabida a la entrega del capital por el prestamista, simultánea a la perfección contractual.

Además, existe reciprocidad entre la obligación de pago de intereses que corresponde al prestatario y el aplazamiento concedido por el prestamista, quien a cambio de aquellos habrá de abstenerse de reclamar lo prestado hasta el término pactado.

Rechazar la aplicación del artículo 1124 CC a los contratos de préstamo, en aquellos casos en que no se hubiera pactado una cláusula de vencimiento anticipado o esta resultara nula, supondría privar al prestamista de un precepto tan justo como este, que arroja el equitativo resultado de permitirle, ante incumplimientos relevantes del prestatario, desvincularse de los plazos de devolución concedidos, sin verse limitado a reclamar paulatinamente las cuotas vencidas o esperar al vencimiento de todas para una íntegra reclamación.

La gravedad del incumplimiento contemplado en el artículo 1124 CC, para los casos de préstamos hipotecarios y préstamos personales de larga duración a devolver en varios plazos, debe valorarse atendiendo a los criterios del artículo 24 LCCI.

Los parámetros del artículo 24 LCCI son más respetuosos con la jurisprudencia del TJUE que el artículo 693.1 LEC, el cual permite el vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario por el impago de tres plazos mensuales; y en cuanto a los préstamos personales de larga duración, resulta desproporcionado su resolución por el impago de dos plazos (art. 10 LVBMP).

Por lo anterior, es necesario dictar una norma para determinar con carácter general la gravedad del incumplimiento que permita resolver los contratos de préstamo de larga duración.

Si se tratase de un préstamo a devolver en un único plazo, el contrato no podrá resolverse por un retraso leve que no frustre su finalidad. El retraso justificará la resolución contractual si se debe a una negativa o pasividad del deudor que revele su voluntad obstaculativa o desinterés por cumplir, o cuando la tardanza ha sido lo suficientemente larga para resultar inexigible una mayor espera al prestamista. En la apreciación del incumplimiento resolutorio de estos contratos debe tenerse en cuenta que las consecuencias de la resolución no son tan graves para el prestatario pues, al tratarse de un préstamo a restituir en único plazo, ya habrá vencido el plazo de devolución del total prestado.

El Tribunal Supremo considera que la nulidad de las cláusulas de vencimiento anticipado insertas en préstamos hipotecarios impide que el contrato pueda subsistir, y su anulación y la remisión a las partes a un proceso declarativo perjudica a los intereses del prestatario, por lo que sustituye la cláusula por los criterios del artículo 24 de la Ley 5/2019, de 5 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Estimo que el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva, porque esta no constituye un elemento esencial de aquel. El problema es más bien de índole procesal, pues el acreedor dispondría de otras vías diferentes a la ejecución hipotecaria para conseguir la restitución de lo prestado, como aplicar el artículo 1124 CC en un proceso declarativo.

Al margen de lo anterior, considero que no perjudica al consumidor la anulación del contrato de préstamo hipotecario y la remisión a las partes a un proceso declarativo, pues la ejecución hipotecaria agrede directamente el patrimonio del deudor, mientras que el artículo 1124 CC retrasará el desahucio del prestatario y permitirá al juez otorgarle un plazo de gracia por causas justificadas.

Además, sustituir la cláusula abusiva y permitir un segundo proceso de ejecución hipotecaria en base a los criterios del artículo 24 LCCI, no disuade a los profesionales de la utilización de las cláusulas abusivas. Se conseguiría el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13 si se remitiese a la entidad bancaria a un proceso declarativo en aplicación del artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI, porque realmente a quien perjudica tal opción es al prestamista, no al prestatario.

Ahora bien, el embargo en que culmine el proceso declarativo podría no gozar de la prioridad registral que poseía el derecho real de hipoteca frente a posibles embargos intermedios. Para conseguir el efecto disuasorio en la utilización de las cláusulas abusivas sin perjudicar la garantía hipotecaria, debería permitirse la ejecución de la hipoteca conforme a las disposiciones de la ejecución ordinaria conservando su prioridad registral.

Aunque el Tribunal Supremo haya solventado el problema de la nulidad de las cláusulas abusivas recurriendo al artículo 24 LCCI, y no al artículo 1124 CC, este precepto continúa siendo relevante pues esta doctrina jurisprudencial se limita a los contratos de préstamo hipotecario, sin alcanzar a los contratos de préstamo personales. Para el Supremo, estos últimos pueden subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado, y limita la condena del prestatario al pago de las cantidades adeudadas. Sin embargo, como estos contratos también pueden ser de larga duración, hubiera resultado más conveniente para conseguir el efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13 aplicar el artículo 1124 CC modulado con los criterios del artículo 24 LCCI.

Por último, el interés del artículo 1124 CC se pone de manifiesto incluso en el vencimiento anticipado de los préstamos sujetos a la LCCI, pues su artículo 24 no lo ha derogado ni modificado, y el vencimiento anticipado no deja de ser una modalidad de resolución contractual. Por ello, en una ejecución hipotecaria iniciada al amparo del artículo 24 LCCI también podría concederse un plazo adicional si el deudor demuestra que el incumplimiento fue causado por una imposibilidad sobrevenida no imputable.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMENECH, Frederic: «La STS de 11 de septiembre de 2019 sobre vencimiento anticipado. Más sombras que luces», *Diario la Ley*, núm. 9498, 2019.
— *El fin de las cláusulas abusivas hipotecarias en la Ley de crédito inmobiliario y en la jurisprudencia del TS y TJUE*, Barcelona, 2020.
ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Derecho civil*, II, 14.^a Edic., Madrid, 2011.

- ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, María Mercedes: «Los pilares de un préstamo responsable en la Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (Ley 5/2019, 15 de marzo): la transparencia del prestamista y la evaluación de la solvencia del prestatario», *RCDI*, 2020, pp. 2.155 a 2.188.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La aplicación en el tiempo de la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario y de otras normas», *Diario La Ley*, núm. 9439, 2019.
- «Ámbito personal y material de los contratos de crédito inmobiliario», en *Los contratos de préstamo inmobiliario. Actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Coord. Albiez Dohrmann y Moreno-Torres Herrera, Madrid, 2020, pp. 68-183.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús: «Derecho Bancario», en *Manual Breve de Derecho Mercantil*, Coord. Paz-Ares Rodríguez, https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/3006/14190_2RJ280.pdf?sequence=1 (consultado en octubre de 2021).
- ALONSO PÉREZ, Mariano: *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, Y VEIGA COPO, Abel: «Contratos de financiación», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, IV, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 4.467-4.600.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo, Bercovitz, y Salvador Coderch, II, Madrid, 1991, pp. 96-100.
- *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.ª Edic., Granada, 2003.
- ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel: «Vencimiento anticipado: Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019», *AC*, núm. 5, 2019.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL: *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, Valencia, 2016.
- *Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Madrid, 2018.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «La libertad contractual y sus límites», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, I, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 141-190.
- «Sobre la obligatoriedad de las promesas gratuitas aceptadas. Estado actual de la cuestión y previsiones de las propuestas de modernización», en *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, Coord. Ataz López y García Pérez, Madrid, 2019.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «Distribución de gastos en la hipoteca y comisión de apertura. Comentario y resumen de la STJUE de 16 julio 2020», *Revista de Derecho Vlex*, núm. 195, 2020.
- BASOZÁBAL ARRÚE, Xavier: *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Valencia, 2004.
- «Comentario a los artículos 1740 a 1757 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Domínguez Luelmo, Valladolid, 2010, pp. 1.883-1.902.
- BATALLER RUIZ, Enric: «Comentario a los artículos 1740 y 1753 a 1757 CC», en *Código Civil comentado*, Dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, y Valpuesta Fernández, IV, Navarra, 2011, pp. 856-860 y 887-890.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley del Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto?», *Diario La Ley*, núm. 9404, 2019.
- CANARIS, Claus-Wilhelm: *Bankvertragsrecht*, 2.ª Edic., Berlin-New York, 1982.

- CAPITANT, Henri: *De la causa de las obligaciones*, (Traducción y notas de Eugenio Tarragato y Contreras), Granada, 2019.
- CARBALLO FIDALGO, Marta: «Hacia un concepto autónomo y uniforme de cláusula abusiva. La jurisprudencia del TJUE y su recepción por los tribunales españoles», *InDret*, núm. 1, 2019.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «¿Qué sentido tiene resolver un préstamo hipotecario por incumplimiento del prestatario?», *Gómez-Acebo & Pombo, Análisis*, 2018. <https://www.ga-p.com/publicaciones/que-sentido-tiene-resolver-un-prestamo-por-incumplimiento-del-prestatario/> (consultado en junio de 2021).
- CARRESI, Franco: «Il comodato. Il mutuo», en *Tratato di diritto civile*, Dir. Vassalli, VIII-2.º, fasc. 6, Torino, 1957, pp. 84-145.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: *Derecho civil español, común y foral*, III, 14.ª Edic., Madrid, 1986.
- CLEMENTE MEORO, Mario: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1992.
- «Comentario al artículo 1124 CC», en *Código Civil comentado*, Dir. Cañizares Laso, De Pablo Contreras, Orduña Moreno, y Valpuesta Fernández, III, Navarra, 2011-I, pp. 229-239.
- «La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española», *BMJ* núm. 2131, 2011-II, pp. 1-16.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: «Comentario a los artículos 1740 a 1757 CC», en *Comentario del Código Civil*, Dir. Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo, Bercovitz, y Salvador Coderch, II, Madrid, 1991, pp. 1.600-1.633.
- DE CASTRO Y BRAVO, Federico: «La promesa de contrato», *ADC*, 1950, pp. 1.133-1.186.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel: «En torno al concepto de la causa de los contratos», en *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pp. 527-606.
- DELL'AQUILA, Enrico: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Prólogo del Prof. José Luis de los Mozos, Salamanca, 1981.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: «Comentario al artículo 1753 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, VIII, Valencia, 2013, pp. 11.980-11.989.
- DÍEZ GARCÍA, Helena: «Artículo 3. Contratos excluidos», en *Comentarios a la Ley de Contratos de Crédito al Consumo*, Dir. Marín López, Navarra, 2014, pp. 136-205.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «El concepto de causa en el negocio jurídico», *ADC*, 1963, pp. 1-32.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.ª Edic., Navarra, 2007.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, IV, Navarra, 2010.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, II-1, 14.ª Edic., Madrid, 2016.
- *Sistema de Derecho civil*, II-2, 12.ª Edic., Madrid, 2018.
- ENNECERUS, Ludwig, y LEHMANN, Henrich: «Derecho de obligaciones», en *Tratado de Derecho Civil*, II-1.º, traducción de la 35.ª Edic. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 2.ª Edic., Barcelona, 1954.
- «Derecho de obligaciones», en *Tratado de Derecho Civil*, II-2.º, primera parte, traducción de la 15.ª Edic. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 3.ª Edic., Barcelona, 1966.

- FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos; FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, Carlos, y FERNÁNDEZ-ARIAS ALMAGRO, José Fernando: *El contrato de préstamo y crédito. Jurisprudencia y doctrina española, I, Préstamo*, Madrid, 2000.
- FERNÁNDEZ-SEIJO, José María: «La cláusula de vencimiento anticipado y la reciente STS de 11 de septiembre de 2019. Una sentencia pedagógica», *Diario La Ley*, núm. 9493, 2019-I.
- «Los contextos de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo», *Almacén de Derecho*, 2019-II. <https://almacendederecho.org/los-contextos-de-la-clausula-de-vencimiento-anticipado-del-prestamo> (consultado en noviembre de 2021).
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, IV, Madrid, 1852.
- GARRIGUES, Joaquín: *Contratos bancarios*, 2.ª Edic., Madrid, 1975.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, número 4, 2020.
- GÓMEZ POMAR, Fernando, y ARTIGOT GOLOBARDES, Mireia: «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria», *ADC*, 2020, pp. 7-100.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, VI, Valencia, 2013, pp. 8.213-8.261.
- GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel: «Los contratos de préstamo», en *Curso de Derecho Civil*, Coord. Sánchez Calero, II, 7.ª Edic., Valencia, 2014, pp. 357-373.
- GONZÁLEZ POVEDA, Pedro; MARTÍNEZ PEREDA, José Manuel; PAZ RUBIO, SANTOS BRIZ, Jaime, y SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio: «Contratos de mutuo y comodato», en *Tratado de Derecho Civil*, IV, Barcelona, 2003, pp. 267-287.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos: «Contrato de préstamo mercantil», en *Contratos mercantiles*, Dir. De la Cuesta Rute, II, 2.ª Edic., Barcelona, 2009, pp. 1.195-1.224.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente: «Las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos con garantía hipotecaria (reflexiones tras la STS de 11 de septiembre de 2019)», *RDBB*, núm. 157, 2020, pp. 1-33.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «El vencimiento anticipado de los préstamos hipotecarios tras la STJUE de 26 de marzo de 2019 y la STS de 11 de septiembre de 2019», *RCDI*, 2020, pp. 589 a 621.
- JORDANO BAREA, Juan B.: *La categoría de los contratos reales*, Barcelona, 1958.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho civil*, II-1, 5.ª Edic., Madrid, 2011.
- *Elementos de Derecho civil*, II-2, 5.ª Edic., Madrid, 2013.
- LARENZ, Karl: *Lehrbuch des Schuldrechts*, II-1, 13.ª Edic., München, 1986.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho Civil*, III, 18.ª Edic., Madrid, 2016.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, VIII-1, 6.ª Edic., Madrid, 1967, pp. 406-436.
- «Comentario a los artículos 1740, 1753 a 1755 CC», en *Comentarios al Código Civil Español*, XI, 6.ª Edic., Madrid, 1972, pp. 796-804, y 839-889.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, I, 2.ª Edic., Valencia, 2013, pp. 597-744.

- MARÍN PÉREZ, Pascual: «Comentario a los artículos 1740 a 1757 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. Albaladejo García, XXII-1, Madrid, 1982, pp. 19-161.
- MONTES PENADÉS, Vicente: «Comentario al artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. M. Albaladejo García, XV-1, Madrid, 1989, pp. 1.171-11.255.
- MORALEJO IMBERNÓN, Nieves: «Contratos de garantía», en *Tratado de Contratos*, en Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, IV, 2.^a Edic., Valencia, 2013, pp. 4.811-5.017.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Navarra, 2006.
- MORO LEDESMA, Sebastián: «El precontrato», *RCDI*, 1934, pp. 481-494.
- MÜLBERT, Peter: «Das verzinsliche Darlehen», *Archiv für die civilistische Praxis*, 192. Bd., H. 6, 1992, pp. 449-515.
- MUÑOZ GARCÍA, Carmen: «Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios», *RCDI*, 2020, pp. 1386-1404.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *Los Contratos de Crédito al Consumo en la Ley 16/2011, de 24 de junio*, Navarra, 2013.
- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier: «Dudas de validez de la STS de cláusulas de vencimiento anticipado. Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre», *Aranzadi digital*, núm. 1, 2020.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado», *Almacén de Derecho*, 2019. <https://almacenederecho.org/en-materia-de-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas> (consultado en junio de 2021).
- «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente (III)», *Almacén de Derecho*, 2020. <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-la-consecuencia-juridica-de-la-declaracion-deabusividad-de-una-clausula-no-negociada-individualmente-iii> (consultado en junio de 2021).
- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles: «Comentario al artículo 1740 CC», en *Comentarios al Código Civil*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, VIII, Valencia, 2013, pp. 11.891-11.898.
- PETIT LAVALL, María Victoria: «Contratación bancaria», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, V, 2.^a Edic., Valencia, 2013, pp. 5.829-5.899.
- POTHIER, Robert Joseph: *Tratado de obligaciones*, I, traducido al español con notas de *Derecho Patrio*, Barcelona, 1859.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, 2.^a Edic., Barcelona, 1982.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «La ineficacia contractual», en *Tratado de Contratos*, Dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, I, 2.^a Edic., Valencia, 2013, pp. 1.361-1.588.
- RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María Goñi: «La cláusula de vencimiento anticipado en préstamos hipotecarios», *RCDI*, 2020, pp. 530-543.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, Madrid, 2013.
- RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Exégesis del artículo 24 de la Ley de contratos de crédito inmobiliario (LCCI)», en *Los contratos de préstamo inmobiliario: actualizado a los RD-ley para la protección de deudores en situación de vulnerabilidad*, Coord. Albiez Dohrmann, y Moreno-Torres Herrera, Madrid, 2020, pp. 477-530.
- SABATER BAYLE, Elsa: «El pacto de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios para adquisición de inmuebles», en *Delendus est Leviathan. Liber Amicorum Profesor José María de la Cuesta Rute*, Coord. González

- Vázquez, Pablo-Romero Gil-Delgado, De los Ríos Sánchez, y Valpuesta Gastaminza, Madrid, 2020, pp. 601-617.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y 3 de julio de 2019», *RCDI*, 2019, pp. 2.077 a 2.091.
- SCHULZ, Fritz: *Derecho Romano Clásico*, Barcelona, 1960.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Libro IV, Parte F», en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Coord. Jerez Delgado, Madrid, 2015, pp. 275-278.
- YSÁS SOLANES, María: «Algunas consideraciones en torno al contrato de mutuo con interés», *RCDI*, 1993, pp. 1.365-1.390.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2018 (432/2018). Aplicación al contrato de mutuo o simple préstamo de la facultad resolutoria por incumplimiento del prestatario», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, 2018, núm. 10, pp. 277-284.
- «Los efectos derivados del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado», *RDC*, 2021, núm. 2, pp. 211-270.

