

4. DERECHO BANCARIO

Integración y sustitución de cláusulas nulas por abusivas en contratos bancarios*

Integration and replacement of null clauses for abusives in bank contracts

por

CARMEN MUÑOZ GARCÍA
Profesora Titular de Universidad
Departamento de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El artículo 6.1 de la Directiva 93/13/EEC de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, impone que esta estipulación no vinculará al consumidor, aunque el resto del contrato sigue vigente «*si este puede subsistir sin la cláusula abusiva*». Pretende restablecer el equilibrio entre las partes, y preservar la validez del contrato en su totalidad. El problema es que la eliminación de la cláusula abusiva produzca la nulidad del contrato con consecuencias negativas para el consumidor. En este supuesto, excepcionalmente, el juez civil debe integrar el contrato y sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria del Derecho interno. Es la necesaria integración del contrato para tutelar al consumidor.

ABSTRACT: Article 6.1 of the Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts requires that these clause are not binding on the consumer, while the remainder of the contract continues to bind the parties «*if it is capable of continuing in existence without the unfair terms*». It aims restore the balance between the parties, through removing unfair terms from the contract while and preserve the validity of the contract as a whole. The problem is that the elimination of an unfair contract term could causes the nullity of the contract with negative consequences for the consumer. In this case, exceptionally, with these conditions, national courts can replace an unfair contract term with a complementary provision of national legislation to avoid nullity of the contract. Is the necessary integration of the contract to protect the consumer.

PALABRAS CLAVE: Las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Norma imperativa. Restablecer el equilibrio entre las partes, preservar la validez del contrato. Sustituir una cláusula abusiva nula. Contrato de préstamo hipotecario.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R); así como del Grupo de Investigación UCM 971680 «Derecho de Daños. Derecho de la contratación», validado por la Agencia Estatal de Investigación (AEI) del MINECO.

KEY WORDS: *Unfair terms are not binding on the consumer. Mandatory provision. Restore the balance between the parties. To preserve validity of the contract. Replace an unfair contract term. Integration and replacement. Mortgage loan contract.*

SUMARIO: I. ALGUNOS ASPECTOS PREVIOS.—II. LA INTEGRACIÓN EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES, Y CON CLÁUSULAS ABUSIVAS: 1. EL SUPUESTO QUE SIRVE DE BASE PARA ADMITIR LA INTEGRACIÓN. 2. LOS CRITERIOS DEL TJUE PARA RECHAZAR LA INTEGRACIÓN DE LA CLÁUSULA QUE «NO VINCULARÁ». MATIZACIONES.—III. ARMONIZAR LA IMPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 CON LA SUBSISTENCIA DEL CONTRATO: 1. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA. 2. LA EXCEPCIÓN: INTEGRAR CUANDO EL CONTRATO NO PUEDE SUBSISTIR Y CON PERJUICIO AL CONSUMIDOR.—IV. LA INTEGRACIÓN EN LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 693 LEC Y 24.1 DE LA LCCI.—V. LA POSTURA DEL CONSUMIDOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS.—VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. ALGUNOS ASPECTOS PREVIOS

En este estudio pretendo cuestionar si es posible la integración de los contratos con consumidores en los que se declara nula una cláusula por abusiva y esta es expulsada del contrato. Como cuestión previa señalamos que, con el fin de resolver los continuos y nada pacíficos problemas que suscita la determinación del contenido del contrato, es necesario: (i) por un lado, interpretar la voluntad de las partes, lo realmente querido por estas conforme a las reglas contenidas en los artículos 1281 a 1288 del Código civil, y para cuando no sea posible conforme a las anteriores, el artículo 1289 del Código civil impone que se tengan en cuenta si las dudas recaen sobre «*circunstancias accidentales del contrato*» o bien «*sobre el objeto principal*», para en su caso, que estas se resuelvan a favor de la mayor reciprocidad de intereses, en el primero de los supuestos, y mediante la nulidad del contrato en el segundo de ellos; (ii) por otro, será preciso calificar el contrato para conocer el régimen jurídico aplicable, tanto imperativo como dispositivo, y finalmente (iii) será preciso integrar el contrato con arreglo al ordenamiento, los usos y la buena fe (art. 1258 del CC).

Como bien se dice, se interpreta lo que está y se integra lo que no está. Ahora bien, respecto de esto último y cuando la interpretación para conocer el contenido del contrato no ha sido suficiente, no será lo mismo integrar supliendo lo que falta, e incorporando reglas al contrato que según la naturaleza de la obligación, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, y en circunstancias entre iguales (ya sea entre particulares o entre empresas, o entre unos y otros en contratos celebrados con luz y taquígrafos), que suplir lagunas en contratos con consumidores. En este último contexto, y dejando al margen la regla general contenida en el artículo 61 del TRLGDCU, sobre integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato con consumidores, donde prima el principio de buena fe del artículo 1258 del Código civil y prevalecen las interpretaciones más favorables para la protección del consumidor, nos cuestionamos si cabe la integración en un ámbito aún más concreto, aunque no por ello menos frecuente: cuando el vacío contractual con consumidores se produce por haber mediado

una cláusula abusiva. En este caso, cuando la estipulación constatada como contraria a la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas, es declarada nula, «no vinculará» al adherente, conforme el artículo 6.1 de la norma europea citada, lo que supone, en términos de la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 asunto GUTIÉRREZ NARANJO¹, apartado 61, que la cláusula «*nunca ha existido de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula*».

Ante esta consecuencia extrema de excluir la aplicación de la cláusula nula, puede plantearse si el contrato puede subsistir y de no ser así, si la anulación en su totalidad de este expone al consumidor a consecuencias no queridas por el adherente y contrarias a la finalidad de la Directiva 93/13. Ante la nulidad absoluta del contrato con perjuicio para el consumidor, integrar el contrato es la alternativa posible. Por lo que, habrá de concretarse si es posible la integración, y en que supuestos, y si integrar supone modificar la cláusula, sustituirla, o simplemente expulsarla del contrato. Ante esta eventual situación, la ley, la doctrina y la jurisprudencia española y europea no han permanecido impasibles. Este será el primer escollo a superar.

II. LA INTEGRACIÓN EN CONTRATOS CON CONSUMIDORES, Y CON CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. EL SUPUESTO QUE SIRVE DE BASE PARA ADMITIR LA INTEGRACIÓN

Bastará en este momento con acudir a un ejemplo de enorme significación por haber sido objeto de sentencias tanto del Tribunal Supremo como de sentencias del TJUE. Así, los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, donde la cláusula de vencimiento anticipado se constituye en una estipulación esencial de la singular relación jurídica, y cuya supresión afecta a la naturaleza misma del contrato. No parece una cuestión baladí, entre otras razones, por las siguientes. Es práctica habitual que, en un crédito hipotecario, caracterizado por ser un contrato de larga duración por el que el deudor se obliga a hacer pagos parciales durante la duración del préstamo, se pacte que ante el incumplimiento de un número determinado de cuotas periódicas, se pueda activar por el prestamista el vencimiento anticipado de dicho préstamo, reclamando el capital pendiente, los intereses y gastos que procedan². Su incorporación permite poner en marcha la ejecución hipotecaria³ por cualquier incumplimiento del prestatario, en la mayoría de los casos sin modular la gravedad cuantitativa y cualitativa del incumplimiento, esto es, sin atender a la duración del préstamo, a los plazos y cuantías impagadas, o al momento en el que se produce el incumplimiento, que puede ser al comienzo o al final de vida de este. En este contexto, constatar el carácter abusivo de la cláusula, si no ha sido negociada individualmente, parece que podría evitar el fatal desenlace para quien anticipadamente se ve obligado al pago de la totalidad de la deuda.

Ahora bien, lo dicho hasta aquí, en esta hipótesis, por sí solo no parece suficiente. Expulsar del contrato la cláusula abusiva puede determinar en algunos casos el fin de la relación obligacional, y exponer a las partes ante una situación no deseada. La integración del contrato mediante la sustitución por una disposición supletoria resulta ser la alternativa para mantener el vínculo contractual.

A falta de la cláusula de vencimiento anticipado, para integrar la laguna producida por la supresión de la cláusula abusiva y que podría derivar en la nulidad del contrato, es necesario integrar el contrato con una norma supletoria del Derecho interno. En este caso, tratándose de una obligación recíproca, el acreedor tiene otra alternativa al amparo del artículo 1124 del Código civil. Puede iniciar un juicio declarativo en el que puede pedir la resolución del contrato con restitución recíproca de las prestaciones, o exigir el cumplimiento de las obligaciones, con exigencia de todas las cantidades pendientes de pago y sus correspondientes intereses. Además de poner fin a la relación contractual, la acción resolutoria amparada en el artículo 1124 del Código civil posibilita que el acreedor pueda reclamar daños y perjuicios. Por otro lado, la sentencia firme que recaiga en este juicio declarativo podrá ser objeto de ejecución, y se podrán embargar y subastar todos los bienes del deudor, incluyendo su vivienda habitual. Sin duda, por una u otra vía, aunque con procedimientos y tiempos diferentes, el prestatario puede poner fin anticipadamente a la relación jurídico obligacional de manera abrupta y con consecuencias de difícil cuantificación para el deudor⁴. Si bien, en el supuesto de la resolución por incumplimiento del consumidor, este debe ser grave o esencial, y en este caso, tras la Ley 5/2015, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), la resolución, al menos, deberá ajustarse a los requisitos fijados en el artículo 24.1 de dicha norma.

¿Cuándo puede el acreedor instar su derecho por perder el deudor el derecho al plazo? Los cambios en la normativa se han sucedido en los últimos tiempos. En concreto, para los créditos hipotecarios, conforme al artículo 693.2 de la LEC (norma dispositiva), se permite reclamar la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si así se hubiese convenido, y aunque inicialmente, cabía el vencimiento total en caso de falta de pago de, «*alguno de los plazos*» (LEC, en su redacción originaria), «*de, al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago*», en una primera modificación, tras redacción dada por Ley 19/2015), y finalmente, tras la disposición final quinta de la Ley 5/2019 (LCCI) que modifica este, «*siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria*», es claro que lo dispuesto por el artículo 24 de la citada Ley 5/2019 que traspone la Directiva 2014/17, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, constituye, sin duda, una tutela mayor para las partes y mayores posibilidades de subsistencia del contrato.

2. LOS CRITERIOS DEL TJUE PARA RECHAZAR LA INTEGRACIÓN DE LA CLÁUSULA QUE «NO VINCULARÁ». MATIZACIONES

El problema surge cuando en la primera de las hipótesis, de declararse la nulidad de la cláusula por abusiva, esta es expulsada del contrato. A bote pronto, eliminada la cláusula se acaba el problema, sin embargo, nada más lejos de la realidad. La razón es clara, no es, ni puede ser lo mismo, suprimir una estipulación predisuelta que regulando aspectos accesorios del contrato, sea contraria a la buena fe y justo equilibrio entre los contratantes (art. 3.1 Directiva 93/13), que eliminar la cláusula predisuelta que regula el objeto principal del contrato, y que sin ser abusiva, puede serlo si no ha sido redactada de manera clara y

comprensible (art. 4.2 de la Directiva 93/13)⁵. Si eliminamos esta última, en un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, «la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia»⁶, por lo que, declarada la nulidad, y sin cláusula que la sustituya, faltaría un elemento esencial del contrato de préstamo hipotecario, y este no podría subsistir⁷. Ahora bien, ¿es esto lo que quiere el consumidor? Probablemente prefiera que subsista el contrato, y en este caso hay que suplir la laguna que deja la cláusula abusiva con la fórmula legal supletoria, de lo contrario, no hay contrato. La denostada fórmula de integrar el contrato y suplir la cláusula nula, quizás sea la mejor de las soluciones.

Sin embargo, esta posibilidad de integrar un contrato con Derecho supletorio, fue vetada al juez nacional tras la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, en el asunto *Banco Español de Crédito* (C-618/10), en el marco de un proceso monitorio, en el que el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Sabadell declaró de oficio, nula de pleno derecho, una cláusula de intereses moratorios por abusiva. Recurrida por la entidad bancaria, la Audiencia Provincial de Barcelona plantea cuestión prejudicial. En la sentencia citada, el Tribunal europeo determinó que la facultad de integración del contrato admitida inicialmente en el artículo 83.2 del RDLeg. 1/2007, conforme al que: «la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y al principio de buena fe objetiva», era contraria a la Directiva 93/13. Por otro lado, también la anterior redacción atribuía otras facultades al juez que declarase la nulidad de dichas cláusulas, en este caso «*moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario*». Finalmente, y solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el juez declarar la ineficacia del contrato», dejando sin efecto el contrato.

Para dar cumplimiento a la sentencia antedicha, y considerado que la facultad de integración del contrato concedida al juez era contraria a la norma europea, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica la normativa de consumidores, en el artículo único 27, suprime dicha facultad de integrar la parte del contrato afectada por la abusividad, y determina en el artículo 83.1 del TRLGDCU que «*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*». Sin duda, la STJUE de 12 de junio de 2012 asunto *Banesto*, parece que constituye un punto de no retorno frente a la anterior previsión legal, una vez que la facultad de integrar la cláusula o el contrato, modificando el contenido de la estipulación abusiva, es contraria al artículo 6.1 de la Directiva 93/13⁸. Esta postura se mantendrá como regla general, pero posteriores resoluciones judiciales admitirán excepciones a la misma que alterarán el *status quo* vigente. Las sentencias dictadas por el TJUE, de fechas 30 de abril de 2014 asunto *Kásler* (apartados 80 a 84), de 21 de enero de 2015 asunto *Unicaja Banco, S.A.* (apartados 31 a 33), o la de fecha 26 de marzo de 2019 asunto *Abanca* (apartado 56), tomaron en consideración lo antedicho, y matizaron el principio.

Lo cierto es que, la facultad atribuida al juez interno, de modificar el contenido de las cláusulas abusivas para integrar la parte afectada por la nulidad conforme dispone el artículo 1258 del Código civil y el principio de buena fe objetiva, puede poner en peligro la consecución del objetivo principal de la Di-

rectiva 93/13, una vez que la mencionada facultad «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 consumidores»⁹. Sin embargo, en algunas ocasiones, la integración del contrato puede ser la única opción para mantener a salvo la relación contractual, con los menores perjuicios al consumidor adherente. Al fin y a la postre, se trata de establecer, o recomponer, el equilibrio de la relación contractual duradera, y el contrato de préstamo hipotecario no podrá subsistir «si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa» como así precisa la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019.

La cuestión de fondo, es siempre, examinar si estamos ante una cláusula relativa a elementos esenciales del contrato, ateniéndonos a la particular relación obligacional, y determinar si existiendo una cláusula que puede ser abusiva, el contrato podrá o no subsistir sin cambiar su naturaleza jurídica. Porque si esta cambia, por ejemplo porque deja de existir la garantía hipotecaria, el préstamo será otro, y dejaremos de estar ante la relación contractual inicialmente pactada. Probablemente, aún subsistiendo el contrato de préstamo, que sería no hipotecario por faltar la garantía hipotecaria, las condiciones no deberían ser las mismas, los intereses tampoco, y las garantías deberían completarse. Sea como fuere, la supresión de la cláusula sin más, perjudica al consumidor adherente, creando un vacío que determina consecuencias perniciosas para el sujeto más protegido por la Directiva 93/13. Y esto sí, iría contra la finalidad misma de la norma europea y contra el deber de integrar el contrato del artículo 65 del TRLGDCU, que ordena que «los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme el principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información contractual relevante».

La sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria* (as. acumulados C-70/17 y C-179/17)¹⁰, matiza la férrea oposición a la integración inicialmente determinada en el asunto *Banesto* (2012). La resolución analizaba si una cláusula que abría la ejecución hipotecaria, con elementos que parecían determinar su abusividad, —funda la resolución del contrato en el impago de una sola cuota—, debía desaparecer del contrato y tenerse por no puesta. Su desaparición sin integración posible, podría suponer la no subsistencia del contrato y exponer al consumidor a consecuencias más lesivas, probablemente no queridas por este. Por lo que el TJUE entiende aplicable el artículo 693.2 LEC que permite instar la ejecución hipotecaria tras el impago no de una cuota, sino de tres. En este contexto, ante la nulidad de una cláusula predispuesta sobre elemento esencial de un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, el Tribunal europeo admite que la laguna en el contrato puede resolverse vía integración con una norma supletoria del Derecho interno, por lo que los tribunales internos deberán llevar a cabo las comprobaciones y comparaciones necesarias (apartado 62 y 64 de la sentencia). En concreto, en la declaración final de la misma se concluye que:

«Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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 de que, por otra parte, esos mismos artículos 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»

Mientras tanto, las ejecuciones hipotecarias con causa en la cláusula de vencimiento anticipado y que estaban a la espera del fallo por el Tribunal europeo, se encontraron con una nueva regulación de la materia. La Ley 5/2015, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), que entraría en vigor tres meses después y que establecía un nuevo régimen más favorable. ¿Podría el juez nacional poner remedio a la cláusula que declara nula, sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que mejora la posición jurisdiccional de los adherentes? Es una solución aplicar la Ley de Crédito inmobiliario a los procesos ya iniciados, una vez que prevé que, el vencimiento anticipado en la primera mitad del préstamo solo se producirá ante el impago de 12 cuotas, mientras que, si se produce en la segunda mitad del préstamo, el impago exigido será por 15 cuotas. Evidentemente, de 12 o 15 impagos a los 3 que permitió el TJUE en la Sentencia de 23 de marzo de 2019, hay una diferencia importante, siendo la nueva Ley de crédito inmobiliario más garantista y tuteladora de los derechos del consumidor. Su aplicación desde su publicación cumple los objetivos mismos de la Directiva 93/13, que en sus artículos 7 y 8 obliga a los Estados miembro a velar porque cese el uso de cláusulas abusivas y posibilita que se garantice a los consumidores mayores niveles de protección que los reconocidos desde la Unión.

Sin duda, el sistema de protección de la Directiva constituye un asunto de «interés público»¹¹, que tiene como objetivo la tutela eficaz a los consumidores, no solo abordando las situaciones de desequilibrio entre las partes, sino también disuadiendo a los profesionales de utilizar cláusulas abusivas que repercutirá en recuperar la confianza en los operadores bancarios, y redundará en beneficio de todos. El carácter imperativo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto a que las cláusulas contractuales abusivas no son vinculantes para los consumidores, determinan así su ineficacia e impiden su modificación o moderación, lo que excluye cualquier consideración a aplicar la técnica denominada por algunos autores de *blue pencil rule*¹², o lo que es lo mismo, realizar una tachadura sobre el papel, eliminando lo que es abusivo y manteniendo la eficacia de lo que es conforme a Derecho. La Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 la rechaza de plano.

III. ARMONIZAR LA IMPERATIVIDAD DEL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 CON LA SUBSISTENCIA DEL CONTRATO

Sabida la imperatividad del artículo 6.1 de la Directiva 93/13, y su consideración como norma equivalente a las de Derecho interno que tienen rango de normas de orden público, la declaración de abusividad de una cláusula determinará la supresión de la estipulación nula, y en ocasiones, pondrá en riesgo la subsistencia del contrato. En este caso ¿cómo mantener el objetivo de la tutela del consumidor frente a las cláusulas abusivas? Una de las cuestiones pendiente de resolver en nuestro Derecho es la posible admisión por el Derecho europeo de

la integración del contrato para rellenar la laguna cuando la cláusula predispuesta es expulsada de este. Cierto es que en unos casos el contrato podrá subsistir sin la cláusula abusiva si esta solo regula derechos y obligaciones de las partes, porque suprimirla supone restablecer el equilibrio inicialmente sustraído por dicha estipulación, como por ejemplo, dejando sin efecto la cláusula de sumisión a la jurisdicción de los tribunales que beneficia al predisponente. Sin embargo, no siempre será posible, ni admisible en Derecho.

Hay otros supuestos, aquellos en los que la cláusula que regula el objeto principal del contrato (el precio, el cálculo de los intereses remuneratorios, o la de vencimiento anticipado en un préstamo con garantía hipotecaria), no es suficientemente clara y transparente, por lo que constatada como abusiva procede su expulsión del contrato, y sin ella, *prima facie*, el contrato no puede subsistir, entre otras razones porque se trata de un elemento esencial del contrato, y por otro, porque su supresión supone modificar la naturaleza misma del objeto principal del mismo. En estos casos, con tal determinación, habrá que ver si la imposibilidad de subsistencia perjudica al consumidor; este al que la Directiva 93/13 impone proteger. Para evitar la ineficacia del contrato, integrar la normativa interna aplicable parece la mejor de las soluciones. Sin embargo, el Tribunal europeo no siempre ha respondido en la misma dirección. En el asunto *Banesto* (2012) reconoció que el artículo 6.1 de la Directiva en cuanto al carácter no vinculante de las cláusulas abusivas se opone a que el juez nacional integre dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Y lo que es más reprochable, lo hizo sin tener en cuenta cuando dicha estipulación es accesoría o es esencial, aunque es cierto que la sentencia se produce en el contexto del artículo 3.1 de la Directiva, en cuanto cláusula predispuesta, que en detrimento del consumidor, y pese a las exigencias de buena fe, causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, y cuyas consecuencias, indiscutiblemente, es que *no vincularán* al adherente, como impone el artículo 6.1 de dicha Directiva.

La regla general admitirá excepciones. El TJUE contemplará en algunos supuestos, la sustitución de la cláusula contractual que se constata como abusiva, para los casos en los que la declaración judicial de nulidad, obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, con pérdida de derechos del consumidor, y muy probablemente con la oposición de este. Con ello, excepcionalmente, la integración del contrato es posible y sirve a la finalidad de la Directiva. No se trata de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que alteren la tutela dispensada por el Derecho europeo, sino de integrar con normas del Derecho interno la laguna del contrato para la subsistencia de este. Cuando de lo contrario, la relación contractual no se mantendría y probablemente expondría al consumidor a consecuencias lesivas no queridas por este.

¿En qué sentido es posible la integración sustituyendo la cláusula nula por disposiciones supletorias del Derecho interno? El contenido del contrato no solo viene determinado por las cláusulas negociadas y predispuestas, además, hay otras reglas que forman parte de su contenido, obligando a las partes, como dice el artículo 1258 del Código civil «*no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*». Por lo que la labor interpretativa y también integradora del juez, exige de una intervención proactiva de jueces y magistrados, que garanticen el efecto útil de la Directiva 93/13. Una protección efectiva de los derechos de los consumidores que obliga esencialmente a los tribunales internos y a los Estados, y para cuyo fortalecimiento y mejora no faltan iniciativas desde la Unión Europea. Aunque estas, siguen siendo insuficientes. No lo son los aspec-

tos que hasta ahora se incorporan en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican entre otras la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. En principio, la modificación en esta solo alcanza a la inserción de un nuevo artículo 8 ter sobre sanciones administrativas, con el objetivo de que los Estados establezcan multas efectivas, proporcionadas y disuasorias que garanticen el efecto útil de la Directiva¹³.

Más decisiva puede ser la Comunicación de la Comisión Europea, que publicada el 27 de septiembre de 2019, contiene Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. En consonancia con lo dicho, tras ponerse de manifiesto que estamos ante «una Directiva basada en principios» y que constituye «un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior», se valoró positivamente su eficacia en proporcionar «un alto nivel de protección del consumidor», aunque se admitió, como aspecto negativo, que exista «una cierta falta de claridad con respecto a la interpretación de esta Directiva y su aplicación», principalmente, en aspectos que afectan a cláusulas relacionadas con el precio y el objeto principal del contrato, y con las consecuencias jurídicas de la declaración de abusividad. En estas, el tema de la integración adquiere una gran relevancia. Veamos pues, cual es la interpretación que ha apuntado la Comisión Europea en estas Directrices.

1. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO VINCULACIÓN DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

La doctrina jurisprudencial europea ha dejado claro que conforme al artículo 6.1 de la Directiva 93/13, el juez interno que conoce de una cláusula contractual abusiva está obligado a dejarla sin aplicación, sin que produzca efectos vinculantes frente al consumidor. En la Comunicación de la Comisión, la novedad está en que se fija, bajo el título genérico acerca del «carácter no vinculante de cláusulas contractuales abusivas (artículo 6. Apartado 1 de la Directiva 93/13)», subsección 4.3, unas directrices específicas para las estipulaciones que contienen «derechos y obligaciones de las partes del contrato», con alusión expresa a los supuestos del artículo 3.1 de dicha Directiva, lo que parece confirmar que solo va referido a las cláusulas accesorias. De ahí que, cuando se trata de la nulidad por abusiva de una cláusula que no regula el objeto principal del contrato, la supresión de la cláusula no tiene por qué afectar a la subsistencia de la relación vinculante, se expulsa sin más.

El efecto útil de la Directiva 93/13, y que estemos en presencia de un tema de *interés público*, impide plantear la revisión o subsanación de la cláusula abusiva. Esto implicaría admitir que la estipulación siga siendo parcialmente vinculante. No sería mala solución para el empresario, que habría logrado obtener un beneficio por la subsistencia parcial de una cláusula nula, disminuyendo la eficacia de la norma europea. Por esta razón, no cabe mantener vigencia alguna de dicha estipulación nula por abusiva. Solo a través de la consecuencia jurídica descrita, con la obligación de declarar el carácter no vinculante de la cláusula predispuesta indebida, se alcanza la eficacia útil de la Directiva y el efecto disuasorio respecto de los predisponentes impuesto en el artículo 6.1 de la Directiva. El contrato subsistirá a pesar de la no aplicación de la cláusula. Por las mismas razones, la supresión parcial de una estipulación abusiva, parece también inadmisibles.

Es una cuestión de interés público como así ha sido declarado por varias sentencias del Tribunal de Luxemburgo, entre otras, la dictada en el asunto

Mostaza Claro (2006)¹⁴, que obliga al juez civil a apreciar de oficio el carácter abusivo, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios, como así se deriva de lo resuelto en el asunto *Pannon* (2009)¹⁵.

2. LA EXCEPCIÓN: INTEGRAR CUANDO EL CONTRATO NO PUEDE SUBSISTIR CON PERJUICIO AL CONSUMIDOR

Por otra parte, frente al principio anterior, de no vinculación de las cláusulas abusivas junto con la «prohibición de revisarlas» (en términos de las directrices, subsección 4.3.1), por el que el juez nacional está obligado a dejar sin aplicación la cláusula abusiva sin posibilidad de variación de contenido, siempre que el contrato «pueda subsistir», la jurisprudencia europea ha dejado claro que habrá excepciones a dicho principio o regla general ¿en qué supuestos? Cuando el contrato no pueda subsistir sin la estipulación abusiva, y con ello se produzcan consecuencias no queridas por el consumidor adherente. De lo contrario, la nulidad vendría a penalizarle¹⁶.

Este constituye el principal problema en el supuesto de que estemos en presencia de cláusulas que recayendo sobre elementos esenciales del contrato, han carecido de la transparencia formal y material necesaria, y se constata que son abusivas. La consideración como tal, expulsará a la estipulación abusiva del contrato dejando una laguna esencial en la mayoría de los casos. Si bien, no en todos estos supuestos la supresión impedirá la subsistencia del vínculo contractual.

Es obvio que aun cuando no se trata de la falta de un elemento accesorio, sino todo lo contrario, de una cláusula que regula el objeto principal del contrato, sin el cual, la relación contractual no puede subsistir, habrá casos, excepcionalmente, en los que sí sea posible expulsar la cláusula sobre elementos esenciales, y que el contrato siga vigente. La cláusula suelo es el ejemplo de la posible subsistencia del contrato a pesar de la completa ineficacia de la misma. Pero habrá otros supuestos, como es la estipulación del vencimiento anticipado en el préstamo con garantía hipotecaria¹⁷, que 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 obligatorio¹⁸. En esta hipótesis, si la cláusula resulta ser abusiva, su supresión, sin sustitución, cambiaría la propia naturaleza del contrato de préstamo hipotecario. Bien es verdad que subsiste el remedio fijado en el artículo 1124 del Código civil para el caso de incumplimiento grave, y que deja abierta la vía a un procedimiento declarativo ordinario para promover la resolución del contrato con indemnización de daños y perjuicios, aunque en esta, el acreedor no goza del privilegio que sí ostenta en el procedimiento de ejecución hipotecaria. En este caso, si la cláusula fuese abusiva, esta regla constituye una norma dispositiva que sustituiría al vencimiento anticipado. Con la LCCI en vigor, la integración excepcional vendrá a resolverse vía 1124 del Código civil, si bien, y para considerar que existe incumplimiento grave en el impago de cuotas para pretender la resolución, habrán de cumplirse, al menos, los requisitos fijados en el artículo 24.1 de la LCCI.

En todo caso insisto, el principio de no integrar modificando el contenido sigue plenamente vigente, aunque el Tribunal de Luxemburgo admite la integración supliendo lagunas si concurre los requisitos antedichos: (i) que la declaración de la nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, (ii) y que de ese modo, a consecuencia de la no vinculación más absoluta, el consumidor adherente quede expuesto a consecuencias de tal índole

que representan para este una penalización extrema (Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 asunto *Kásler*). Por lo que admitir la excepción es obligado para cumplir el objetivo del artículo 6.1 de la Directiva 93/13: garantizar el efecto útil de la norma europea, salvaguardando los intereses del consumidor sin penalizarle. De ahí que, la subsistencia del contrato, reconstruyendo este y determinando su contenido sin alterar su naturaleza, mediante la aplicación de la previsión normativa del Derecho interno, en el lugar de la cláusula nula es en algunos casos, obligado, si así consiente el adherente. De lo contrario, se menoscabaría el principio de primacía y el de efectividad del Derecho europeo.

En el asunto *Kásler* (2014), *Unicaja* (2015), *Abanca* (2019), y también en la Sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019 dictada en el asunto *Dziubak*¹⁹, el Tribunal europeo, en relación en todos estos supuestos de cláusulas que regulan el objeto principal del contrato, resolverá que, constatado el carácter abusivo de estipulaciones, que determina que el contrato no puede subsistir sin tales cláusulas, debido a que su supresión tendría como consecuencia modificar la naturaleza del objeto principal del contrato, el juez estará obligado a no aplicarla, teniendo en cuenta los efectos realmente previsibles para el consumidor adherente (apartados 48 a 50 *Dziubak*). Para valorarlo, continúa diciendo, deberá atender a las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, «no sus intereses en las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato en cuestión» (apartado 51), solo así, se indica en el asunto *Dziubak*, se reemplaza el equilibrio entre las partes.

En definitiva, el alcance de la regla general contenida en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, en cuanto que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, son inaplicables y no pueden integrarse modificando su contenido, no impide que, excepcionalmente, cuando el contrato no pueda subsistir sin esa cláusula y se cause un perjuicio no deseado por el consumidor adherente, el juez nacional (i) para preservar la validez del contrato y (ii) restableciendo el desequilibrio inicialmente preestablecido por una cláusula, sustituya una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho interno, a mayor abundamiento, si la norma es imperativa, como es el caso de supuesto contemplado en el artículo 24.1 de la LCCI sobre la cláusula de vencimiento anticipado «en los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial», principalmente.

IV. LA INTEGRACIÓN EN LA PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES. APLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 693 LEC Y 24.1 DE LA LCCI

Nuestro Derecho interno admite, conforme al artículo 1129 del Código civil la posibilidad de que el acreedor pueda poner fin anticipadamente al contrato de préstamo y reclamar la totalidad de lo adeudado antes del vencimiento del plazo pactado, por impago de cuotas por parte del deudor, perdiendo este el derecho a utilizar el plazo. También admite, conforme al artículo 1124 del Código, la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento grave. A su vez, en el contexto de los créditos hipotecarios, si así se ha convenido, la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado está expresamente contemplada en el artículo 693.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La disposición final quinta, apartado dos, de modificación de artículo 693.2 de la LEC, con remisión expresa al artículo 24 de la LCCI, cuando el préstamo

hipotecario recaiga sobre vivienda o la adquisición de inmuebles para uso residencial, determina que:

«Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses en los términos en los que así se hubiese convenido en la escritura de constitución y consten en el asiento respectivo. Siempre que se trate de un préstamo o crédito concluido por una persona física y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, se estará a lo que prescriben el artículo 24 de la Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en su caso, el artículo 129 bis de la Ley Hipotecaria».

Para los contratos preexistentes, aun cuando en términos generales se confirma que la LCCI no se aplicará a los contratos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta nueva regulación (BOE de 16 de marzo de 2019, entrada en vigor a los tres meses), la Disposición transitoria primera, apartado 4, admite la aplicación de la regla del artículo 24 de la LCCI, siempre que el deudor esté conforme. Así:

«Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no».

La remisión al artículo 24, para el supuesto en el que el contrato contenga una cláusula de vencimiento anticipado, obliga a considerar cuando el incumplimiento puede estimarse como grave. Pero es que igual regla se aplicaría en caso de que la estipulación sea nula por abusiva y sea necesario acudir a la integración de la laguna para que el contrato pueda subsistir.

Con estos mimbres, el Tribunal Supremo ha admitido que la cláusula de vencimiento anticipado, esencial porque configura la naturaleza misma del préstamo con garantía hipotecaria, constatada su nulidad por abusividad, se sustituya por la disposición legal que inspiró la redacción del artículo 693.2 de la LEC, primero tras la reforma del año 2013 y por lo que quedaría así: del año 2013, y finalmente tras la modificación, con efectos de 16 de junio de 2019, por la disposición final 5.2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo. La Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno, de 11 de septiembre de 2019 así lo confirma cuando indica en el FJ octavo que, *«pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al artículo 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013... era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el artículo 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa»*. Admite así, la integración del contrato mediante la sustitución de una regla interna más favorable, una vez más, para la salvaguarda de la relación contractual que además evite consecuencias más perjudiciales para el adherente, incluso, cuando la norma más favorable sea posterior a la celebración del contrato. Recuerda además, teniendo en cuenta jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que la integración —a la que denomina en este párrafo *«interpretación»*— es necesaria y posible, y para ello los jueces nacionales deberán examinar caso por caso *«comprobar si se cumplen o no los requisitos del artículo 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*

(LCCI), puesto que STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda».

V. LA POSTURA DEL CONSUMIDOR

Si el consumidor puede transigir (sobre la transacción hablaremos en otra ocasión), allanarse, desistir de una acción o renunciar cuando puede ejercitar un derecho, como no va a poder manifestarse en contra de la nulidad de una cláusula o incluso la sustitución de esta por una norma potestativa que le perjudica. Llegamos así a la verdadera razón de ser de este estudio acerca de la si suprimida la facultad integradora del juez por la vía de la modificación del contenido de una cláusula constatada como nula, es posible garantizar a los consumidores la tutela judicial efectiva frente a las cláusulas abusivas, vía integración del derecho aplicable para mantener la pervivencia del contrato. La novedad la aporta definitivamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres autos de 3 de julio de 2019, que sirve de fundamento a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2019.

No faltarán nuevos argumentos a favor de conocer la voluntad expresa del consumidor respecto de admitir las consecuencias producidas por la nulidad de una cláusulas que le perjudican. La voluntad será determinante como confirma la Sentencia de 30 de abril de 2014 asunto *Kásler Káslerné Rábai* (C-26,13)²⁰. Más rotunda la Sentencia dictada por el TUJE el 3 de octubre de 2019 en el asunto *Dziubak*, que hará especial hincapié en que la voluntad de consumidor acerca de las consecuencias provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, será determinante. La reciente Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, asunto *Gómez del Moral* (C-125/18), aunque de soslayo, no hace más que avalar lo antedicho.

VI. CONCLUSIONES

De todo lo que antecede se puede concluir que, aun cuando la sentencia dictada en el asunto *Banesto* (2012) se mostró contraria a la facultad integradora del juez interno ante la existencia de una cláusula abusiva, el asunto *Káiser* (2014) ha excepcionado dicho impedimento una vez que, se declara la idoneidad de sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional, lo que se ajusta al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. La sentencia del TJUE dictada en el asunto *Abanca* (2019) hace especial hincapié en esta doctrina, y pone de manifiesto que habrá supuestos, aquellos en los que la nulidad recaiga sobre cláusulas que contienen elementos esenciales del contrato, que de ser expulsadas de este, sin alternativa, el contrato no podrá subsistir. Con esta premisa, en beneficio del consumidor; la jurisprudencia del Tribunal de Justicia determina que, para evitar la nulidad de todo el contrato con efectos desfavorables para el adherente, deberá valorarse la aplicación, en su lugar, de una norma supletoria de Derecho interno que supla la laguna que deja la expulsión de la cláusula abusiva. De lo contrario, se producirían unas consecuencias que representan una clara *penalización* para el adherente. Solo así, se salvaguarda la tan manida tutela judicial efectiva de los consumidores, y se garantiza la efectividad de los derechos reconocidos a los justiciables por la Directiva 93/13. Es esta una obligación de los Estados, consagrada en

el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que promueve el equilibrio entre las partes, recupera la confianza de los consumidores en los mercados y posibilita el crecimiento y la mejora del sistema financiero. De lo contrario, se menoscabaría el principio de primacía y el de efectividad del Derecho europeo. Por lo que podemos concluir:

I. Es fundamental distinguir que la nulidad afecte a una cláusula accesoria del contrato o que afecte a un elemento esencial del mismo. Para este último caso, la supresión de la estipulación abusiva puede comprometer la subsistencia del contrato, y producir un efecto no querido por el consumidor.

II. La Directiva 93/13 admite que, en los casos de cláusulas que afecten al objeto principal del contrato, estas deben redactarse de manera clara y comprensible, para que el consumidor tenga conocimiento cierto del alcance y contenido de la estipulación. En caso de duda, «deberá prevalecer la interpretación más favorable para el consumidor» como determina en el considerando 20 y artículo 5 de la Directiva. Aun así, constatada la existencia de una cláusula abusiva, esta, por aplicación del artículo 6.1 de la Directiva no vinculará al adherente.

III. Lograr la máxima eficacia de la Directiva sobre cláusulas abusivas es una cuestión de interés público. Así, el alto nivel de protección del consumidor se basa en compensar la posición más débil que este ostenta, y en potenciar y disuadir a los empresarios o profesionales del uso de cláusulas abusivas. Para alcanzar este objetivo, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 considera a dicha estipulación no vinculante, por lo que la facultad normativa que permite al juez integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula, es contraria al Derecho europeo (Sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 en el asunto *Banco Español de Crédito*, apartado 73), en cuanto pone en riesgo el efecto disuasorio previsto y disminuye el nivel de protección esperado.

IV. Vetada al juez nacional, la facultad integradora del contrato mediante la modificación de la cláusula abusiva, tras el asunto *Banesto* (2012), sucesivas resoluciones han ido matizando la prohibición hasta admitir excepciones en determinados supuestos: aquellos en los que el contrato no pueda subsistir de producirse la supresión de la cláusula nula, y además, cuando la ineficacia de la relación contractual deje expuesto al adherente a perjuicios que le penalizan. Las sentencias del TJUE dictadas en el asunto *Kásler* (2014), y en el asunto *Abanca* (2019) pondrán de relieve que si de la supresión de la cláusula deriva la no subsistencia del contrato, habrá que hacer valer la integración de la laguna sobrevenida con la norma de Derecho interno correspondiente. De *subsanción* de la nulidad mediante sustitución, habla el Tribunal en el asunto *Kásler*, apartado 85, de mera *sustitución* de la cláusula nula por una disposición supletoria del Derecho nacional, el asunto *Abanca*, en su apartado 57. De *reemplazar* la cláusula controvertida o *sustituirla*, los apartados 66 y 70, respectivamente, de la reciente Sentencia dictada por el TJUE el pasado 3 de marzo de 2020, en el asunto *Gómez del Moral*.

V. Valorar que no cabe la subsistencia del contrato y que la aplicación supletoria del Derecho interno es más favorable al adherente, obliga a jueces y tribunales internos a comprobar caso por caso, si la integración del contrato con la norma de Derecho nacional, deja al consumidor en una situación más beneficiosa de la que tendría con la supresión de la cláusula que afecta al objeto principal del contrato y determina la ineficacia de este. Sea como fuere, el juez nacional deberá realizar un análisis objetivo de las circunstancias del caso al tiempo en el que se evalúa la estipulación, y estar a la voluntad que exprese el consumidor acerca de suplir el vacío que produce la cláusula abusiva.

VI. Por lo que la integración con arreglo a las leyes dispositivas, los usos y la buena fe (art. 1258 CC) reequilibra material y procesalmente los intereses de los consumidores en los sectores en los que como usuario participa, no solo servicios financieros o mercados digitales, también en resoluciones alternativas o en línea.

VII. La LGDCU contiene la modificación que suprime la facultad integradora y moderadora del juez que resuelve sobre una cláusula abusiva en el artículo 83, sustituyendo por la nulidad de la misma, pero mantiene la integración «en beneficio del consumidor», como así se admite en el artículo 65 del TR. No se entendería de otra manera.

VII. ÍNDICE CRONOLÓGICO DE SENTENCIAS

PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE

- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350)
- Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, asunto *Perenicová y Perenic* (C-453/10, EU:C:2012:144)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (C-618/10, EU:C:2012:349)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 asunto *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164)
- Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26,13, EU:C:2014:282)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 21 de enero de 2015 asunto *Unicaja Banco, S.A.* (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21)
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980)
- Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, *Banco Primus, S.A.* (asunto C-421/14)
- Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2019 (Gran Sala), *Abanca Corporación Bancaria* (as. acumulados C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250)
- Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019, asunto *Dziubak* (C-260/18, EU:C:2019:819)
- Sentencia del TJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, asunto *Gómez del Moral* (C-125/18, EU:C:2020:138)

PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 11 de septiembre de 2019 (Roj: STS 2761/2019 - ECLI: ES:TS:2019:2761)

VIII. ÍNDICE DE LEGISLACIÓN CITADA, INCLUIDAS PROPUESTAS Y COMUNICACIONES EUROPEAS

- Código civil.

- Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (por sus siglas en inglés, la «UCTD»); modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.
- Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.
- Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE [COM(2018) 185 final]. En el momento de la adopción de esta Comunicación, el Consejo y el Parlamento Europeo habían acordado, en principio, la inserción en la Directiva 93/13/CEE de un nuevo artículo 8 *ter* sobre sanciones.
- 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.
- Comunicación de la Comisión con Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, de la Comisión Europea, publicada el 27 de septiembre de 2019.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, en Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato, *Blog Derecho Mercantil*, 12 de febrero de 2014.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi.
- No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia. De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja Madrid) a la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo», *Revista CESCO*, 2013, en cuanto a los matices respecto a las cláusulas sobre los elementos esenciales.
- CARRASCO PERERA, A. y GONZÁLEZ CARRASCO, M.C., La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, 126-163 <https://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/trabajos/31/8.pdf>http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/docs/2013_Camara_STS_9_5_2013_abusivas_suelo.pdf
- DÍAZ FRAILE. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019. Visto en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4976/3453>

- HERBOSA MARTÍNEZ, I. «Los criterios objetivos de integración del contrato», *RCDI*, 2019, n.º 773, pp. 1215-126.
- MUÑOZ GARCÍA, C., La función del TJUE en el control de la cláusula suelo en España. *Diario La Ley*, ed. *on line*, núm. 8799, de 8 de julio de 2016, sección Doctrina, 1 y sigs.
- Cláusula abusiva nula y su «no vinculación. Excesos o rigores del TJUE en la sentencia de 21 de diciembre de 2016», *La Ley*, núm. 8903, 18 de enero de 2017.
- Falta de transparencia, posible ineficacia y acuerdo transaccional válidos, *RDBB*, núm. 8903, 18 de enero de 2017; Año 37, 152, 2018.
- PANTALEÓN PRIETO, C., En materia de cláusulas de vencimiento anticipado, blog *Almacén de Derecho*, de 6 de junio de 2019.
- SANJUÁN MUÑOZ, E., *Blue pencil rule* y cláusulas de vencimiento anticipado, *Diario La Ley*, núm. 9171, 2018.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. y MUÑOZ GARCÍA, C., Falta de transparencia en el objeto principal del contrato. Acerca del predisponente que lo es pero que no quiere parecerlo. Comentario a la STJUE de 21 de diciembre de 2016, *RDBB*; Año 36, 146, 2017.

NOTAS

¹ La sentencia del TJUE (Gran Sala) de 21 de diciembre de 2016 asunto *Gutiérrez Naranjo* (asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), conectó la falta de transparencia —cláusulas que recaen sobre el objeto principal—, con el juicio de abusividad, y la «no vinculación» de la cláusula con la nulidad absoluta de la misma.

² El artículo 1129 del Código civil admite expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo.

³ De esta ha dado cumplida descripción el Tribunal Supremo en su auto de 8 de febrero de 2017 por el que plantea cuestión judicial al TJUE, acerca la conformidad con el Derecho europeo de la Directiva 93/13. En este indica de la oportunidad de «*iniciar un proceso especial de ejecución hipotecaria, en el que puede perseguir y enajenar mediante subasta el bien hipotecado, que sirve de garantía a la devolución del préstamo*». Concretando que, «*cuando ese bien hipotecado es la vivienda habitual del deudor consumidor, la regulación de este proceso especial de ejecución hipotecaria contempla una serie de beneficios o ventajas, para proteger la conservación de dicha vivienda, o por lo menos, que su enajenación sea menos gravosa para el deudor, que no se contienen en la ejecución ordinaria de la sentencia firme dictada en el juicio declarativo. Estas ventajas previstas para el deudor consumidor en el proceso especial de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual, en los artículos 693. 31, 579.22 y 682.23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son, resumidamente, las siguientes: —El deudor podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad debida hasta esa fecha. —Liberado un bien por primera vez, podrá liberarse en segunda o ulteriores ocasiones siempre que, al menos, medien tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuada por el acreedor. —Se prevé una limitación del cálculo de las costas procesales en función únicamente de las cuotas del préstamo atrasadas, en caso de enervación de la acción ejecutiva hipotecaria.—El precio a efectos de subasta no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación*».

⁴ De las ventajas y desventajas de un procedimiento u otro dan cumplido detalle DÍAZ FRAILE, al hilo de Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), de 26 de marzo de 2019, sobre la abusividad de determinadas cláusulas de vencimiento anticipado de préstamos hipotecarios, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019. Visto en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4976/3453>

⁵ Entre otros autores, CÁMARA LAPUENTE, S. (2006) *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Editorial Aranzadi;

⁶ La sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2019, así lo precisa en el FJ octavo, apartado 8.

⁷ Así se puso de manifiesto en la sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, asunto *Perenicová y Perenic* (C-453/10, EU:C:2012:144), apartado 32.

⁸ El apartado 73 de la STJUE de 14 de junio de 2012 asunto *Banesto*, determinó que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». En iguales términos, la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler*, apartado 77.

⁹ Así se advierte en el apartado 69 de la sentencia dictada en el asunto *Banesto*.

¹⁰ Asunto *Abanca Corporación Bancaria* (201https://almacendederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/

¹¹ Así se advierte en la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08), den su apartado 31.

¹² Interesante el análisis que realiza SANJUÁN MUÑOZ, E., *Blue pencil rule* y cláusulas de vencimiento anticipado, *Diario La Ley*, núm. 9171, 2018.

¹³ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, la Directiva 98/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE [COM(2018) 185 final]. En el momento de la adopción de esta Comunicación, el Consejo y el Parlamento Europeo habían acordado, en principio, la inserción en la Directiva 93/13/CEE de un nuevo artículo 8 *ter* sobre sanciones.

¹⁴ La Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 26 de octubre de 2006 asunto *Mostaza Claro* (C-243/08, EU:C:2006:675), en el apartado 38, incide claramente en el deber del juez nacional de apreciar la nulidad de una cláusula abusiva, dado el interés público en el que se basa la protección de la Directiva.

¹⁵ La Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009 asunto *Pannon GSM* (C-243/08, EU:C:2009:350), es concluyente al respecto.

¹⁶ En estos términos se expresa la sentencia del TJUE que resuelve en el asunto *Kásler* (2014), en el apartado 84: la «anulación tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y por esa razón puede penalizar a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca».

¹⁷ Es interesante el debate entre dos ilustres juristas (GUILARTE ZAPATERO y PANTALEÓN PRIETO), en el artículo de este último autor sobre el carácter de esencialidad de la cláusula de vencimiento anticipado. Así, y tomando como punto de partida lo que PANTALEÓN analiza «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado», blog *Almacén de Derecho*, de 6 de junio de 2019, GUILARTE afirma que: «analizando “in concreto” estos préstamos —insistiré en que no son “préstamos” sino “préstamos con garantía hipotecaria”— es a mi juicio decisiva la existencia de la garantía en su configuración. Se pactan a largo plazo y con interés mínimo, en relación con los plazos e intereses de los préstamos al consumo ordinarios, precisamente por la existencia de tal garantía. Pensando en el equilibrio contractual derivado de lo que denomina cláusula *Kásler-Abanca* es evidente que la entidad de crédito no habría admitido: 1.º La existencia de tan amplio plazo sin garantía hipotecaria. 2.º La falta de posibilidad de vencimiento anticipado ante el incumplimiento de las mensualidades convenidas. 3.º Un interés remuneratorio mínimo como el pactado. Por ello concluyo que el contrato no puede sobrevivir sin vencimiento anticipado y, como consecuencia de ello, sin mantenimiento de la prioridad crediticia para lo que es necesaria la vigencia del proceso sumario inviable en tanto no fine el plazo. Es decir el equilibrio de intereses, a valorar para decidir la subsistencia del contrato, exige no solo la persistencia del vencimiento anticipado sino la del privilegiado cauce de ejecución en el que hacer valer la devolución del préstamo en su integridad por ser el único proceso

en el que juega la preferencia sin interferencia de otros posibles acreedores. Frente al título judicial derivado del proceso ordinario ex artículo 1124 no habría privilegio alguno del título judicial creado ex novo».

¹⁸ La Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 asunto *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164), advierte ya, como hiciere previamente el Abogado General en los puntos 77 y 78 que, la facultad que se concede al profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo está supeditada a una serie de requisitos: (i) *que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate*, (ii) *que el incumplimiento tenga carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo*, (iii) *que constituya una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia* y (iv) *que el Derecho nacional, prevea, para dar cumplimiento a los objetivos de la Directiva 93/13, medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo*.

¹⁹ Sentencia del TJUE (Sala Tercera) de 3 de octubre de 2019 asunto *Dziubak* (C-260/18, EU:C:2019:819).

²⁰ Muy conciso el comentario de ALFARO ÁGUILA-REAL, en Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato, *Blog Derecho Mercantil*, 12 de febrero de 2014, que en parte se hace eco de haciéndose eco de las Conclusiones del Abogado General (Asunto C-26/13 *Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt*, resuelto en STJUE de 30 de abril de 2014), acerca del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, en cuanto el carácter claro y comprensible de estas cláusulas «debe apreciarse en función de si garantiza que el consumidor disponga de la información necesaria para poder apreciar las ventajas e inconvenientes de la celebración de un determinado contrato y los riesgos a los que se expone con motivo de dicha operación. El consumidor debe, además de comprender el contenido de una cláusula contractual, conocer las obligaciones y los derechos que esta conlleva». Visto en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/02/clausulas-abusivas-y-elementos.html>