

LA DIRECTIVA 93/13/CEE SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU DESARROLLO POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. APORTACIONES A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA DISCIPLINA PROTECTORA Y CUESTIONES ABIERTAS

COUNCIL DIRECTIVE 93/13/EEC ON UNFAIR TERMS AND ITS DEVELOPMENT BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. CONTRIBUTIONS TO THE CONSTRUCTION OF A PROTECTIVE DISCIPLINE AND OPEN QUESTIONS

MARTA CARBALLO FIDALGO

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad de Santiago de Compostela

Código ORCID: Código ORCID: 0000-0002-9242-6767

Recibido: 14.12.2021 / Aceptado: 11.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6678>

Resumen: En el presente trabajo se analizan los aspectos esenciales del régimen europeo en materia de cláusulas abusivas, marcados por la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia recaída en interpretación de la Directiva 93/13/CEE. Se estudian, en particular, el ámbito de aplicación de la normativa, las nociones de cláusula abusiva y transparencia y los efectos ligados a la declaración de nulidad de una cláusula.

Palabras clave: consumidor, cláusula abusiva, transparencia, no vinculación.

Abstract: This paper analyses the essential aspects of the European regime on unfair terms, marked by the abundant jurisprudence of the Court of Justice in the interpretation of Directive 93/13/EEC. In particular, the scope of application of the regulation, the notions of unfair term and transparency and the consequences of the declaration of the unfair nature of a term are studied.

Keywords: consumer, unfair term, transparency, not-binding nature.

Sumario: I. Ámbito subjetivo de aplicación de la disciplina europea en materia de cláusulas abusivas. II. Ámbito objetivo de aplicación. 1. Las cláusulas no negociadas individualmente. 2. La exclusión de control de las cláusulas declarativas y de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. A) La interpretación del artículo 1.2 de la Directiva. B) La interpretación del artículo 4.1 de la Directiva. III. Criterios de determinación del carácter abusivo de una cláusula. 1. Buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. 2. La exigencia de redacción clara y comprensible: los artículos 4.2 y 5 de la Directiva. A) El alcance del deber de transparencia. B) Sanción por incumplimiento: transparencia y abusividad. IV. Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula. 1. Aportaciones del TJUE en torno al tratamiento procesal de las cláusulas abusivas. 2. Consecuencias negociales de la declaración del carácter abusivo de una cláusula. A) La doctrina de la “no integración” y la excepcional entrada del derecho dispositivo en sustitución de la cláusula abusiva. B) Crítica a la doctrina de la “no integración”: moderación (de la cláusula) versus integración (del contrato). 3. Consecuencias económicas. La restitución al consumidor de las cantidades indebidamente percibidas por el empresario.

I. Ámbito subjetivo de aplicación de la disciplina europea en materia de cláusulas abusivas

1. El régimen establecido en la Directiva 93/13/CEE limita su ámbito de aplicación a los contratos concluidos entre un profesional y un consumidor, definido en el art. 2 b) como “toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional”.

En el desarrollo jurisprudencial del concepto de consumidor (que excede del ámbito en estudio, al abarcar la totalidad del acervo comunitario en materia de consumo), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha insistido en la idea de que la calificación de la condición del contratante ha de realizarse valorando exclusivamente la finalidad objetiva del contrato (satisfacción de una necesidad de consumo privado), con independencia de cualquier condición o cualidad subjetiva del individuo, pues una misma persona puede actuar como consumidora en determinadas ocasiones y como empresaria en otras¹.

2. En consecuencia, resultan irrelevantes factores como el nivel de conocimientos o de información de que dispone realmente el contratante, sin que la especialización de una persona le excluya de protección, siempre que se acredite que actúa con un propósito ajeno a su actividad profesional². Cumplida tal premisa, resulta también irrelevante que el contrato sea realizado con el ánimo de obtener un lucro patrimonial, como ocurre con quienes invierten en valores negociables, con independencia de la importancia económica de las operaciones, del riesgo asumido o del comportamiento activo adoptado por el consumidor en su realización³. En tercer lugar, la centralidad de la finalidad del contrato controvertido explica que, en los contratos garantizados con fianza, el hecho de que el contrato principal sea suscrito por una sociedad no predetermine la condición de la persona física que se compromete a garantizar el cumplimiento de las deudas de aquella. A pesar de tratarse de contratos accesorios, el garante que actúa al margen de su actividad profesional, (normalmente, por razones de amistad o parentesco con el deudor principal), debe ser considerado un consumidor, salvo que mantenga vínculos funcionales con el deudor principal (como la gerencia de la sociedad deudora o una participación significativa en su capital social)⁴.

3. Ya desde un prisma temporal, la protección brindada por la Directiva al adquirente de un bien o servicio con finalidad privada no se limita al tiempo de vigencia del contrato, de ahí que pueda seguir siendo invocada por el contratante protegido tras el cumplimiento íntegro del mismo, que no le hace perder la condición de consumidor⁵.

4. Todavía en la delimitación positiva de la noción analizada, el TJUE ha sancionado que la subrogación de un profesional en la posición jurídica del consumidor, por efecto de una cesión de crédito (en el caso, cesión a una empresa de gestión de cobros de los derechos de reembolso correspondientes a un consumidor frente a una compañía aérea), no excluye la aplicación al contrato cedido del derecho de protección, que en el caso conducía a la nulidad de la cláusula de atribución de competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de la compañía aérea⁶.

¹ STJCE 3 julio 1997, *Benincasa/Dentalkit*, C-269/95, apartado 16; STJUE 3 septiembre 2015, *Costea*, C-110/14, apartado 20; STJUE 25 enero 2018, *Schrems*, C-498/16, apartado 39; STJUE 3 octubre 2019, *Petruchová*, C-208/18, apartado 41.

² SSTJUE *Costea*, apartado 21, a propósito de la condición de consumidor de la persona física que ejerce la abogacía y concierne un crédito garantizado con una hipoteca constituida sobre un inmueble perteneciente a su bufete; *Schrems*, apartado 39, donde se considera aplicable el fuero del consumidor a un usuario de la red social Facebook, con cuenta y página abierta y registrada donde publicita sus actividades y libros, solicita donaciones y recaba la cesión de derechos de numerosos consumidores para su ejercicio ante los tribunales (véase C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “La noción de “consumidor” en Internet: el asunto C-498/16, *Maximilian Schrems V. Facebook Ireland Limited*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 711-721; *Petruchová*, apartados 54 a 56, de nuevo sobre la aplicación del fuero del consumidor a la persona física que efectúa operaciones en el mercado internacional de divisas a través de una sociedad de corretaje.

³ STJUE *Petruchová*, apartados 57, 59 y 78.

⁴ ATJUE 19 noviembre 2015, *Tarcău*, C-74/15, apartado 30.

⁵ STJUE 9 julio 2020, *Raiffeisen Bank*, C-698/18, apartados 69 a 74, donde el tribunal apunta que la situación de inferioridad del consumidor – fundamento del sistema de protección - no se ve retroactivamente alterada por el cumplimiento del contrato, razón por la que tal protección no puede ser circunscrita al tiempo de su vigencia (apartados 71 a 74).

⁶ STJUE 18 noviembre 2020, *Ryanair DAC contra DelayFix*, C-519/19, apartado 63.

5. En sentido inverso, el TJUE ha entendido que cualquier relación, directa o indirecta, del contrato con la actividad profesional del contratante excluye la aplicación de la normativa protectora, sin perjuicio de que, en los supuestos en que un contrato tenga una doble finalidad profesional y privada (contratos de finalidad mixta), la condición de consumidor no se pierda cuando el destino profesional pueda ser considerado marginal y, por tanto, solo juegue un papel insignificante o residual en el contexto de la operación global⁷. Por el contrario, cuando la finalidad profesional no es irrelevante, se excluye la condición de consumidor del contratante, aunque tal destino no sea actual, bastando que la adquisición del bien o el servicio se vincule al desarrollo de una profesión futura, como sucede en el supuesto de suscripción de un contrato de crédito destinado a la apertura de un negocio⁸.

6. Como criterio de cierre, el TJUE ha declarado que, de conformidad con el principio de efectividad del derecho comunitario, el juez nacional debe comprobar de oficio si el adquirente de un bien puede tener la condición de consumidor, aunque este no lo haya alegado expresamente y siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración⁹.

II. Ámbito objetivo de aplicación

1. Las cláusulas no negociadas individualmente

7. Desde una perspectiva objetiva, el ámbito de aplicación de la disciplina en materia de cláusulas abusivas viene dado por “*las cláusulas no negociadas individualmente*”, entendiendo por tales las cláusulas contractuales redactadas previamente e impuestas al consumidor, quien no ha podido influir sobre su contenido (artículo 3.2.1 de la Directiva).

Se excluyen así de control las cláusulas objeto de negociación, correspondiendo al profesional que afirme el carácter negociado de una cláusula la carga de la prueba, sin que el hecho de que el consumidor haya podido influir en el contenido de determinados aspectos de una cláusula contractual o en una estipulación aislada impida la aplicación de la directiva al resto del clausulado (art. 3.2, apartados 2 y 3).

8. A efectos de prueba del carácter negociado de una cláusula, carecen de valor las declaraciones, insertas en el propio modelo contractual, por las que el consumidor reconoce la existencia de tal negociación. Tales declaraciones, destinadas a eludir la aplicación de la disciplina protectora, deben considerarse en sí mismas abusivas, al traducirse en una inversión de la carga de la prueba del carácter no negociado de la cláusula, que pasará a gravar al consumidor en contravención de la legislación aplicable (Anexo.1.q), que incluye este género de cláusulas entre las “indiciariamente” abusivas).

9. En la sentencia *Constructora Principado S.A.*, recaída en materia de compraventa de inmueble, el TJUE declaró que el carácter negociado de la cláusula por la que el consumidor asumía el pago

⁷ STJCE 20 enero 2005, *Gruber*, C-464/01, apartado 39, que descarta la protección como consumidora de la persona que contrata el retejado de una granja, destinada a vivienda familiar en un 60% de su superficie. En sentido análogo, STJUE 14 febrero 2019, *Milivojević*, C-630/17, apartado 94, a propósito de la persona que contrata la realización de obras de renovación en el bien inmueble en que tiene su domicilio, con el fin de prestar en una parte de él servicios de alojamiento turístico. En la doctrina, B. AÑOVEROS TERRADAS, “El contrato de préstamo con garantía hipotecaria con doble finalidad (privada y profesional) y su posible calificación como contrato de consumo. Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2019, asunto C-630/17: *Milivojević*”, *La Ley Unión Europea*, nº 71, 30 de junio de 2019, pp. 4 a 9.

⁸ SSTJUE *Benincasa/Dentalkit*, apartado 17, que niega la condición de consumidor a la persona que concierne un contrato de franquicia para el ejercicio de una actividad profesional futura; *Schrems*, apartado 37; *Milivojević*, C-630/17, 14.2.2019, apartado 89; sentencia *Petruchová*, apartado 43.

⁹ STJUE 4 junio 2015, *Faber*, C-497/13, apartado 46, sobre la aplicabilidad del régimen de responsabilidad por falta de conformidad previsto en la Directiva 1999/44 a los defectos padecidos por un vehículo adquirido en un contrato calificado en el formulario preimpreso utilizado por la empresa como “contrato de venta a particular” y utilizado por la compradora para trasladarse a una reunión de negocios.

del impuesto de plusvalía no podía entenderse probado por el hecho de que la propia cláusula incluyese una declaración, igualmente no negociada, por la que se hacía constar que la asunción del impuesto por el consumidor se había tenido en cuenta para determinar el precio del inmueble vendido¹⁰. De modo análogo, en la sentencia *Ibercaja Banco* la corte europea ha sancionado que la circunstancia de que el contrato incluya antes de la firma una mención, escrita del puño y letra del consumidor, por la que indica que comprende el mecanismo de funcionamiento de una cláusula, no permite por sí sola concluir que esa cláusula fue negociada individualmente y que el consumidor pudo efectivamente influir sobre su contenido¹¹.

2. La exclusión de control de las cláusulas declarativas y de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato

10. Si el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva se identifica con la cláusula no negociada individualmente en el sentido visto, lo cierto es que la propia norma excluye del control de abusividad dos tipos de cláusulas.

De conformidad con el art. 1.2, no están sometidas a las disposiciones de la Directiva “Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte”.

A la exclusión comentada se añade la previsión contenida en el artículo 4.2, conforme al cual “La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

11. El TJUE ha establecido que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la calificación de cláusulas supuestamente abusivas en función de las circunstancias específicas del caso concreto, sin perjuicio de la competencia del juez comunitario para deducir de los arts. 1.2 y 4.2 de la Directiva los criterios que aquel debe aplicar al llevar a cabo dicha calificación, dada la necesidad de que sean objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme¹². En ejercicio de tal competencia, el TJUE ha ido perfilando los contornos de las exclusiones a través de un amplio número de pronunciamientos, presididos por una idea o principio común: la preceptiva interpretación estricta de ambos preceptos, en la medida en que constituyen sendas excepciones al mecanismo de control establecido¹³.

¹⁰ STJUE 16 enero 2014, *Constructora Principado*, C-226/12.

¹¹ STJUE 9 julio 2020, *Ibercaja Banco*, C-452/18, apartados 38 y 39, a propósito de la sujeción a control del contrato de novación celebrado entre un profesional y un consumidor, destinado a modificar una cláusula no negociada y potencialmente abusiva de un contrato anterior celebrado entre ambos (cláusula suelo inserta en un crédito hipotecario). Para la corte, la conclusión apuntada en el texto se ve reforzada por la circunstancia de que la celebración del contrato de novación se enmarca dentro de la política general de renegociación de los contratos de préstamo hipotecario de tipo variable que incluían una cláusula suelo, iniciada por la entidad bancaria prestamista a raíz de la declaración de abusividad de tales cláusulas por el Tribunal Supremo español (apartado 36). En palabras de S. CÁMARA LAPUENTE, la sentencia analizada da la “puntilla definitiva” al valor probatorio de las manifestaciones manuscritas (“La STJUE 9 julio 2020 (C-452/18) sobre novaciones y renunciaciones relacionadas con las cláusulas suelo: ¿negociar o consentir?”, *Almacén de Derecho* [blog], 10.7.2020. Disponible en: <https://almacenederecho.org/la-stjue-9-julio-2020-c-452-18-sobre-novaciones-y-renunciaciones-relacionadas-con-las-clausulas-suelo-negociar-o-consentir>).

¹² STJUE, 30 abril 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, apartado 45; STJUE 10 septiembre 2014, *Kušionová*, C-34/13, apartados 79-80; STJUE 26 febrero 2015, *Matei*, C-143/13, apartado 50; STJUE 23 abril 2015, *Van Hove*, C-96/14, apartado 28; STJUE 20 septiembre 2017, *Andriiciuc y otros*, C-186/16, apartados 22, 30, 32 y 34; STJUE 3 octubre 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17, apartado 33; STJUE 10 junio 2021, *BNP Paribas Personal Finance (I)*, C-609/19, apartados 26 y 30.

¹³ Entre otras, SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 42; *Kušionová*, apartado 77; *Matei*, apartado 49; *Van Hove*, apartado 31; *Andriiciuc y otros*, apartados 31 y 34; STJUE 20 septiembre 2018, *OTP Bank y OTP Faktoring*, C-51/17, apartado 54; STJUE 3 de marzo 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, apartado 30; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 28.

A) La interpretación del artículo 1.2 de la Directiva

12. La primera de las exclusiones apuntadas, contenida en el art. 1.2 de la Directiva, ha de ser leída a la luz del Considerando 13 de la norma que, además de justificar la exclusión en la licitud presunta de las cláusulas que incorporan normas vigentes, aporta una interpretación auténtica del sentido que ha de darse a la expresión “imperativas”, comprensiva también de las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo.

De la jurisprudencia del TJUE recaída en aplicación de la norma analizada se desprende que están exentas de control las cláusulas, negociadas o no, que reúnan dos presupuestos.

13. De una parte, han de reproducir efectivamente disposiciones legales, reglamentarias o convencionales vigentes aplicables al tipo contractual en causa, y no a otro distinto. Para la corte europea, cuando las disposiciones nacionales regulan una categoría determinada de contrato, es legítimo presumir que el legislador ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en la concreta relación negocial contemplada, de ahí que la exención de control no pueda operar cuando alguna de las condiciones generales normativamente previstas se aplica a una categoría distinta de contrato¹⁴.

14. De otra, es preciso que la cláusula contractual refleje una disposición legal o reglamentaria que deba ser aplicada al contrato, ya imperativamente, con independencia de la elección de los contratantes, ya con carácter supletorio, para el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa¹⁵. Y ello aun cuando la norma sea de redacción posterior a la celebración del contrato, si ha de aplicarse retroactivamente al mismo¹⁶. En consecuencia, ha de descartarse que estén exentas de control las cláusulas que sólo en virtud de pacto expreso se incorporan al contrato, aun cuando sean contempladas por la normativa interna a efectos diversos. Puede pensarse aquí en dos grupos de cláusulas.

15. En primer término se situarían las cláusulas que reproducen una opción otorgada por la ley a las partes (ya se trate del otorgamiento de una facultad o de la imposición de un deber o carga), de modo que solo en la medida en que la integren voluntariamente al contrato resultan vinculadas por ella. Se trata de normas calificadas por la doctrina como “concesivas”¹⁷ o de “opción abierta”¹⁸, que en modo alguno se imponen a las partes ni operan con carácter dispositivo supletorio, pues traen causa exclusivamente de su voluntad. Sirva como ejemplo la cláusula controvertida en el asunto resuelto por la sentencia *Gómez del Moral Guasch* que, en el marco de un préstamo hipotecario concertado entre un consumidor y un profesional, estipulaba como tipo de interés ordinario aplicable el basado en uno de los índices de referencia oficiales que las entidades de crédito podían aplicar opcionalmente a los préstamos hipotecarios. Para el TJUE, la cláusula está incontestablemente incluida en el ámbito de aplicación de la

¹⁴ STJUE 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, apartados 26-30.

¹⁵ SSTJUE 30 abril 2014, *Barclays Bank*, 280/13, apartado 42; *Kušionová*, apartados 78-80; STJUE 23 octubre 2014, *Schulz*, C-359/11 y C-400/11, apartados 78-79; *Andrić y otros*, apartados 28-30. Sobre la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de las cláusulas que reproducen disposiciones nacionales de carácter supletorio, véase especialmente la STJUE 9 julio 2020, *Banca Transilvania*, C-81/19, apartados 23 a 37, a propósito de la cláusula que ordena la devolución por el consumidor de la cantidad prestada en la misma moneda en que fue concedido el préstamo, previsión coincidente con lo dispuesto en el art. 1578 del Código civil rumano, aplicable al contrato de préstamo dinerario en defecto de pacto. Véase, asimismo, la sentencia *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 24-25, a propósito de la cláusula que, nuevamente en el marco de un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera, prevé la imputación prioritaria de los pagos fraccionados a los intereses, en consonancia con lo dispuesto en el art. 1343-1 del Código civil francés, aplicable en defecto de pacto.

¹⁶ STJUE *OTP Bank y OTP Faktoring*, apartado 70.

¹⁷ S. CÁMARA LAPUENTE, “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017). IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo”, en M. YZQUIERDO TOLSADA (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina civil y mercantil*, Madrid, Dykinson, 2017, vol. 9, pp. 218-219.

¹⁸ A. AGÜERO ORTIZ, “El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos. El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020”, *Indret*, nº 4, 2020 p. 70. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/10/1590.pdf>

Directiva, al reflejar un índice legal de carácter opcional, cuya aplicación no es impuesta por la normativa nacional, ni de modo imperativo con independencia de la elección de las partes en el contrato ni con carácter supletorio en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa¹⁹.

16. En segundo lugar, el TJUE ha sostenido la sujeción a la Directiva de las cláusulas no negociadas individualmente que reproducen una norma nacional destinada a limitar imperativamente el posible beneficio del empresario derivado del pacto. Puede pensarse ahora en la norma que limita a un tipo máximo los intereses moratorios pactados en el marco de un préstamo garantizado con hipoteca constituida sobre la vivienda del prestatario. Es obvio que la cláusula que supere este umbral es automáticamente nula, pero, para el TJUE, la cláusula que lo respete no es necesariamente válida, y su eventual carácter abusivo debe ser en todo caso valorado por el tribunal nacional, a la luz de los criterios establecidos en el art. 3.1 de la Directiva, que se tratarán más adelante. Aun cuando tales cláusulas gocen de cierta “presunción de licitud”, la norma legal no ha de ser parámetro directo de validez, que puede ser desmentida mediante la utilización ponderada de los demás criterios rectores de su evaluación²⁰.

B) La interpretación del artículo 4.1 de la Directiva

17. La segunda de las exclusiones del ámbito de control de abusividad establecidas en la Directiva afecta a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, que el art. 4.2 identifica con las cláusulas relativas al “objeto principal del contrato” y a la «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra».

Al igual que en materia de cláusulas declarativas, el TJUE mantiene una interpretación restrictiva de la norma, aplicada a las dos categorías de cláusulas que recoge.

18. En primer término, el tribunal ha precisado que las cláusulas incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” se corresponden con aquellas que regulan las prestaciones esenciales y que, como tales, lo caracterizan, lo que obliga a discernirlas de las cláusulas de carácter accesorio en relación con las definitorias de la esencia misma de la relación contractual, sujetas a control²¹. La labor concreta de disección entre cláusulas nucleares y accesorias compete al juez nacional, quien, a la luz del criterio restrictivo indicado, habrá de apreciar si una cláusula constituye o no un componente esencial de la prestación a cargo del consumidor o el profesional, atendiendo a la naturaleza, sistema general y estipulaciones del contrato litigioso, valorado en su contexto jurídico y de hecho²².

19. Con idéntico carácter restrictivo, el TJUE ha considerado que la segunda categoría de cláusulas exentas de control conforme al art. 4.2 de la Directiva tan solo abarca la estricta adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, explicándose dicha exclusión porque no hay baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar el control de dicha adecuación. En consecuencia, el tribunal ha precisado que las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor no pertenecen a la segunda categoría de cláusulas

¹⁹ STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartados 28 a 37. Un juicio positivo de la sentencia puede verse en A. AGÜERO ORTIZ, “El control de transparencia...”, *cit.*, pp. 69-71.

²⁰ STJUE 21 enero 2015, *Unicaja Banco y Caixabank*, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, apartados 36 a 40; ATJUE 8 julio 2015, *Banco Grupo Cajatres*, C-90/14, apartados 27 a 30; ATJUE 17 marzo 2016, *Ibercaja Banco*, C-613/15, apartados 29 a 33, todas ellas recaídas en interpretación del alcance del antiguo art. 114.3 de la Ley Hipotecaria española, que a la sazón limitaba los intereses moratorios pactados en un préstamo garantizado con hipoteca sobre la vivienda a un máximo de tres veces el interés legal del dinero.

²¹ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 49-50; *Matei*, apartados 53-54; *Van Hove*, apartado 33; *Andriciuc y otros*, apartados 35-36; *Kiss y CIB Bank*, apartado 32; STJUE 17 marzo 2016, *Caixabank*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apartado 62; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 29.

²² SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 51; *Matei*, apartados 53-54; *Kiss y CIB Bank*, apartado 33; *Caixabank*, apartado 63; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 30.

descrita en la norma, salvo en lo referente a si el importe de la contrapartida o del precio, tal como esté estipulado en el contrato, se adecúa al servicio prestado a cambio por el prestamista²³.

20. El reconocimiento por el TJUE de la existencia de cláusulas relativas a la retribución o “con incidencia” sobre el precio que deben sujetarse a control corrobora el criterio sostenido por la Comisión Europea hace ya dos décadas, en que reputó comprendidas en el ámbito de la Directiva las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio²⁴. En congruencia con tal criterio, la corte europea ha declarado que no puede aplicarse la exclusión del art. 4.2 a la cláusula que, en el marco de un contrato de telefonía, atribuye al prestador del servicio la facultad de modificar los gastos a cargo del consumidor²⁵ ni a la que, en un contrato de préstamo, permite la modificación unilateral por el prestamista del tipo de interés aplicable, cuando su carácter abusivo no se invoca por una supuesta inadecuación entre el nivel del tipo de interés modificado y cualesquiera de las contrapartidas proporcionadas a cambio de tal modificación, sino por las condiciones y los criterios que permiten al prestamista alterar el tipo estipulado²⁶. En sentido análogo, el tribunal ha excluido de la categoría analizada la cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que es desembolsado y debe ser devuelto por el consumidor en moneda nacional, prevé la utilización del tipo de cotización de venta de la divisa extranjera para el cálculo de las cuotas de devolución, mientras que el importe del préstamo entregado se determina en aplicación del tipo de cotización de compra de la divisa. Para el tribunal, la asimetría entre los tipos de cotización empleados, que provoca un incremento artificioso del coste del crédito, no constituye una “retribución” a cargo del consumidor, cuya adecuación al servicio prestado deba reputarse exenta de control²⁷.

21. A la luz de la doctrina apuntada, resulta cuestionable que el TJUE haya aceptado la inclusión en el art. 4.2 de la Directiva de determinadas cláusulas que, nuevamente en el contexto de contratos de préstamo, establecen mecanismos de cálculo de las cuotas de reembolso de la cantidad prestada que incorporan elementos ajenos a la adecuación calidad/precio y cuya esencialidad queda en entredicho desde el momento en que su supresión no impide la subsistencia del contrato. Así sucede, por ejemplo, con las cláusulas que, en el marco de un préstamo concertado a interés variable, fijan un tipo remuneratorio mínimo, por debajo del cual cualquier descenso del tipo de referencia será completamente irrelevante (cláusulas suelo)²⁸ o las cláusulas que, al establecer el método de cálculo de los intereses ordinarios del crédito, incorporan una fórmula financiera para obtener, a partir del tipo de interés nominal anual, el

²³ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 54-55; *Matei*, apartados 55-56; *Kiss y CIB Bank*, apartados 34-35; *Caixa-bank*, apartado 65.

²⁴ Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, COM (2000) 248 final, 27.04.2000, pp. 15-16. En la doctrina, WILHELMSSON, THOMAS, « The scope of the directive : non-negotiated terms in consumer contracts. Article 1(1), 3(1), 4(2) », en *The “Unfair Terms Directive, 5 years on. Evaluation and future perspectives*, Luxembourg, Office for Official Publications of the European Communities, pp. 95-96. El criterio se reitera en la Comunicación de la Comisión *Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores* (2019/C 323/04), 27.9.2019, p. 21 (en adelante, Informe Comisión 2019).

²⁵ STJUE 24 abril 2012, *Invitel*, C-472/10, apartado 23.

²⁶ STJUE *Matei*, apartado 63.

²⁷ STJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 53 a 59. Sobre las conclusiones del Abogado General Wahl en el asunto, esencialmente aceptadas por el Tribunal, véase J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cláusulas abusivas y elementos esenciales del contrato”, en: Almacén de Derecho [blog], 12.2.2014. Disponible en: <https://derechomercantilespana.blogspot.com/2014/02/clausulas-abusivas-y-elementos.html>. La inaplicación de la exclusión del artículo 4.2 de la Directiva a las cláusulas que, en el marco de los créditos denominados en moneda extranjera y reembolsables en moneda nacional, determinan el tipo de conversión de la divisa a efectos del cálculo de las cuotas de devolución, se reitera en la sentencia *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 32. En la doctrina, J. D. PELLIER, “Suite et fin de la saga des prêts libellés en francs suisses ? CJUE 10 juin 2021, aff. C-609/19”, *Dalloz Actualité*, 9.7.2021.

²⁸ STJUE 21 diciembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartados 48 a 51. Una crítica a su tratamiento como cláusulas definitivas de los elementos esenciales del préstamo puede verse en S. CÁMARA LAPUENTE, “Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, en *Indret*, nº 1, 2017, pp. 24-25. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1287.pdf>

importe de los intereses devengados en cada período de liquidación, precisando que, para el cálculo de tal interés, “se entenderá que el año tiene 360 días»²⁹.

22. Desde un prisma diverso, la determinación del alcance de la exclusión de las cláusulas definitivas de la relación precio/servicio, en términos de adecuación, exige advertir que no todos los elementos de la retribución a cargo del consumidor remuneran la prestación característica del profesional. Así, sin perjuicio de la comprobación que debe hacer el juez nacional, el TJUE descarta, en principio, que se incluyan en el art. 4.2 de la Directiva las cláusulas que, en el marco de un préstamo hipotecario, imponen al consumidor el pago de una *comisión por riesgo*, cuando de los elementos concurrentes se desprende que tal riesgo está ya cubierto con una hipoteca y cuando el banco, a cambio de dicha comisión, no presta ningún servicio real que redunde en beneficio del consumidor y del que la comisión pueda ser contrapartida³⁰.

23. Con idéntico respeto a la decisión última del órgano jurisdiccional nacional y de nuevo en el ámbito del contrato de préstamo hipotecario, el TJUE ha sancionado, con carácter orientativo, que el alcance exacto de los conceptos de “objeto principal” y de “precio” no puede establecerse mediante el concepto de “coste total del crédito para el consumidor”, de ahí que las cláusulas que establecen el pago de una comisión ligada a los gastos de preparación, estudio, concesión y tramitación del crédito (conocidas en España como comisiones *de apertura*), no puedan considerarse una prestación esencial del préstamo hipotecario *por el mero hecho* de que tal comisión esté incluida en el coste total de este³¹.

III. Criterios de determinación del carácter abusivo de una cláusula

1. Buena fe y desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes

24. En el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13/CEE resulta central la noción de cláusula abusiva, contenida en el art. 3.1, a cuyo tenor “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Junto a esta definición general, la Directiva recoge en su Anexo una lista “indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas” (art. 3.3), integrada por un total de 17 tipos de cláusulas que presentan claros indicios de abusividad. El carácter indicativo de la lista implica que, en el ámbito de la Directiva, las cláusulas incluidas no hayan de ser necesariamente abusivas, mientras que su carácter “ejemplificativo” deja abierto el posible juicio de nulidad de una cláusula no comprendida en el Anexo, que puede ser abusiva a la luz de la disposición general. Ello no obstante, los Estados miembros pueden endurecer el sentido de la lista, incrementando el elenco de cláusulas o estableciendo presunciones irrefragables de abusividad, a fin de reforzar la defensa del consumidor, en ejercicio de la facultad que les es conferida por los arts. 8 y 8 bis de la Directiva.

25. Centrándonos en la noción general, del apartado 1 del artículo 3 de la Directiva se desprende que el eventual carácter abusivo de una cláusula ha de medirse en atención a un doble parámetro: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante en detrimento del consumidor. Como criterios de apreciación complementarios, el art. 4.1 enumera la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes a su celebración,

²⁹ STJUE 26 enero 2017, *Primus*, C-421/14, apartados 64 y 65. En sentido crítico con el fallo, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cuando los años tienen 360 días”, *Almacén de Derecho [blog]*, 26.1.2017. Disponible en: <https://almacendederecho.org/cuando-los-anos-tienen-360-dias>; F. PERTIÑEZ VILCHEZ, *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 39.

³⁰ STJUE *Matei*, apartados 70-71.

³¹ SSTJUE *Caixabank*, apartados 64 y 71. Con anterioridad, *Kiss* y *CIB Bank*, apartado 35, a propósito de la comisión de desembolso y gastos de gestión del crédito repercutidos al consumidor.

las demás cláusulas contractuales y los eventuales contratos conexos. El elenco no es taxativo, y el TJUE ha admitido la ponderación por el juez de criterios tales como la utilización por el empresario de prácticas comerciales desleales³² o la falta de transparencia en la información precontractual y la presentación y redacción de las cláusulas no negociadas, criterio sobre el que se volverá más adelante.

26. La determinación del alcance de los conceptos de “buena fe” y “desequilibrio significativo”, como elementos que de manera abstracta confieren carácter abusivo a una cláusula, corresponde al TJUE como máximo intérprete del derecho de la Unión³³, quien en ejercicio de su competencia los definió por vez primera en la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, cuyos pronunciamientos se han reiterado en sentencias posteriores.

27. En primer término, y a efectos de determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes, el tribunal ordena la valoración de las normas aplicables en el ordenamiento de referencia en defecto de pacto, a fin de apreciar “si - y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente”³⁴. Tal menoscabo puede consistir, ya en una restricción de los derechos que, conforme a la norma dispositiva, le confiere dicho contrato, ya en una obstaculización a su ejercicio o en la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista en las normas nacionales³⁵. Sea como fuere, el desequilibrio definitorio de la cláusula abusiva no es económico, sino puramente normativo, y exige expulsar de la reglamentación negocial el clausulado que aleja sensiblemente al consumidor de los efectos normales del contrato queridos por el ordenamiento³⁶.

28. El TJUE ha precisado también que, en la apreciación del desequilibrio generado por una concreta cláusula, el juez nacional ha de ponderar, de conformidad con el art. 4.1, la incidencia que sobre la posición contractual del consumidor ejercen todas las cláusulas restantes, y ello con independencia de que hayan sido o no efectivamente utilizadas por el profesional predisponente. Así, cuando en un contrato de crédito al consumo se establecen hasta cuatro penalizaciones diversas para el supuesto de retraso del consumidor en el cumplimiento de su deber de restitución de las cantidades debidas, la apreciación de la desproporcionalidad de la indemnización pactada exige evaluar el efecto cumulativo de todas las cláusulas penales previstas, aun cuando el empresario se haya limitado en la práctica a exigir una de ellas³⁷.

29. Ya en lo que se refiere a la buena fe del predisponente como criterio de ponderación de la abusividad de una cláusula, el TJUE ordena al juez nacional comprobar “si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”³⁸. A efectos de tal comprobación, y de nuevo conforme al art. 4.1 de la Directiva, ha de ponderar las circunstancias concurrentes al tiempo de cele-

³² STJUE 15 marzo 2012, *Perenicová y Perenic*, C-453/10, a propósito de la indicación en un contrato de crédito al consumo de una TAE inferior a la real. Para la corte, tal práctica conforma un elemento que puede ser valorado en la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas controvertidas y, en definitiva, en el juicio de validez del contrato en su conjunto, sin que tal determinación haya de ser sin embargo automática (apartados 43 a 47). La doctrina es reiterada en la STJUE 10 junio 2021 *BNP Paribas Personal Finance (II)*, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19, apartado 76, a propósito de la utilización por el profesional de una práctica comercial engañosa, consistente en no informar sobre el riesgo de tipo de cambio en un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera.

³³ STJCE 1 abril 2004, *Freiburger Kommunalbauten*, C-237/02, apartado 22; STJCE 4 junio 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, apartado 42; STJUE 9 noviembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, apartados 43-44; *Invitel*, apartado 22; STJUE 14 marzo 2013, *Aziz*, C-415/11, apartado 66; *Kušionová*, apartado 73; *Constructora Principado*, apartado 20; *Banco Primus*, C-421/14, 26.1.2017, apartado 57; *Kiss y CIB Bank*, apartado 47; *Ibercaja Banco*, apartados 61 y 62; *Caixabank*, apartado 73; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 92.

³⁴ SSTJUE *Aziz*, apartado 68; *Constructora Principado*, apartado 21; *Primus*, apartado 59.

³⁵ SSTJUE *Constructora Principado*, apartado 23; *Kiss y CIB Bank*, apartado 51 y *Caixabank*, apartado 75.

³⁶ SSTJUE *Constructora Principado*, apartado 22; *Banco Primus*, apartados 58-59; *Kiss y CIB Bank*, apartado 51.

³⁷ STJUE 21 abril 2016, *Radlinger y Radlingerová*, C-377/14, apartados 94 y 95.

³⁸ Entre muchas otras, SSTJUE *Aziz*, apartados 69 y 76; *Banco Primus*, apartado 60; *Andriiciuc y otros*, apartado 57; *Caixabank*, apartado 74.

bración del contrato, prestando especial atención a “la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes”³⁹ y teniendo presente cuantos factores pudiese conocer el profesional, con potencial incidencia sobre la ulterior ejecución del contrato⁴⁰. En cualquier caso, la centralidad del tiempo en que este se celebra determina la irrelevancia del comportamiento observado por el profesional durante su ejecución – señaladamente, en el momento de reclamar su cumplimiento-, que no puede ser definitorio de la validez o nulidad de la cláusula en cuyo ejercicio se apoya. El carácter intrínsecamente abusivo de una cláusula no puede verse purgado por el hecho de que el empresario, al tiempo de aplicarla, intente reducir su pretensión a los límites permitidos por la normativa vigente en tal momento.

Así lo ha entendido el TJUE, al sancionar que la apreciación del carácter abusivo de la cláusula que prevé el vencimiento anticipado del crédito por impago de una sola cuota no queda excluida por el hecho de que el empresario espere a que se produzca un número importante de impagos para dar por vencido el préstamo⁴¹.

2. La exigencia de redacción clara y comprensible: los artículos 4.2 y 5 de la Directiva

A) El alcance del deber de transparencia

30. De conformidad con el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, en el caso de contratos en que todas o algunas de las cláusulas propuestas al consumidor consten por escrito, estas “deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible”, a lo que el precepto añade que, en caso de duda, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. En su simplicidad, la norma regula una cuestión de especial relevancia en la defensa de la posición contractual del consumidor: la necesidad de transparencia en la redacción de las condiciones a que se somete, como presupuesto para su conocimiento real y, por tanto, para la emisión de un consentimiento consciente y válido.

La exigencia de transparencia se extiende expresamente a las cláusulas definitorias del objeto principal del contrato, que sólo están exentas de control de abusividad en la medida en que se redacten “de modo claro y comprensible” (artículo 4.2), de forma que la cláusula oscura, si no puede salvar su validez por vía de interpretación favorable al consumidor, podrá ser reputada abusiva, en los términos del art. 3.1 de la Directiva.

31. El TJUE ha mantenido una interpretación estricta del requisito de transparencia, desarrollada especialmente en materia de cláusulas definitorias de los elementos esenciales, pero aplicable, en criterio del propio tribunal, a toda clase de cláusulas no negociadas⁴². Para la corte, la exigencia de redacción clara y comprensible debe interpretarse de manera extensiva, de modo que no basta con su legibilidad física y su corrección y comprensibilidad formal y gramatical, sino que es preciso que el contrato exponga de modo transparente las razones económicas subyacentes a la aplicación de la cláusula, su modo de funcionamiento y su relación con otras cláusulas del contrato, de suerte que el consumidor esté en condiciones de evaluar, sobre el fundamento de criterios precisos e inteligibles, los riesgos que asume y las consecuencias económicas que se derivan para él⁴³.

³⁹ Considerando 16 de la Directiva, que aconseja valorar si el consumidor ha sido inducido de algún modo a aceptar la cláusula y si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor. En la jurisprudencia, STJUE *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 97.

⁴⁰ SSTJUE *Andriuc y otros*, apartados 54 a 58; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 97.

⁴¹ ATJUE 11 junio 2015, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, C-602/13, apartados 50, 53 y 54, donde el tribunal afirma que la circunstancia de que una cláusula no llegue a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas de su carácter abusivo. La doctrina del tribunal se reitera en la sentencia *Banco Primus*, apartado 73.

⁴² SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 67 a 69; *Matei*, apartado 73; *Gutiérrez Naranjo*, apartado 49; *Kiss y CIB Bank*, apartado 36; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 46; *Caixabank*, apartado 66; *BNP Paribas Personal Finance (I)*. Una crítica a la equiparación del nivel de transparencia exigible a toda clase de cláusulas puede verse en F. PANTALEÓN PRIETO, “La comisión de apertura, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo (y II)”, *Almacén de Derecho [blog]*, 20.9.2020. Disponible en: <https://www.rchdp.cl/index.php/rchdp/about/submissions#authorGuidelines>

⁴³ STJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 70 a 73, a propósito de las cláusulas definitorias del deber de reembolso del

32. En el examen del cumplimiento del deber de transparencia (cuya prueba debe gravar al empresario, por imposición del principio de efectividad del derecho comunitario)⁴⁴, el órgano jurisdiccional ha de valorar todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentra la publicidad y la información ofrecidas por el profesional en el marco de la negociación del contrato, teniendo presente el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz⁴⁵.

Desde una perspectiva temporal, la apreciación de la observancia por el profesional de los requisitos de transparencia e información ha de llevarse a cabo tomando como referencia los elementos de que dispone en la fecha en que celebró el contrato con el consumidor. En consecuencia, el juzgador habrá de valorar el conjunto de circunstancias que el profesional, teniendo en cuenta su experiencia, podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución del contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que únicamente se manifieste mientras se ejecuta el contrato⁴⁶. Aun cuando no pueda exigirse al profesional conocer lo que no ha sucedido aún⁴⁷, el TJUE considera *especialmente pertinente*, a efectos de valorar el cumplimiento de los requisitos de transparencia y buena fe, la información suministrada sobre el comportamiento pasado de cláusulas equivalentes a la enjuiciada, en la medida en que tal información contribuye a que el consumidor tenga una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que pueden derivar de su aplicación⁴⁸. En sentido análogo, el tribunal valora la pertinencia de que la información incluya simulacros de comportamiento de las cláusulas potencialmente dañosas, en función de cambios previsibles de los elementos que las conforman⁴⁹.

capital prestado, en el marco de un préstamo denominado en moneda extranjera. La doctrina se reitera en las SSTJUE *Matei*, apartados 74-75; *Andriciuc y otros*, apartados 44-45; *OTP Bank y OTP Faktoring*, apartados 73 y 78; *Kiss y CIB Bank*, apartado 37; *Ibercaja Banco*, apartados 44 y 45; *Gómez del Moral Guasch*, apartados 50, 51 y 56; *Caixabank*, apartado 67; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 42 a 44; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 62 a 65 y 78.

⁴⁴ STJUE *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 85 a 89.

⁴⁵ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 74; *Matei*, apartado 75; *Andriciuc y otros*, apartados 46-47; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 52; *Ibercaja Banco*, apartado 46; *Caixabank*, apartados 68 y 70; *BNP Paribas Personal Finance (I)* apartados 45-46; *BNP Paribas Personal Finance (II)* apartado 66, donde postula la valoración de la información suministrada “no solo por el propio prestamista, sino también por cualquier otra persona que haya participado, en nombre de ese profesional, en la comercialización de los préstamos de que se trata”. Sobre los criterios ponderables en la apreciación de la transparencia de una cláusula, Informe Comisión 2019, pp. 22 a 24.

⁴⁶ STJUE *Andriciuc y otros*, C-186/16, apartados 54-56, a propósito de la información relativa a las posibles variaciones de los tipos de cambio y de los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera. En el mismo ámbito, *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 67.

⁴⁷ STJUE *Ibercaja Banco*, donde, tras reiterar la doctrina citada en la nota anterior (apartado 48), afirma que “no es posible exigir al prestamista información precisa sobre las variaciones que experimentará el tipo de referencia del préstamo durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional” (apartado 52).

⁴⁸ STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartado 54, a propósito de la pertinencia de informar al consumidor sobre las fluctuaciones experimentadas en los dos años naturales anteriores por el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses ordinarios en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, lo que le aporta un término útil de comparación entre el tipo de referencia utilizado y otros tipos alternativos. Sobre el alcance del fallo y la posibilidad de considerar no transparentes las cláusulas cuando falta una información similar a la apuntada, F. PERTIÑEZ VÍLCHEZ, “El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE 3 marzo 2020: transparencia, carácter abusivo e integración”, *Diario La Ley*, n. 9689, 16 de julio de 2020, p. 5. Tal alcance ha sido recientemente aclarado por el ATJUE 17 noviembre 2021, *Gómez del Moral Guasch II*, C-655/20, donde el tribunal descarta la obligatoriedad de la información precontractual apuntada, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada por el profesional, un consumidor medio esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia (apartado 34). Véase, también en el marco de un préstamo a interés variable, la STJUE *Ibercaja Banco*, apartados 53-54, sobre la pertinencia de informar al consumidor de la evolución en el pasado del índice de referencia, a efectos de que pueda tomar conciencia de la eventualidad de no poder beneficiarse de tipos inferiores al “tipo suelo” cuestionado en el litigio. En este mismo asunto, y a propósito de la transparencia exigible al acuerdo novatorio por el que se sustituye la cláusula controvertida renunciando a la acción de nulación y sus efectos restitutorios, el TJUE entiende que no es exigible al profesional informar del carácter abusivo de la cláusula y sus consecuencias, cuando tal abusividad no había sido reconocida por ambas partes en el marco de un procedimiento judicial y no existía una resolución firme sobre el deber de restitución de todas las cantidades indebidamente satisfechas en virtud de esa cláusula (apartados 72-74). En sentido idéntico, STJUE 1 junio 2021, *UP contra BANCO SANTANDER, S. A.*, C-268/19, apartados 57-58.

⁴⁹ Véase, en relación con la exigencia de transparencia en los créditos denominados en moneda extranjera, *BNP Paribas*

33. El examen circunstanciado de la claridad y comprensibilidad de una cláusula no negociada ha de proceder en todo caso, sin que pueda reputarse que una cláusula es, por su propia denominación, transparente⁵⁰. No obstante, el TJUE ha estimado que las cláusulas que establecen el cobro de una comisión de desembolso y los gastos de gestión del crédito, cuando su modo de determinación e importe es claro, no han de detallar necesariamente los servicios prestados por el profesional como contrapartida, siempre que la naturaleza de los servicios *efectivamente proporcionados* pueda razonablemente entenderse o deducirse del contrato en su conjunto y el consumidor pueda comprobar que no hay solapamiento entre los distintos gastos o entre los servicios que aquellos retribuyen⁵¹.

34. En su jurisprudencia más reciente, el TJUE ha introducido, como elemento ponderable en el juicio de la transparencia, la accesibilidad para el consumidor de la información precisa para comprender los elementos conformadores (función y funcionamiento) de la cláusula controvertida. Así, en el asunto *Gómez del Moral*, al valorar la transparencia de la cláusula que incluye la referencia al tipo de interés variable aplicable para el cálculo de los intereses ordinarios del préstamo, la corte sanciona la pertinencia de valorar la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del tipo controvertido resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en una Circular del Banco de España, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado⁵². De este modo, se eleva el nivel de la diligencia exigible al consumidor medio⁵³, al tiempo que se constata un retroceso respecto a pronunciamientos previos, en que el tribunal llegó a descartar que el deber de transparencia pueda reputarse cumplido mediante la remisión contenida en las condiciones generales del contrato a las disposiciones legales o reglamentarias que establezcan derechos y obligaciones de las partes en torno a las cláusulas controvertidas⁵⁴.

B) Sanción por incumplimiento: transparencia y abusividad

35. Es llamativo que el artículo 5 la Directiva, tras sancionar el deber de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, omita cualquier alusión a las consecuencias derivadas de la vulneración de tal deber, limitándose a prever que las cláusulas oscuras deben ser interpretadas en el sentido más favorable al consumidor⁵⁵. La laguna existente en torno a las cláusulas que no admiten una interpretación *pro consumatore* ha sido colmada por el TJUE, en el sentido de descartar que la falta de transparencia sea un factor directo de nulidad de la cláusula, afirmación con declinaciones diversas, en función de la naturaleza de la cláusula enjuiciada.

36. Tratándose de cláusulas definitorias de los elementos esenciales, la falta de transparencia juega como presupuesto de la posible fiscalización de su carácter abusivo, que ha de realizarse a la luz

Personal Finance (II), apartados 72 y 73, que aconseja la inclusión por el profesional de simulaciones numéricas que informen sobre la repercusión en las obligaciones del consumidor prestatario de las variaciones de los tipos de cambio entre moneda de cuenta y de pago.

⁵⁰ STJUE *Caixabank*, apartados 68 y 69, a propósito de la necesidad de que el consumidor pueda comprender los motivos que justifican el cobro de una comisión de apertura por la concesión de un préstamo.

⁵¹ STJUE *Kiss y CIB Bank*, apartados 38, 39, 43, 44 y 54; J. LUZAK, « Half-baked transparency rules in Kiss and CIB Bank (C-621/17) », *Recent developments in European Consumer Law [Blog]*, 3.10.2019. Disponible en: <http://recent-ecl.blogspot.com/2019/10/half-baked-transparency-rules-in-kiss.html>.

⁵² STJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartados 53 y 56.

⁵³ F. PERTÍÑEZ VILCHEZ, «El devenir de la cláusula... », *cit.*, muy crítico con la jurisprudencia española que sancionó la “cognoscibilidad” por el consumidor medio del funcionamiento del índice de referencia controvertido en el caso de que trae causa la sentencia *Gómez del Moral Guasch*.

⁵⁴ STJUE *RWE Vertrieb*, apartados 50-51, que, en relación con las cláusulas de modificación de las tarifas de gas, sanciona que la obligación de poner en conocimiento del consumidor el motivo y el modo de variación del coste y su derecho a rescindir el contrato no se cumple con la mera remisión efectuada en las condiciones generales a una disposición legal o reglamentaria que establezca los derechos y obligaciones de las partes (apartado 50).

⁵⁵ Por todos, J. PAGADOR LÓPEZ, *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 53-54.

de los criterios generales recogidos en el art. 3.1 de la Directiva⁵⁶. De este modo, constatada la incomprendibilidad real de la cláusula, el juez ha de apreciar, atendiendo a los cánones interpretativos recogidos en el art. 4.1, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor. El TJUE ape- la en sus fallos al sentido atribuido en la sentencia *Aziz* a las nociones de “buena fe” y “desequilibrio importante”, sentido cuya adaptación al juicio de validez de las cláusulas definitorias de los elementos esenciales no es en absoluto sencilla. De una parte, tal adaptación pasa por admitir que el profesional que ha faltado al deber de transparencia puede razonablemente estimar que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este habría aceptado la cláusula controvertida, *si pudiese entenderla*, en el marco de una negociación individual⁵⁷. De otra, debe recordarse que, en la apreciación del desequilibrio generado por una cláusula, el tribunal europeo ordena atender preferentemente al derecho dispositivo, un parámetro de contraste *a priori* inaplicable a las cláusulas definitorias de la relación entre el precio y el bien o servicio, cuya exclusión de control se ha justificado precisamente en la inexistencia de baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control⁵⁸.

37. La dificultad de admitir la buena fe del profesional que no ha informado de modo suficiente sobre las consecuencias económicas de la cláusula y la inadaptación del concepto jurisprudencial de “desequilibrio importante” a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato se evidencia en buena parte de las sentencias que defienden tal aplicación. Si en algunos supuestos el TJUE se abstiene de pronunciarse sobre el eventual desequilibrio generado por la cláusula no transparente, por corresponder tal decisión al juez nacional⁵⁹, en otros asimila en la práctica la falta de transparencia y la abusividad. Así sucede, por ejemplo, en las dos sentencias de 10 de junio de 2021 recaídas a propósito de préstamos denominados en moneda extranjera, que centran el juicio de abusividad de la cláusula enjuiciada en el desequilibrio económico que puede generar en perjuicio del consumidor, de cuyo riesgo no ha sido informado de modo transparente por el empresario, quien no puede razonablemente estimar que, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, el riesgo desproporcionado de tipo de cambio que resulta de tales cláusulas⁶⁰. En sentido similar, la sentencia *Ibercaja Banco* ha sancionado que “puede ser calificada como abusiva” la cláusula de renuncia por el consumidor al ejercicio de las acciones que pudiesen corresponderle en relación con la validez de la cláusula de un contrato anterior que vincula al mismo empresario (objeto principal del acuerdo, en el sentido del art. 4.2 de la Directiva: apartado 68), “cuando, en particular, el consumidor no haya podido disponer de la información pertinente que le hubiera permitido comprender las consecuencias jurídicas que se derivaban para él de tal cláusula” (apartado 77)⁶¹.

En un tercer grupo se situarían pronunciamientos como el contenido en la sentencia *Banco Primus* que, a efectos de valorar el desequilibrio importante generado por la cláusula definitoria de la fórmula de cálculo del interés ordinario del crédito (que el TJUE considera integrada en el art. 4.2 y, de

⁵⁶ SSTJUE *Gutiérrez Naranjo*, apartado 51; *Primus*, apartados 58 a 63; *Andriaciuc y otros*, apartados 54 a 58; *Ibercaja Banco*, apartados 57 a 61; *Caixabank*, apartados 77-79; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 59 a 62; *Gómez del Moral Guasch II*, apartados 37 a 46. En sentido crítico, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Cuando los años tienen 360 días...”, *cit.*, para quien resulta absurdo admitir que el juez deba declarar vinculante – porque no es abusiva – una cláusula referida a los elementos esenciales de la que ha dicho, previamente, que no está redactada de forma clara y comprensible; S. CÁMARA LAPUENTE, “Doce tesis...”, *cit.*, pp. 15-16, donde postula la nulidad directa de la cláusula suelo no transparente, por no reunir los requisitos de su válida incorporación al contrato, como sanción más protectora, amparada en el derecho español y coherente con la Directiva.

⁵⁷ Sobre la dificultad de realizar este juicio hipotético, F. PERTÍÑEZ VILCHEZ « El devenir de la cláusula... », *cit.*, p. 8.

⁵⁸ STJUE *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 55; *Matei*, apartados 55-56; *Kiss y CIB Bank*, apartados 34-35; *Caixabank*, apartado 65.

⁵⁹ Así, en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, a propósito de las cláusulas definitorias de las cuotas de reembolso en un préstamo multidivisa; *Gutiérrez Naranjo*, a propósito de las cláusulas suelo insertas en un préstamo a interés variable; *Gómez del Moral Guasch*, a propósito del índice de referencia aplicable al cálculo de los intereses ordinarios.

⁶⁰ SSTJUE *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartados 68 a 71; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 100 a 102.

⁶¹ En el caso, el nudo gordiano del juicio de abusividad del pacto novatorio que incluye la renuncia se encuentra en el hecho de que el consumidor haya tenido o no información suficiente acerca del carácter abusivo de la cláusula suelo inserta inicialmente en el contrato y de las cantidades a cuyo reembolso hubiera tenido derecho en caso de que se hubiese declarado la nulidad de la cláusula (apartado 69).

conformidad con el órgano remitente, califica como no transparente), ordena al juez nacional comparar el método pactado y el tipo efectivo resultante de su aplicación con los “modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo de legal interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato” (apartado 65). Una técnica que, en definitiva, supone apelar a los usos como parámetro de contraste del desequilibrio generado por la cláusula y fiscalizar la estricta adecuación entre el precio y el servicio, lo que resulta poco coherente con la doctrina previa del tribunal.

38. La sanción merecida por causa de falta de transparencia difiere en relación con las cláusulas definitorias de los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato, sujetas en cualquier caso al juicio de abusividad. En ellas, la transparencia se convierte en uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si la cláusula es abusiva, especialmente relevante en el caso de cláusulas cuya inclusión en el Anexo de la Directiva – y carácter “indiciariamente” abusivo- deriva precisamente de la existencia de un déficit en la información suministrada al consumidor. Así sucede nítidamente con las cláusulas de modificación unilateral por el profesional de la prestación debida por el consumidor, cuando no se le informa, de modo claro y comprensible, sobre los motivos de la modificación pretendida, el método de variación de la prestación y el derecho que le asiste a rescindir el contrato (letras j) y l) del apartado 1 y b) y d) del apartado 2) del Anexo)⁶².

39. Fuera del marco de las cláusulas reconducibles al catálogo del Anexo, la falta de transparencia juega como un criterio más de valoración de la abusividad de la cláusula accesorias, en realidad subsumible en las “circunstancias” concurrentes al tiempo de celebración del contrato, a que apela el art. 4.1 de la Directiva⁶³. En consecuencia, el TJUE admite que la cláusula no transparente pueda no ser abusiva, lo que le lleva a conclusiones en ocasiones paradójicas. Así ocurre en el caso resuelto por la sentencia *Kiss y CIB Bank*, recaída – recordemos- a propósito de las cláusulas que imponen al consumidor prestatario el pago de gastos de gestión y de una comisión de desembolso por la concesión del préstamo. Para el tribunal, tales cláusulas, aun cuando no permitan identificar inequívocamente los servicios concretos proporcionados como contrapartida, en principio no causan, contrariamente a las exigencias de la buena fe y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, a menos que no pueda considerarse que los servicios se prestaron efectivamente o que los importes que debe abonar el consumidor en concepto de gastos de gestión y de comisión de desembolso sean desproporcionados en relación con el importe del préstamo (apartados 55 y 56). El desatino del tribunal es doble: de una parte, la abusividad se hace depender de la prueba de un hecho negativo cuya carga se traslada al consumidor (inexistencia de servicios ligados a la gestión o el desembolso del crédito). De otra, postula una valoración económica del desequilibrio generado por la cláusula (proporcionalidad de los gastos y la comisión cuestionadas con el importe del crédito), y ello tras recordar en el apartado 51 que el examen del desequilibrio generado por la cláusula “no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro”.

40. Más correcta parece la solución adoptada en el caso *Caixabank* que, a propósito de la abusividad de la cláusula definitoria de la denominada *comisión de apertura* del préstamo (equivalente, en definitiva, a la comisión y gastos enjuiciados en el asunto *Kiss y CIB Bank*) llega a una conclusión contraria a su precedente. Tal y como se recoge en los apartados 78 y 79 del fallo, la cláusula que omite los servicios prestados a cambio de la comisión que establece puede generar desequilibrio, entendido como

⁶² STJUE *Invitel*, apartados 24 a 31, a propósito de las cláusulas de modificación unilateral de gastos relacionados con la prestación de un servicio de telefonía; sentencia *RWE Vertrieb*, apartados 50-55, sobre modificación unilateral de las tarifas aplicables en un contrato de suministro de gas; sentencia *Matei*, apartados 73 a 76, sobre modificación unilateral del tipo de interés aplicado al préstamo, donde el tribunal asevera que “La exigencia de comprensibilidad real dudosamente es cubierta por la cláusula que permite al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés en función del criterio - “poco transparente a primera vista”, a pesar de su claridad gramatical— de «que se produzcan variaciones significativas en el mercado financiero» (apartado 76).

⁶³ Entre otras, SSTJUE *Gómez del Moral Guasch*, apartado 52; *Ibercaja Banco*, apartado 46; *BNP Paribas Personal Finance (I)*, apartado 46; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 67.

menoscabo de la situación jurídica en que se encuentre el consumidor en virtud de las disposiciones nacionales, pues estas (en el caso, la normativa bancaria española) exigen que los gastos y comisiones repercutidos al cliente respondan a servicios *efectivamente prestados* o a gastos *habidos*. De ello se sigue que una cláusula que surta el efecto de eximir al profesional de la obligación de demostrar que se cumplen estos requisitos en relación con una comisión de apertura podría, sin perjuicio de la comprobación que realice el órgano jurisdiccional remitente a la luz del conjunto de las cláusulas del contrato, incidir negativamente en la posición jurídica del consumidor y, en consecuencia, causar en detrimento de este un desequilibrio importante, contrariamente a las exigencias de la buena fe.

IV. Efectos de la declaración del carácter abusivo de una cláusula

41. De conformidad con el art. 6.1 de la Directiva, los Estados miembros han de garantizar que las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no vinculen a este último, sin perjuicio de la conservación del contrato en los mismos términos pactados, si esta fuere posible. De este modo, una vez purgado el contrato de sus elementos abusivos, debe continuar su ejecución, que sigue vinculando al predisponente. Sólo cuando este no pueda subsistir, deberá el juez decretar su nulidad íntegra.

La norma comunitaria deja a los derechos nacionales la determinación de la categoría de ineficacia negocial aplicable, de su concreta articulación procesal y de los criterios determinantes del tránsito de la nulidad parcial a la ineficacia íntegra del contrato, precisando en el artículo 7 que el mecanismo escogido ha de constituir un medio “adecuado y eficaz” para que cese el uso de cláusulas abusivas. Un mandato que, a juicio del TJUE, implica que el régimen de ineficacia ha de tener una proyección no solo represiva, sino también preventiva o disuasoria de la utilización futura de cláusulas abusivas por el empresario.

42. Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva, pese a su parquedad, han sido objeto de un amplísimo desarrollo por el TJUE, que en un importante número de sentencias ha fijado criterios imperativos en torno al alcance y articulación del régimen de ineficacia aplicable a las cláusulas abusivas. A efectos expositivos, tales aportaciones pueden compendiarse en tres grupos, respectivamente referidos al tratamiento procesal de las cláusulas abusivas, las consecuencias que la declaración de nulidad despliega sobre el contrato en su conjunto y los efectos económicos derivados de la declaración de nulidad.

1. Aportaciones del TJUE en torno al tratamiento procesal de las cláusulas abusivas

43. A falta de normativa específica de la Unión europea en materia procesal, la regulación de los procesos destinados a garantizar la salvaguarda de los derechos que el ordenamiento comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro (principio de autonomía procesal). No obstante, las condiciones en las que las normas internas presten la protección brindada por el derecho de la Unión no deben ser menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no deben hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario (principio de efectividad)⁶⁴.

La doble condición a que se somete la vigencia del principio de autonomía procesal de los Estados ha justificado la “intervención” del TJUE sobre algunos aspectos esenciales de la articulación de la nulidad de la cláusula abusiva en el proceso, bajo el presupuesto de la incompatibilidad con la Directiva

⁶⁴ Véanse, en relación con los derechos derivados de la Directiva 93/13/CEE, entre otras, STJCE 26 octubre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, apartado 24; STJCE 6 octubre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, apartado 38; STJUE 14 junio 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 46; STJUE 21 febrero 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, apartado 26; *Aziz*, apartado 50; *Caixabank*, apartado 83. Sobre el alcance de los principios mencionados y su repercusión en materia procesal, Informe Comisión 2019, pp. 42 a 44.

93/13/CEE de las normativas internas cuestionadas, en términos de equivalencia y - sobre todo- de eficacia del derecho comunitario.

44. La aportación más relevante y consolidada en este ámbito es sin duda la doctrina del Tribunal sobre el deber del juez nacional de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula⁶⁵. En síntesis, la jurisprudencia comunitaria sanciona el deber del juez de adoptar las medidas de instrucción necesarias para establecer si una cláusula entra dentro del campo de aplicación de la directiva y, en caso afirmativo, de apreciar de oficio su carácter eventualmente abusivo, siempre que disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios, y salvo aceptación expresa del consumidor informado al efecto por dicho juez. Como medida de preservación del derecho de defensa del profesional predisponente y el principio de contradicción, la corte incorpora a su doctrina el deber del juez nacional de informar a las partes de la existencia de una cláusula abusiva, instándoles para que debatan de forma contradictoria, conforme a las normas procesales nacionales, en torno a los elementos de hecho y de derecho decisivos para la resolución del procedimiento⁶⁶.

45. En sus pronunciamientos, el tribunal vincula la apreciación de oficio de la nulidad de la cláusula abusiva tanto al objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, a saber, impedir que el consumidor quede vinculado por una cláusula abusiva, como al mandato contenido en su artículo 7, al tratarse de un medio «adecuado y eficaz» para que cese el uso de cláusulas abusivas, dado el efecto disuasorio que puede ejercer sobre los profesionales. Los argumentos, empleados por vez primera en las conclusiones 25 a 28 de la sentencia *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, se reproducen de modo casi literal en los pronunciamientos posteriores: la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional, derivada de la inferioridad del primero en capacidad de negociación y nivel de información, sólo puede compensarse con una intervención positiva, ajena a las partes del contrato que, en el ámbito de la acción individual, ha de venir dada por la actuación del juez. El tribunal estima además que la Directiva 93/13/CEE constituye una disposición indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta, lo que la convierte en norma imperativa equivalente a las disposiciones que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público⁶⁷.

46. Junto a la doctrina analizada, el TJUE ha sancionado dos reglas más de naturaleza procesal, impuestas - por encima de cualquier divergencia entre Estados - por el principio de efectividad del derecho comunitario. De una parte, ha declarado que se opone a la Directiva 93/13/CEE la normativa interna que establezca un plazo de prescripción a la acción destinada a obtener la declaración de nulidad de una cláusula, de modo que su preclusión prive al consumidor del derecho a invocar tal nulidad en cualquier tiempo o impida al juez nacional declarar, de oficio o en virtud de excepción, el carácter abusivo de una cláusula⁶⁸. Ello sin perjuicio de la posible sujeción a plazos preclusivos de la acción orientada a reclamar la devolución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de tales cláusulas abusivas, cuestión sobre la que se volverá más adelante. De otra, ha decretado la incompatibilidad con la Directiva de la normativa interna que cargue al consumidor con una parte de las costas procesales en caso de desestimación parcial de su pretensión restitutoria, en la medida en que tal régimen crea un obstáculo

⁶⁵ La doctrina se desarrolla, entre otras, en las SSTJCE 27 junio 2000, *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores*, asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98; *Mostaza Claro*; *Pannon GSM*; *Asturcom Telecomunicaciones*; *VB Pénzügyi Lízing*; *Banco Español de Crédito*; *Aziz*; STJUE 30 mayo 2013, *Jörös*, C-397/11; STJUE 30 mayo 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11; STJUE 18 febrero 2016, *Finanmadrid E.F.C.*, C-49/14; STJUE 26 junio 2019, *Addiko Bank*, C-407/18; STJUE 13 septiembre 2018, *Profi Credit Polska*, C-176/17.

⁶⁶ SSTJUE *Banif Plus Bank*, apartados 29 a 31 y 36; *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 53. En la doctrina, G. RAYMOND, « Caractère abusif d'une clause contractuelle et office du juge », *Contrats concurrence consommation*, n. 6, 2013, comm. 142.

⁶⁷ SSTJCE *Asturcom Telecomunicaciones*, apartados 51 a 53; *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartados 44 y 45; *Jörös*, apartado 30.

⁶⁸ SSTJCE 21 noviembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, apartados 29, 31 y 35; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 38 y 48.

significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas contractuales⁶⁹.

2. Consecuencias negociales de la declaración del carácter abusivo de una cláusula

A) La doctrina de la “no integración” y la excepcional entrada del derecho dispositivo en sustitución de la cláusula abusiva

47. Ya desde una perspectiva sustantiva, el TJUE ha perfilado, nuevamente a través de un amplísimo número de sentencias, las consecuencias que sobre el propio contrato derivan de la declaración del carácter abusivo de una cláusula, sancionando una regla esencial calificada por la literatura jurídica como principio o doctrina de la “no integración”. Conforme a tal principio, decretado por el juez el carácter abusivo y la consecuente nulidad de una cláusula, esta debe ser simple y llanamente expulsada del contrato, sin que los Estados miembros puedan conceder al juez facultades de “moderación” de la cláusula, de “reducción” de su alcance a límites tolerables o de “recomposición” o “integración” del contrato parcialmente nulo⁷⁰. Así, si una cláusula no negociada inserta en un contrato de préstamo impone al consumidor unos intereses moratorios excesivos, el juez que declara su nulidad (por conformar una indemnización desproporcionada al incumplimiento) no podrá reducir el interés de demora a umbrales razonables, ni aun utilizar la norma legal que fija los intereses moratorios en defecto de pacto, sino que habrá simple y llanamente de decretar la improcedencia del cobro de estos intereses, subsistiendo el contrato en lo restante⁷¹.

48. Para el TJUE, la incompatibilidad con la Directiva de la facultad del juez nacional de “integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva” se fundamenta en un doble argumento. De una parte, en la literalidad del artículo 6.1, cuyo mandato de “no vinculación” impone la simple inaplicación de la cláusula abusiva y, de ser jurídicamente posible en virtud del Derecho interno, la subsistencia del contrato sin más modificación que la derivada de tal supresión. De otra, en la finalidad y sistemática de la Directiva 93/13/CEE, pues la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuren en el contrato podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo fijado en el art. 7, al contribuir 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. En esta línea, el tribunal advierte que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegase a ser declarada su nulidad, el contrato podría ser integrado por el juez en lo que fuera necesario, garantizando de este modo su interés⁷².

⁶⁹ STJUE *Caixabank*, apartado 99.

⁷⁰ STJUE *Banco Español de Crédito*, donde la corte declara la incompatibilidad con el derecho comunitario del entonces art. 83 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios española, que a la sazón ordenaba al juez integrar el contrato con arreglo al artículo 1258 del Código civil y el principio de buena fe objetiva, concediéndole al efecto facultades moderadoras de los derechos y obligaciones de las partes. Con posterioridad, entre otras, SSTJUE *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 57; *Kásler y Káslerné Rábai*, apartado 77; *Unicaja Banco y Caixabank*, apartados 28-29; *Radlinger y Radlingerová*, apartado 97; *Primus*, apartado 71; STJUE 26 marzo 2019, *Abanca Corporación Bancaria*, C-70/17 y C-179/17, apartado 53; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 59; ATJUE *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartado 33.

⁷¹ Los efectos de la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, en el sentido expuesto en el texto, se recogen, entre otras, en las citadas sentencias *Banco Español de Crédito*, *Unicaja Banco y Caixabank* y en los autos *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria y Banco Grupo Cajatres*. Véase, no obstante, la STJUE 7 agosto 2018, *Banco Santander*, asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17, donde el TJUE decretó que la nulidad de la cláusula de fijación de los intereses moratorios no ha de impedir la continuidad del devengo de los intereses remuneratorios del préstamo, aun cuando este se encuentre ya vencido, lo que en la práctica supone admitir la reducción del interés de demora hasta un umbral equivalente a los intereses ordinarios pactados. En la doctrina, por todos, E. ARROYO AMAYUELAS, “Límites a los intereses moratorios”, en M. ANDERSON-E. ARROYO Y A. APARICIO (dirs.), *Cuestiones hipotecarias e instrumentos de previsión. El impacto del Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 84-85.

⁷² Entre otras, SSTJUE *Banco Español de Crédito*, apartados 65 a 69; *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartados 58 a 60; *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 78-79; *Unicaja Banco y Caixabank*, apartados 30 a 32; *Abanca Corporación Bancaria*, apartado 54; *Gómez del Moral Guasch*, apartado 60; ATJUE *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartados 35 a 37.

49. Por idénticas razones, el TJUE ha proscrito la técnica de “segregar” la cláusula enjuiciada en una parte inválida (que se elimina) y otra válida (que se conserva, por no reputarse abusiva), lo que equivale a modificar su contenido, afectando a su esencia. El tribunal considera que tal mantenimiento parcial de las cláusulas es inadmisibles, al menoscabar de modo directo el efecto disuasorio buscado por la Directiva⁷³.

50. En la versión completa de la doctrina de la no integración, la posible sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional es admitida por el TJUE en un único supuesto: cuando la inaplicación de la cláusula enjuiciada obligue al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, dejando al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales⁷⁴. Tal circunstancia concurría en el asunto resuelto por la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, primera en matizar la regla de la “no integración”, para dar entrada limitada a la aplicación judicial del derecho dispositivo. En el caso, el tribunal hubo de pronunciarse, entre otros extremos ya comentados, sobre las consecuencias de la eventual nulidad de la cláusula definitoria del deber de reembolso del consumidor prestatario, en el marco de un préstamo hipotecario. Bajo el presupuesto de que, de apreciarse efectivamente la abusividad y consecuente inaplicación de la cláusula, el contrato no podría subsistir, el TJUE admite su sustitución por una norma jurídica de derecho nacional (en el caso, art. 237.2 del Código civil húngaro), que permitía la continuidad del contrato mediante un cálculo equitativo de las cuotas de devolución del préstamo. En su razonamiento, el TJUE parte de una reflexión práctica incontestable: en supuestos como el controvertido, la anulación del contrato tiene 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, razón por la que 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 (apartado 84). Frente a esta situación, y habida cuenta de que la aplicación del derecho supletorio permitía restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes, se concluye que “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional” (apartado 85).

51. La sentencia *Kásler y Káslerné Rábai* apunta los presupuestos de operatividad de la facultad de aplicación judicial del derecho dispositivo, en principio excepcional, que el TJUE desarrollará con posterioridad, entre otras en las sentencias *Dunai* (apartados 50 a 56), *Abanca Corporación Bancaria y Bankia* (apartados 60 a 63), *Gómez del Moral Guasch* (apartados 61 a 66) y *Dziubak* (apartado 48). De la doctrina contenida en tales pronunciamientos se desprende que la decisión del juez nacional ha de derivar de un razonamiento gradual, desarrollado en tres tiempos. En primer término, ha de valorar si, de conformidad con las normas de derecho interno y adoptando un enfoque objetivo, la cláusula enjuiciada define aspectos esenciales del contrato, de modo que este no puede subsistir sin aquella⁷⁵. En segundo lugar, y para el caso de que constate la imposibilidad de subsistencia del contrato, el juez nacional ha de valorar si su nulidad expone al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representan para él una penalización, valoradas necesariamente en relación con las circunstancias

⁷³ STJUE *Abanca Corporación Bancaria*, apartado 55, a propósito de las cláusulas que otorgan a la entidad prestamista la facultad de dar por vencido el préstamo y exigir la totalidad de la deuda cuando el deudor deje de pagar cualquiera de los vencimientos de intereses o cuotas de amortización. La validez de tales cláusulas no puede ser salvada eliminando la parte afectada de nulidad (vencimiento por impago de una sola cuota) y preservándola en lo restante, dada la indivisibilidad intrínseca de la cláusula.

⁷⁴ SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai*; STJUE 14 marzo 2019, *Dunai*, C-118/17; *Abanca Corporación Bancaria*, apartados 56 y 64; STJUE 3 octubre 2019, *Dziubak*, C-260/18, apartado 48; *Gómez del Moral Guasch*, apartados 61 a 67; ATJUE 3 julio 2019, *Bankia*, C-92/16, apartados 40 a 45.

⁷⁵ El enfoque objetivo apelado por el tribunal implica que el juicio sobre la subsistencia del contrato no puede depender exclusivamente del mayor beneficio que de la decisión adoptada se irroge para una de las partes contratantes (sentencias *Perenicová y Perenic*, apartados 31 a 33; *Dziubak*, apartado 41).

existentes o previsibles en el momento del litigio, y no ya en el momento de la celebración del contrato en cuestión⁷⁶. En tercer lugar, constatada la imposibilidad de subsistencia del contrato y el perjuicio que su anulación irroga al consumidor, el juez nacional ha de ponderar si el mantenimiento del contrato y la aplicación del derecho dispositivo nacional permite reemplazar el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes, supuesto en que “podrá” decretar tal subsistencia del contrato y sustituir las cláusulas cuestionadas por la “norma supletoria de derecho nacional”, siempre que el consumidor no se oponga a ello⁷⁷ y con efectos que han de retrotraerse al momento de celebración del contrato⁷⁸. Ahora bien, la aplicación del derecho supletorio ha de ceñirse a las normas de naturaleza legal aplicables en defecto de pacto (incluso cuando su redacción haya sido posterior a la celebración del contrato⁷⁹), sin que sea posible la integración conforme a las exigencias de la buena fe, los usos o la equidad, principios sobre los que no ha intervenido el legislador y sobre los que, por tanto, no es posible establecer una presunción de inexistencia de abusividad⁸⁰.

52. La clave de bóveda se encuentra así en la decisión en torno a la posibilidad o imposibilidad de subsistencia del contrato (decisión exclusiva del juez nacional) pues, si los órganos jurisdiccionales llegan a la conclusión de que el contrato puede subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas, deberá simple y llanamente abstenerse de aplicarlas, salvo que el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifieste su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a su aplicación⁸¹.

B) Crítica a la doctrina de la “no integración”: moderación (de la cláusula) versus integración (del contrato)

53. Ha de reconocerse que la doctrina europea de la “no integración” ejerce en relación con cláusulas como la definitoria de los intereses moratorios de un crédito (cuestionada en los primeros pronunciamientos del TJUE en la materia) un potente efecto disuasorio sobre el profesional, que ha de extremar el cuidado en su redacción, sabedor de que su eventual nulidad le privará incluso de los derechos que, en caso de retraso del deudor en el cumplimiento, le corresponderían en defecto de pacto. Sin embargo, incurre en un error conceptual básico, consistente en identificar dos facultades judiciales que son en puridad diferentes: la facultad de moderar el contenido de la cláusula, hasta ajustarla a los límites legalmente admisibles (“técnica de reducción conservadora” de la validez de la cláusula) y la facultad de integración del contrato parcialmente nulo, mediante el recurso a los elementos y criterios aportados por el derecho contractual interno (generalmente, interpretación integradora del contrato, norma dispositiva interna, buena fe y usos)⁸².

54. Es plausible negar al juez nacional la primera de las facultades mencionadas, pues limitar el alcance de la cláusula hasta umbrales admisibles equivale a sancionar su nulidad parcial (expulsando la parte ilícita y salvando la validez de la parte admisible), lo que, por un lado, contradice abiertamente el

⁷⁶ Sobre el momento de apreciación del perjuicio ocasionado al consumidor por la anulación de la totalidad del contrato, *Dziubak*, apartados 50 y 51.

⁷⁷ SSTJUE *Dunai* (apartados 41 a 45; 55 y 56); *Dziubak* (apartados 53-55).

⁷⁸ ATJUE *Gómez del Moral y Guasch II*, apartados 67 y 68.

⁷⁹ STJUE *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, apartados 59, 62 y 64; *Gómez del Moral y Guasch*, apartado 64.

⁸⁰ *Dziubak*, apartados 57 a 62. Muy crítico con el fallo, cuyas expresiones son en ocasiones ininteligibles, se muestra J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “¿Hay algo que no vaya de cláusulas abusivas? El Asunto Dziubak. STJUE 3 de octubre de 2019”, *Almacén de Derecho* [Blog], 20.11.2019. Disponible en: <https://almacenederecho.org/todo-es-un-problema-de-clausulas-abusivas-el-asunto-dziubak>

⁸¹ SSTJUE *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, apartado 63; *Dziubak*, apartados 53 a 56; *Gómez del Moral Guasch II*, apartados 49 a 52.

⁸² La diferencia entre ambas facultades puede verse en J. PAGADOR LÓPEZ, “Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas”, en L. M. MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ (coords.), *Derecho (privado) de los consumidores*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 118-120.

mandato de no vinculación e inaplicación integral de la cláusula contenido en el art. 6.1 de la Directiva; por otro, beneficia al profesional predisponente, a quien la reducción judicial de la cláusula situará en una posición más favorable que la derivada de la ausencia de pacto y consecuente aplicación del derecho dispositivo⁸³. Sin embargo, no es defendible emplear idénticos argumentos para proscribir la integración judicial del contrato parcialmente nulo. De una parte, esta facultad no entra realmente en colisión con la literalidad del art. 6.1 de la Directiva, pues no supone otorgar carácter vinculante (siquiera parcial) a la cláusula abusiva. Muy al contrario, la activación de la facultad de integración presupone precisamente la inaplicación de la cláusula (piénsese que solo la inexistencia de pacto de intereses moratorios legitima la aplicación de la norma subsidiaria que fija la indemnización por retraso en el cumplimiento de las obligaciones pecuniarias). De otra, no puede sostenerse sin más que el juego del derecho dispositivo haga quebrar la función disuasoria que ha de cumplir la disciplina en materia de cláusulas abusivas. Situándonos de nuevo en la posición contractual del empresario prestamista, este ha de saber que puede penalizar el retraso en el cumplimiento del deber de reembolso del prestatario con un interés moratorio superior al fijado por la norma dispositiva, pero también que, si lo eleva de forma desproporcionada, perderá el plus que legítimamente podía obtener sobre la regla legal subsidiaria.

55. A tales consideraciones se une un argumento práctico incontestable: si bien existen cláusulas que pueden ser simple y llanamente inaplicadas, conservándose el contrato en lo restante, existen otras cuya nulidad genera una laguna que necesariamente ha de integrar el juez, en desarrollo de su función típica: resolver el conflicto en aplicación del sistema de fuentes establecido. Lo quiera o no el TJUE, la necesidad de “recomponer” el contrato una vez expulsada una de sus cláusulas va a pervivir en un buen número de supuestos, más allá de los contemplados en la sentencia *Kásler y Káslerné Rábai*. Los ejemplos se multiplican, pero basta para ilustrar la necesidad apuntada con mencionar una de las cláusulas controvertidas en el asunto *Caixabank*, por la que se atribuía al consumidor la totalidad de los gastos generados por la constitución y cancelación de un préstamo hipotecario (esencialmente, gastos de notaría, registro y gestoría), siendo así que el derecho nacional aplicable en defecto de pacto atribuía parte de ellos al prestamista y otra parte al prestatario. Decretada la nulidad de la cláusula, el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en que se encontraría el consumidor en caso de que aquella no hubiese existido exige activar las normas nacionales supletorias reguladoras del reparto de los gastos hipotecarios, pues solo así es posible conocer exactamente cuáles de ellos fueron abonados por el consumidor como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva. La solución alternativa, consistente en decretar la devolución al consumidor de la totalidad de las cantidades pagadas, con independencia de cuáles le correspondan en aplicación del derecho dispositivo, supone corromper el sentido de los efectos restitutorios de la nulidad (limitados a “neutralizar” las consecuencias de la cláusula abusiva) y otorgar al juez la facultad de crear pactos inexistentes entre las partes, lo que sin duda excede del mandato contenido en el art. 6 de la Directiva⁸⁴. Así lo ha entendido, en definitiva, el TJUE, que en el fallo que resuelve el asunto comentado se limita a recordar su jurisprudencia previa en torno a la proscripción de la facultad judicial de *moderación del contenido* de las cláusulas abusivas (*Caixabank*, 50 a 52), omitiendo cualquier alusión a la prohibición de integración del contrato y declarando expresamente que la nulidad de la cláusula controvertida “justifica la aplicación de las disposiciones de Derecho nacional que puedan regular el reparto de los gastos de constitución y cancelación de hipoteca en defecto de acuerdo entre las partes”, añadiendo que “si estas disposiciones hacen recaer sobre el prestatario la totalidad o una

⁸³ J. PAGADOR LÓPEZ, “Los contratos de consumo...”, *cit.*, p. 119; M. CARBALLO FIDALGO, *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente*, Barcelona, Bosch, 2014, pp. 202-204.

⁸⁴ La defensa de la restitución al consumidor de todos los gastos recogidos en la cláusula controvertida, le correspondiesen o no en aplicación del derecho dispositivo, puede verse, entre otros, en L. ZUMAQUERO GIL, «La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n. 2, 2018, pp. 181 y 184; A. AGÜERO ORTIZ, “Nuevamente dando esquinazo a la Directiva 93/13/CEE. Comisión de apertura y restitución de gastos”, *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas*, 30.1.2019, pp. 14-15 y 17-18. Disponible en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/3905-nuevamente-dando-esquinazo-a-la-directiva-93-13-cee-comisi%C3%B3n-de-apertura-y-restituci%C3%B3n-de-gastos>; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito inmobiliario», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 10, 2019, pp. 378-80).

parte de estos gastos, ni el artículo 6, apartado 1, ni el artículo 7, apartado 1 de la Directiva se oponen a que se niegue al consumidor la restitución de la parte de dichos gastos que él mismo deba soportar” (*Caixabank*, apartado 54).

56. En su simplicidad, el fallo representa una discreta pero importante rectificación de la formulación más extrema de la doctrina de la “no integración”, al reconocer la compatibilidad con el derecho comunitario de la facultad judicial de integración del contrato por aplicación del derecho dispositivo, sin más presupuesto que la existencia de una laguna que necesariamente ha de cubrirse⁸⁵.

3. Consecuencias económicas. La restitución al consumidor de las cantidades indebidamente percibidas por el empresario

57. La última de las reglas imperativas establecidas por el TJUE en torno al régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas hace referencia a las consecuencias económicas que han de derivar de la declaración de nulidad de la cláusula, consistentes en el derecho del consumidor a recobrar íntegramente las cantidades indebidamente percibidas por el empresario como consecuencia de su aplicación. Los efectos restitutorios derivados de la nulidad y consecuente inaplicación de la cláusula abusiva se ligan invariablemente en la jurisprudencia comunitaria al mandato de “no vinculación” consagrado en el art. 6.1 de la Directiva, que exige considerar, en principio, que la cláusula no ha existido nunca, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. De ello se deduce que la declaración de nulidad de la cláusula ha de tener como consecuencia el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional⁸⁶.

58. Desde una perspectiva temporal, la corte ha declarado que el derecho del consumidor abarca la devolución de todas las cantidades indebidamente percibidas por el empresario desde el momento mismo en que empezó a lucrarse en virtud de la cláusula abusiva, sin que el fallo judicial que declara tal abusividad pueda limitar en el tiempo el alcance de este deber restitutorio. En consecuencia, ha reputado contraria al derecho comunitario una jurisprudencia nacional que circunscribe los efectos restitutorios a la devolución de las cantidades pagadas indebidamente por el consumidor con posterioridad a la declaración judicial de la nulidad de la cláusula, recaída en el marco de una acción colectiva⁸⁷.

59. Un problema distinto al apuntado es el suscitado por la existencia en las legislaciones internas de normas que sujetan a un plazo de prescripción la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. De conformidad con la jurisprudencia del TJUE, tales normas han de reputarse compatibles con la Directiva, a condición de que no sean menos favorables que las aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y siempre que ni la duración del plazo establecido ni el momento en que ese plazo empieza a correr hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución (principio de efectividad)⁸⁸.

⁸⁵ Una crítica favorable a la sentencia puede verse en J. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Luxemburgo se rinde: la cláusula abusiva declarada nula se sustituye por el derecho aplicable en defecto de pacto”, *Derecho Mercantil* [Blog], 16.7.2020. Disponible en: <https://derechomercantiles.espana.blogspot.com/2020/07/luxemburgo-se-rinde-la-clausula-abusiva.html?m=1> Más escéptica se muestra B. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, “Nulidad por abusiva de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: integración del contrato conforme al Derecho nacional supletorio, prescripción de la acción de restitución y costas procesales (A propósito de la STJUE de 16 de julio de 2020 y la doctrina del Tribunal Supremo)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 782, 2020, pp. 3923 a 3927, quien alerta de la pérdida de efecto disuasorio de la nueva doctrina.

⁸⁶ SSTJUE, *Gutiérrez Naranjo*, apartados 61 y 66; *Raiffeisen Bank*, apartado 54; *Caixabank*, apartado 52; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartado 37.

⁸⁷ STJUE *Gutiérrez Naranjo*, apartados 61 a 66.

⁸⁸ SSTJUE *Raiffeisen Bank*, apartados 49 a 75; *Caixabank*, apartados 80 a 92; *Profi Credit Slovakia*, apartados 51 a 64; *BNP Paribas Personal Finance (II)*, apartados 26-48. En la doctrina, J. D. PELLIER, “Affaire des prêts libellés en francs suisses et prescription, CJUE 10 juin 2021, aff. C-776/19 à C-782/19”, *Dalloz Actualité*, 9.7.2021.

60. En aplicación de tal doctrina, el Tribunal ha sancionado la legitimidad de la fijación por el derecho nacional de plazos de cinco y aun de tres años para el ejercicio de la acción restitutoria, bajo el presupuesto de que la protección del consumidor no es absoluta y de que el establecimiento de plazos razonables, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el derecho de la Unión, en la medida en que se establezcan y conozcan con antelación y resulten materialmente suficientes para permitir que el consumidor prepare e interponga un recurso efectivo⁸⁹.

61. Más riguroso se ha mostrado a la hora de valorar la compatibilidad con el derecho comunitario del *dies a quo* fijado por la ley o el juez nacional para el cómputo de tales plazos. Para el TJUE, resulta contrario a los fines de la Directiva que tal plazo empiece a correr desde fechas tales como el día de la celebración del contrato (*Caixabank*), el de la aceptación del préstamo por el consumidor (*BNP Paribas Personal Finance*, asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19), desde la producción del enriquecimiento injusto del prestamista (*Profi Credit Slovakia*) o aun desde el cumplimiento íntegro del contrato por el consumidor (*Raiffeisen Bank*), pues en cualquiera de estos casos es posible que el plazo expire incluso antes de que el consumidor tenga o pueda razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de la cláusula o la amplitud de los derechos que le reconoce la Directiva 93/13/CEE. De este modo, existe un riesgo no desdeñable de que el consumidor no esté en condiciones de invocar los derechos que le corresponden, razón por la que tales plazos no le garantizan una protección efectiva, al hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que le son atribuidos por la Directiva 93/13⁹⁰.

62. La traslación por el TJUE del *dies a quo* del cómputo del plazo de preclusión de la acción al momento en que el consumidor *tenía o podía razonablemente tener* conocimiento del carácter abusivo de la cláusula y del alcance de sus derechos deja abierta la cuestión de la determinación del momento preciso en que tales circunstancias pueden entenderse concurrentes. Si la fijación del inicio del cómputo es competencia del legislador o la jurisprudencia nacional, el TJUE habrá de pronunciarse próximamente sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de al menos tres nuevos momentos, planteados como posibles por el TS español en cuestión prejudicial elevada al tribunal de Luxemburgo en virtud de Auto de 22 de julio de 2021, a propósito de la acción de restitución de las cantidades abonadas por el consumidor en concepto de gastos hipotecarios, en virtud de la cláusula que indebidamente se los atribuía⁹¹. Se trata del día en que alcance firmeza la sentencia declarativa de la nulidad de la cláusula enjuiciada⁹²; la fecha en que el propio Tribunal Supremo remite doctrina jurisprudencial sobre los efectos restitutorios de la declaración de nulidad o la fecha de las sentencias del TJUE que declararon que la acción de restitución podía estar sujeta a un plazo de prescripción (básicamente, sentencias *Raiffeisen Bank*, asuntos acumulados C-698/10 y 699/18 y *Caixabank*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, que confirma la anterior)⁹³.

⁸⁹ TJUE, *Raiffeisen Bank*, apartados 55 a 58; *Caixabank*, apartados 82 y 87; *Profi Credit Slovakia*, apartados 58-59; *BNP Paribas Personal Finance*, (II), apartados 31, 32, 40 a 42.

⁹⁰ SSTJUE, *Raiffeisen Bank*, apartados 65 y 67; *Caixabank*, asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, apartados 90 y 91; *Profi Credit Slovakia*, apartados 60 a 64; *BNP Paribas Personal Finance* (II), apartados 43, 45 y 47).

⁹¹ ATS (Pleno), 22.7.2021. Recurso 1799/2020. Cuestión prejudicial sobre el comienzo del plazo de prescripción de la acción de restitución de los gastos hipotecarios.

⁹² Tesis defendida, entre otras autoras, por M. J. ACHÓN BRUÑÉN, “Problemática acerca del cómputo del plazo de prescripción para reclamar las cantidades indebidamente abonadas por el consumidor por gastos hipotecarios”, *Diario La Ley*, n. 9445, 27 de junio de 2019, pp. 10 a 12. Traslada el *dies a quo* a la fecha de notificación de la sentencia B. SÁENZ DE JUBERA, “Nulidad por abusiva...”, *cit.*, pp. 3932-3934; M. OTERO CRESPO, “La protección del cliente bancario como consumidor. Un estudio sobre la comisión de apertura y sobre la distribución de ciertos gastos y costes derivados de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria a la luz de la jurisprudencia del TJUE y del TS”, en R. CASTILLEJO MANZANARES y A. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ (dirs.), *Debates jurídicos de actualidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 337-338.

⁹³ Obsérvese que la jurisprudencia comunitaria más reciente conduce a excluir como posible *dies a quo* la fecha de publicación de la primera sentencia del TS que declaró la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios, postulada por alguna doctrina (A. AGÜERO ORTIZ, «Cláusula de gastos en la STJUE de 16.7.2020: ¿más gastos restituibles; extensión del plazo para instar la restitución y condena en costas si la cláusula se declara abusiva?», *Centro de Estudios de Consumo. Publicaciones Jurídicas*, 24.7.2020, pp. 1-17. Disponible en: <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4792-cl%C3%A1usula-de-gastos-en-la-stjue-de-16-7-2020-%C2%BFm%C3%A1s-gastos-restituibles-extensi%C3%B3n-del-plazo-para-instar-la->

63. La resolución de la cuestión planteada obligará al tribunal europeo a priorizar uno de los dos principios que pueden entrar en liza en esta materia: la seguridad jurídica (tensionada, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, por la primera de las fechas propuestas, que convierte la acción restitutoria en imprescriptible, dada la imprescriptibilidad de la acción de declaración de nulidad a la que se liga) y el principio de efectividad (entredicho por el segundo y tercero de los criterios propuestos, al ser dudoso que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, pueda ser conocedor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del TJUE en la materia).

restituci%3%B3n-y-condena-en-costas-si-la-cl%3%A1usula-se-declara-abusiva, p. 16; CASTILLO MARTÍNEZ, *La nulidad de la cláusula de gastos en los contratos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 186-187; M. J. MARÍN LÓPEZ, «La prescripción de la acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 22, 2017, p. 94).