

## **Blue pencil rule y cláusulas de vencimiento anticipado**

***(A propósito de la cuestión prejudicial del Tribunal Supremo-Asunto C-70/17)***

Normativa comentada

*Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 Abril 1993 (cláusulas abusivas en los contratos suscritos por los consumidores).*

*L 1/200 de 7 Ene. (Enjuiciamiento Civil)*

LIBRO III. De la ejecución forzosa y de las medidas cautelares

TÍTULO IV. De la ejecución dineraria

CAPÍTULO V. De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados

Artículo 693. *Reclamación limitada a parte del capital o de los intereses cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes. Vencimiento anticipado de deudas a plazos.*

### Resumen

El Tribunal Supremo ha venido a plantear una cuestión prejudicial en los supuestos de las cláusulas de vencimiento anticipado en el Auto de fecha 8 de febrero de 2018. En el mismo se alude a la doctrina denominada «blue pencil rule» para considerar si sería posible la declaración de nulidad de parte de una cláusula por abusividad solo de esa parte. En concreto incluso de determinados términos de una misma cláusula. En el presente trabajo se analiza la aplicabilidad de la citada regla o doctrina en relación a la cuestión concreta derivada de la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores y usuarios al aplicar la Directiva 93/13.

### ***I. La doctrina de la blue pencil rule y la cláusula de vencimiento anticipado en contratos con consumidores***

Si consideramos la doctrina denominada «blue pencil doctrine» —en su interpretación— bajo una perspectiva sujeta al «common law», debemos partir también de su origen y evolución desde el Asunto. Se trata de remover cláusulas no razonables de un contrato (algo que podrán hacer los Tribunales) para permitir que el mismo sea ejecutable. Es

decir, se trata de la regla de mantener la vigencia de un contrato aún a pesar de la nulidad o la invalidez declarada de alguna o algunas de las partes sus cláusulas. Y todo ello tomando en consideración la fuerza contractual que el derecho anglosajón aconseja, pero que no es desconocida en nuestro derecho más clásico. Podemos decir que existen dos grupos concretos de aplicación de dicha doctrina: por un lado, los que lo aplican de forma estricta impidiendo que los tribunales puedan completar cualquier cláusula al efecto y por ello limitada a determinados supuestos; y, por otro, los que consideran que la misma debe ser interpretada ampliamente y por lo tanto permitiendo esa utilización, en todo caso, por los Tribunales. Si marcamos una cláusula como nula (en el caso de la abusividad) resultará entonces aplicable la doctrina del TJUE que al efecto señala que «... 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 posible».

La denominada «blue pencil» entonces partía —en el caso— de una restricción del comercio a partir de una cláusula establecida en un concreto contrato. Y desde ahí la consideración de nulidad de parte de la misma por la restricción del comercio que ello suponía de forma abusiva. Desde esa restricción —declarada en términos generales nula conforme al derecho consuetudinario anglosajón— se partía de la posibilidad de dar validez al resto de la cláusula cuando cumpliera tres requisitos: 1.º Que los términos alcanzados en el acuerdo entre las partes protegieran un legítimo interés. 2.º Que dichos términos fueran razonables (equilibrio, proporcionalidad y buena fe) para ambas partes. 3.º Que los términos no fueran contrarios al orden público. En su evolución es el riesgo de ruptura contractual el que ha motivado su aplicación y por lo tanto el principio de conservación de los contratos.

En el Asunto *Daymond v. South West Water Authority*, Lord Bridge vino a afirmar que en el mismo habría de aplicarse un test apropiado de análisis sobre la ruptura substancial del contrato. En tal caso además el análisis partiría de diferenciar dos supuestos concretos de ruptura como posibles: a) ¿El texto válido sigue siendo válido en sí mismo y de forma independiente al texto no válido? En este apartado la situación no se planteaba desde la nulidad parcial de determinadas palabras de una concreta cláusula sino de partes (o sub-causas) que pertenecían a la misma. 2.º Si no es posible ese cambio porque la parte válida está afectada por la inválida, también podría hacerse por el Tribunal siempre que no haya una afectación esencial del contenido y con fundamento en la legislación aplicable.

Se trata de remover cláusulas no razonables de un contrato para permitir que el mismo sea ejecutable.

En recientes fechas el Auto del Pleno del TS de 8 de febrero de 2017, ha venido a plantear una nueva visión —a nuestro entender— de dicha doctrina, considerando la regla del *lápiz azul* para subrayar dos interpretaciones más derivados de lo anterior: a) Por un lado la posibilidad de considerar dentro de una misma cláusula la nulidad en parte de la misma, dejando el resto como válido. En realidad, no partimos de nulidad de sub-cláusulas o apartados de la cláusula, sino de palabras concretas de la redacción de la misma. b) por otro un planteamiento explícito o externo para considerar que la nulidad de dicha cláusula (en parte de la misma) no debería impedir la ejecutabilidad a la que ella se refiere. Al respecto y matizando lo anterior:

1.º Respecto del primer apartado el alto Tribunal considera lo siguiente: «Como quiera que no toda cláusula de vencimiento anticipado es *per se* abusiva, puesto que incluso tiene amparo en el Derecho español, puede darse el caso de que lo abusivo no sea todo el contenido de la cláusula enjuiciada, sino únicamente parte de la misma, que se refiere, no a la posibilidad general de acordar el vencimiento anticipado por incumplimiento, sino al número y entidad de los impagos que determinan el vencimiento anticipado. Como sucede en el caso objeto de enjuiciamiento con el supuesto del impago de una sola cuota de amortización». Lo que en realidad el TS viene a plantear es un juego de la literalidad de la cláusula en relación a los hechos que queden probados; es decir parte de considerar que si la cláusula es abusiva pero su ejercicio no ha sido abusivo, será posible (aplicando la citada Regla) la continuación de la ejecución que fundamenta la citada cláusula. En palabras del propio Tribunal Supremo: «En las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre y 79/2016, de 18 de febrero, al enjuiciar la validez de cláusulas de vencimiento anticipado incluidas en contratos de préstamo con garantía hipotecaria concertados con consumidores, el Tribunal Supremo declaró que para que este tipo de estipulaciones contractuales pudieran ser válidas deberían modular la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, y permitir al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación. No obstante, matizó que podía continuar la ejecución hipotecaria si la facultad de vencimiento se había ejercitado de modo no abusivo, por las ventajas que el proceso especial reportaba al consumidor».

2.º El segundo apartado tiene más que ver con lo explícito que con lo implícito. Pues si lo anterior se relaciona con la nulidad (por abusividad) comparada con el ejercicio no abusivo de esa cláusula, la segunda interpretación tiene más que ver con la relación existente entre la nulidad declarada y la posibilidad de seguir utilizando un procedimiento de ejecución que se fundamenta en dicha cláusula y que se permitiría precisamente por el ejercicio —de facto— no abusivo. Por lo tanto, al margen de la cláusula sería posible ejecutar porque la ley reconoce un mejor derecho al consumidor por la vía de la ejecución a la que la cláusula le lleva, que por otra diferente que tendría que «soportar» si no fuera así. En palabras del TS: «Como ya hemos dicho, las especialidades previstas a favor del deudor hipotecario consumidor cuando la ejecución tiene lugar por el proceso especial de ejecución hipotecaria no resultan aplicables en el juicio declarativo, ni en la ejecución ordinaria (no hipotecaria) subsiguiente a una sentencia de condena recaída en dicho proceso declarativo».

Desde ahí el resultado pretendido (con la primera de las preguntas formuladas) partiría de lo siguiente: «No se trata, por tanto, de un supuesto de integración de la cláusula, sino de ineficacia parcial, útil, en caso de cláusulas nulas por abusivas, en las que, eliminando la parte que se considera abusiva, el contrato subsiste con el resto de la cláusula. Es decir, tras la segregación de la cláusula, el juicio de abusividad o transparencia material se aplica a la cláusula de la manera en que resulta una vez tachadas las partes ineficaces. Por tanto, si el clausulado restante arroja un resultado razonable y transparente, debe considerarse que este es válido y eficaz, de la manera que resuelven los Tribunales Supremos de otros Estados miembros de la Unión, por ejemplo, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH), entre otras, en su Sentencia de 10 de octubre de 2013 (BGH III ZR 325/12 - NJW 2014, 141, al considerar que la separación en cuanto al contenido de una cláusula y con ello su fraccionamiento en una parte admisible y otra inadmisibile se puede producir, cuando la parte ineficaz de la cláusula admite ser tachada sin que el sentido de la otra parte se resienta». El Tribunal Supremo ya había venido defendiendo una distinción semejante en este sentido. Así en la Sentencia de fecha 11 de marzo de 2014 señala: «En este contexto, debe diferenciarse la labor interpretativa consistente en una mera y directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva, extremo que prohíbe la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia de 14 de junio de 2012, en interpretación de la directiva 93/13/CE del Consejo, de 5 de abril de 1993, del juicio de eficacia contractual resultante que necesariamente se deriva tras la declaración de abusividad de la cláusula

en cuestión. A este sentido, responde la legislación especial en la materia de condiciones generales, en donde los arts. 9.2 y 10 LCGC, permiten al Juez "aclarar la eficacia del contrato" declarando la nulidad del mismo solo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (art. 1261 CC), o determine una situación no equitativa en la posición de las partes que no puede ser subsanada. Alcance, por lo demás, concordante con la relevancia que esta Sala, de acuerdo con la orientación de los textos de armonización del Derecho de Contratos Europeo, reconoce respecto del principio de conservación de los actos y negocios jurídicos (*favor contractus*) no sólo como canon o criterio hermenéutico, sino como principio general del derecho (SSTS 17 de enero de 2013, núm. 820/2013 y 15 de enero de 2013, núm. 827/2013). Esta función comporta un juicio de la eficacia de la relación contractual objeto de examen que excede de la mera interpretación integrativa del contrato como complemento o extensión de lo acordado por las partes y, en su caso, de lo declarado abusivo, ya que encierra una auténtica valoración causal del entramado contractual resultante a los efectos de declarar el ámbito de eficacia contractual que resulte aplicable conforme, entre otros extremos, a la naturaleza y tipicidad del contrato celebrado, al engarce o conexión contractual afectada por la cláusula abusiva en cuestión y al cumplimiento obligacional observado, todo ello, conforme al principio de buena fe contractual y a la sanción del enriquecimiento injustificado por alguna de las partes». Se trataba entonces un supuesto de cláusula abusiva de donde, determinó, no podía considerarse (supuesto precisamente tratado por la referida sentencia Alemana en sentido al que ahora alude el TS) que, declarada nula una cláusula penal sancionadora, de ello pudiera derivarse «...con fundamento tanto en el juicio o valoración causal de la eficacia contractual anteriormente señalada, en donde la indemnización de daños pretendida por el predisponente tampoco encuentra asidero en los parámetros de ponderación aplicables al presente caso, ya en orden a la observancia del principio de buena fe contractual, o bien, en aras a la sanción de un enriquecimiento injustificado del adherente, como en la propia imposibilidad de moderar directamente el contenido de la cláusula declarada abusiva». Se trata entonces —aunque finalmente desestimada— de la aplicación relativa de la regla *blue pencil* de forma estricta, considerado desde otra perspectiva diferente al amparo de un derecho fundamentado, tras la declaración de nulidad de la cláusula penal sancionadora, en otro tipo de acciones.

Si analizamos el contenido de la cláusula de vencimiento anticipado que se utiliza en cualquiera de las sentencias señaladas a los efectos de aplicar el citado test y considerar qué es lo que realmente es válido respecto de lo que es inválido, el resultado que parece

perseguirse pudiera ser (aunque no aclarado por el TS en el citado Auto que plantea la cuestión prejudicial) el siguiente. Así el contenido en la 705/2015 es: «No obstante el plazo pactado, el BANCO podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los siguientes casos: a) Falta de pago en sus vencimientos de una parte cualquiera del capital del préstamo o de sus intereses». Si aplicamos el análisis anterior posiblemente la vía será la de considerar que la nulidad lo es del término «cualquiera» en relación al resto de la cláusula; de esta forma la nulidad de esa parte implicaría la posibilidad de declarar vencido el préstamo en cualquier momento, pero dejando a los Tribunales la posibilidad de ponderación de ese incumplimiento que debería ser considerado como «grave». Parecería este el camino buscado si tomamos en consideración, y solo eso, que la misma sentencia señala que «...ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es *per se* ilícita». En esa sentencia, en concreto, el propio TS utiliza la denominada regla de *blue pencil* en la primera de las acepciones que hemos señalado, al recoger lo siguiente: «Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 Cc), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas. Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para éste una penalización. Y eso es lo que, a nuestro criterio,

como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor». Se analiza entonces el carácter rupturista del contrato en los términos ejecutivos que la legislación le otorga. Sin embargo, el propio Alto Tribunal niega esa posibilidad de distinción entre válida e inválida cuando se le planteó la nulidad parcial del término «cualquiera». Así señala: «En este motivo, aun sin proclamarlo expresamente, la parte está solicitando del tribunal que proceda a la integración del contrato. Y como hemos recordado en diversas resoluciones, verbigracia la sentencia 470/2015, de 7 de septiembre, por citar solo alguna de las más recientes, "La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor... [C]omo se ha dicho, tratándose de una cuestión, la abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores, en la que el ejercicio de la soberanía ha sido cedido a la Unión Europea, los tribunales nacionales han de seguir la jurisprudencia del TJUE"». Por lo tanto, la conclusión puede ser doble: a) O bien el Alto Tribunal está buscando una respuesta diferente a la regla que en su día no quiso aplicar y que se sustentaba en la validez parcial de una determinada cláusula, siempre partiendo del carácter rupturista de la misma. b) O bien el planteamiento es buscar la segunda de las opciones señaladas: «Si no es posible ese cambio porque la parte válida está afectada por la inválida, también podría hacerse por el Tribunal (en la interpretación que hemos señalado en el Asunto Daymond v. South West Water Authority) siempre que no haya una afectación esencial del contenido y con fundamento en la legislación aplicable». Y este parece ser el fundamento esencial del Auto (que también se recogió en la STS 79/2016 citada) que plantea la cuestión prejudicial al recoger las posibles ventajas (más en la segunda de las cuestiones planteadas) del art. 693.2 LEC para el consumidor: «...la cuestión consiste en si es acorde a la Directiva 93/13/CE una

decisión de un tribunal nacional que, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (incumplimiento superiores a tres meses), valore, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: 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; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)». A nuestro entender esa respuesta ya está dada en el Asunto C-421/2014, puesto que se trató el supuesto de la aplicación de dicho precepto. Aunque la cuestión partía de —a nuestro entender— un error en la normativa temporal aplicable, lo cierto es que el alto Tribunal consideró una cláusula como propia y diferente a la normativa legal y a partir de ahí entró en los efectos de la declaración de la nulidad, señalando que esto no era posible, es decir, que no se podría acudir a otra vía que la de dejar sin efecto la citada cláusula: «Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del art. 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una cláusula abusiva, en el sentido del art. 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden depender del hecho de que esa cláusula se aplique o no en la práctica. De este modo, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter "abusivo" —en el sentido del art. 3, apartado 1, de esa Directiva— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión». La novedad radica ahora en introducir lo que ha denominado «cláusulas separables» en relación al vencimiento de «un solo plazo» y por ello en la aplicación igualmente de la doctrina de la *blue pencil rule*. Así lo afirma en el citado auto que textualmente señala: «Establecido así el debate y dada la naturaleza de la acción ejercitada en el litigio principal, estimamos necesario el planteamiento de las peticiones de decisión prejudicial a que se refiere el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a fin de determinar el alcance que debe darse a la declaración de abusividad de la previsión (cláusula separable) de que con un solo plazo impagado se puede dar por vencido anticipadamente el préstamo». El TJUE se pronunció al respeto del citado asunto considerando, en una visión lineal, que si la cláusula era declarada nula debería dar lugar a todas las consecuencias, aunque el beneficio del plazo se hubiera dado voluntariamente por la contraparte. En este sentido señala: «En estas



condiciones, tal como señaló el Abogado General en el punto 85 de sus conclusiones, la circunstancia de que, en este caso, el profesional haya observado en la práctica lo dispuesto en el art. 693, apartado 2, de la LEC y no haya iniciado el procedimiento de ejecución hipotecaria hasta que se produjo el impago de siete mensualidades, en lugar de en el momento en que se produjo la falta de pago de cualquier cantidad adeudada, tal como prevé la cláusula 6 bis del contrato controvertido en el litigio principal, no exime al juez nacional de su obligación de deducir todas las consecuencias oportunas del eventual carácter abusivo de esa cláusula». Lo que se plantea ahora no es sino limitar la abusividad declarada no a toda la cláusula sino a solo la parte de ella que motiva un elemento diferenciador (separable conforme al Tribunal Supremo) en cuanto a términos como «un plazo» o «cualquier plazo». Y desde ahí por tanto la integración con la valoración judicial de la gravedad del incumplimiento; y por tanto desplazando la posibilidad al juzgador, aunque negada por la Corte Europea a la propia contraparte (la entidad financiera).

El análisis que requeriría entonces es el de los tres elementos que hemos señalado:

- 1.º** Que los términos alcanzados en el acuerdo entre las partes protegieran un legítimo interés. Lo que en el presente supuesto parece solo protegían el interés de la entidad financiera al recoger (en los casos analizados) un solo plazo para poder dar por vencida anticipadamente la deuda. En este sentido el análisis del Tribunal casacional parte de la comparativa entre ejecución y declarativo considerando, aunque desde un punto de vista genérico, aquel mejor a este por los beneficios que entiende suponen para el consumidor.
- 2.º** Que dichos términos fueran razonables (equilibrio y proporcionalidad y buena fe) para ambas partes. Lo que en el supuesto concreto tampoco se da puesto que resultan afectados tanto el equilibrio como la proporcionalidad al fijar un plazo tan corto o indeterminado. Sobre todo, teniendo en cuenta que el legislador no solo amplía por la Ley 1/2013 dicho plazo a tres vencimientos, sino que está en trámite una reforma para ponderarlo de forma más proporcional.
- 3.º** Que los términos no fueran contrarios al orden público, lo que evidentemente tampoco se da puesto que el propio TJUE ha señalado que se contraría el orden público cuando se establecen cláusulas con este tenor.

## II. Conclusiones

Concluyendo entonces, consideramos que hemos de diferenciar entre la doctrina del «blue pencil rule» en relación al marco teórico en donde se podrá actuar, para determinar la posibilidad de aplicar la nulidad por abusiva de parte de una cláusula y aquellos requisitos que, dada esa posibilidad, deberá cumplir la misma para que finalmente los efectos puedan ser limitados. En principio por tanto acoger la citada doctrina por parte del TJUE supone una ampliación del ámbito objetivo en donde siempre se ha venido tratando en el derecho anglosajón para acomodarlo a la normativa europea, es decir más allá de las cláusulas de competencia. Para poder, además, aplicar todo ello es necesario que hablemos de posibilidad de ruptura de la relación contractual y por lo tanto de la certeza de que de no hacerlo se produzca la misma y el efecto dramático sea en perjuicio del consumidor por la vía del art. 1303 CC; algo que como hemos visto no sucederá en nuestro derecho a partir de las cláusulas abusivas (en términos generales) en donde se protege el contenido del contrato aún a pesar de la abusividad de determinadas cláusulas. A partir de ahí tendremos que considerar qué tipo de intervención queremos o cabe dentro del derecho europeo, considerando que solo cabría para el supuesto de validez de la cláusula de forma independiente al «término» declarado inválido y no para cualquier otro supuesto. Incluso llegando más allá la posibilidad de su aplicación a «términos» y no a sub-cláusulas o sub-apartados nos llevaría a una interpretación excesivamente amplia de la citada doctrina. Y por último el cumplimiento de los requisitos señalados que parece difícil de justificar conforme hemos expuesto, en esta materia.

Fuente.- Diario la Ley