

Restitución derivada de la nulidad de las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores

Una necesaria reordenación dogmática

Antonio Ismael Ruiz Arranz
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario

-

El presente trabajo se ocupa de las consecuencias que produce la declaración de nulidad, por abusivas, de condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores y, en particular, la de aquellas que han justificado la realización de pagos a favor del predisponente. Para ello, se analiza, primero, el estado de la misma cuestión en el Derecho alemán, que se toma como modelo, por ser de un sistema que recurre a la interpretación integradora del contrato en estos supuestos. Con estos mimbres, se exploran las posibilidades de recurrir a la interpretación integradora del contrato como herramienta para completar las lagunas que deja tras de sí la nulidad de una cláusula en Derecho español y, sobre todo, su aplicación a supuestos donde se genera un problema de restitución; ello teniendo presente el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CE y la jurisprudencia del TJUE que lo interpreta en relación con las ideas de «no vinculación» y «subsistencia» del contrato. Finalmente se estudia la canalización normativa de la restitución de cantidades conforme al Derecho privado español en aquellos casos en que esta se tiene que producir. El objetivo del trabajo es ofrecer un marco dogmático coherente con las bases fundamentales del Derecho Privado europeo.

Abstract

-

This paper deals with the consequences produced by the declaration of nullity of unfair terms in consumer contracts and, in particular, those that have justified payments in favour of the seller or supplier. For this purpose, German law is first considered, as analysis model, since this legal system applies the integrative interpretation of the contract in these cases. With this inspiration, we explore the possibilities of drawing on the integrative interpretation of the contract as a mechanism to fill in the gaps left by the nullity of an unfair term under Spanish law, especially on cases where restitution problems arise. Article 6.1 of Directive 93/13/EC and the jurisprudence of the CJEU on "non-bindingness" and "subsistence" notions are taken into account. Finally, we study the legal basis of restitution of payments under Spanish private law in those cases in which it has to occur. This paper endeavours to offer a dogmatic framework consistent with the fundamental bases of European Private Law

Title: *Restitution derived from nullity of unfair terms in consumer contracts. A necessary dogmatic reordering*

-

Palabras clave: Nulidad, condiciones generales de la contratación, abusividad, integración, interpretación integradora, no vinculación, subsistencia, excesiva onerosidad, Directiva 93/13, jurisprudencia del TJUE, enriquecimiento injustificado, pago de lo indebido, vencimiento anticipado, IRPH, cláusulas suelo, cláusula de gastos, cláusula multidivisa, mala fe, buena fe.

Keywords: *Nullity, general terms and conditions, unfair terms, integration, interpretative integration, non bindingness, subsistence, consideration, hardship, Directive 93/13, jurisprudence of the CJEU, unjustified enrichment, undue payment, early termination, IRPH, floor clauses, expenses clause, multicurrency clause, good faith, bad faith.*

Índice

-

1. Introducción. Una cuestión dogmática

2. La restitución, por nulidad, de las condiciones generales de la contratación en Derecho alemán

2.1. La interpretación integradora del contrato, como solución al problema de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula

a. El anclaje normativo de la interpretación integradora (§§ 306.1 y 2 BGB)

b. La nulidad total por inaceptable severidad (§ 306.3 BGB)

c. Las cláusulas de adaptación de precios de la energía en Alemania, como ejemplo

2.2. La restitución de cantidades derivada de la ineficacia de una cláusula en otros contextos

2.3. Recapitulación y conclusión intermedia

3. La restitución de cantidades derivada de la ineficacia de una condición general de la contratación en Derecho español

3.1. El caso «Canal Satélite Digital»

a. La razón para la abusividad de la cláusula controvertida. El descodificador

b. El fundamento de la solución restitutoria de la Audiencia y del Tribunal Supremo

3.2. Cuestión abierta: ¿es aplicable con carácter general el régimen restitutorio previsto para la nulidad del contrato?

3.3. Punto de partida. Desde el Derecho europeo al nacional

3.4. La interpretación integradora del contrato como límite a la restitución derivada de la ineficacia de una cláusula

a. La integración del contrato en el ámbito de las condiciones generales de la contratación a la luz del Derecho europeo

b. La interpretación integradora del contrato

c. La «subsistencia» como trasfondo de la interpretación integradora

d. Régimen de ineficacia total derivado de la imposibilidad de subsistencia

e. De regreso a «Canal Satélite Digital»

f. La interpretación integradora y la restitución

g. Epílogo: la cláusula suelo, la cláusula multdivisa y la cláusula IRPH

3.5. El régimen restitutorio aplicable tras la declaración de nulidad de una cláusula

a. La no aplicación del sistema restitutorio previsto para la nulidad del contrato

b. La no aplicación del Derecho de enriquecimiento injustificado

c. El régimen del cobro de lo indebido como modelo aplicable de lege lata

d. Breves apuntes sobre la restitución derivada de la cláusula de gastos

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

1. Introducción. Una cuestión dogmática*

Acaso una de las parcelas del Derecho privado actual donde más acuciante se haga la necesidad de una ordenación dogmática sea el Derecho de consumo. Sin ella, los problemas prácticos más actuales en este ámbito suelen ser abordados por medio de soluciones puntuales y excesivamente ligadas a las circunstancias del caso concreto. Esta aproximación —piénsese en los casos relativos a las cláusulas suelo o de gastos, entre otros muchos— dificulta sobremanera la elaboración de soluciones generales más claras, seguras e idóneas para resolver otros casos similares, al tiempo que genera contradicciones con las bases de nuestro Derecho privado o con las soluciones adoptadas en ordenamientos de nuestro entorno.

No está de más situarse, por un momento, más de 170 años atrás, cuando el genio jurídico de *Rudolph von Jhering* invitó a ir más allá del Derecho romano existente, sin dejar de partir de él¹. Para Jhering, la dogmática científico-jurídica había de trascender del mero material legal dado para adentrarse así en el terreno de la construcción, en un ejercicio combinatorio de investigación naturalista y creatividad intelectual orientado a facilitar su aplicabilidad práctica última². Ahora bien —y este es uno de los elementos diferenciales de sus enseñanzas—, Jhering aludía a la finalidad práctica y las condiciones materiales para la aplicación del Derecho, no a las decisiones de los tribunales, porque «*la ciencia, para ser práctica, no se puede limitar a lo práctico*»³. Asusta pensar en la vigencia de las aportaciones de Jhering. Sobre todo, cuando se observa la reacción del grueso de nuestros autores ante la jurisprudencia del TJUE que interpreta la Directiva/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (en adelante, «la Directiva»); en particular, en lo que atañe a las consecuencias de la nulidad o ineficacia⁴ de una cláusula predisuelta, por abusiva o intransparente, a partir de los vagos conceptos de «*no vinculación de la cláusula*» y de «*subsistencia del contrato sin la cláusula*» (art. 6.1 Directiva). Cualquier aproximación al Derecho de consumo exige, sin duda, tener presente las directrices que el TJUE, como órgano supremo de interpretación del Derecho de la Unión Europea ofrece (art. 267 TFUE). Sin embargo, el análisis de esta cuestión no puede prescindir de una construcción teórica ajena a las bases de nuestro Derecho privado: poca utilidad presentaría una ciencia jurídica que adoptase una actitud acrítica —o, en el peor de los casos, meramente compilatoria— respecto a las resoluciones judiciales sobre esta u otra materia, sin preguntarse si estas resultan congruentes con la más elemental dogmática jurídica, que no deja de ser la base sobre la que se asienta nuestro Derecho privado.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto DER 2017-84947-P del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, cuyos investigadores principales son Antonio Manuel Morales Moreno y Nieves Fenoy Picón. El trabajo y su autor tienen contraída una impagable deuda de gratitud con el profesor Carles Vendrell Cervantes, por la lectura detenida, el aliento prestado y las reflexiones compartidas a lo largo de conversaciones en las que uno siempre aprende más de lo que aporta, que ayudaron a mejorar muchos renglones y a perfilar otros tantos aspectos. De iguales elogios son acreedores solidarios los profesores José Massaguer Fuentes, Fernando Pantaleón Prieto, Marta Pantaleón Díaz y Miguel Ángel Cepero Aránguez, quienes han invertido un tiempo que no les sobra en advertirme acertadamente sobre más de un punto y en evitarme alguna que otra imprecisión; los errores que aún subsistieren son solo producto de mi insistencia en escribir así este trabajo, que ahí va, como el caballo de copas.

¹ JHERING, 1857, pp. 30-52.

² JHERING, 1857, pp. 8-21. En este sentido, destaca su idea de que la ciencia no termina donde terminan las fuentes, sino que es precisamente allí donde esta comienza (JHERING, 1885, p. 126).

³ JHERING, 1857, p. 18. Esta idea explica asimismo la diferenciación axial que JHERING sienta entre ciencia jurídica superior e inferior (1857, pp. 8-9).

⁴ A los efectos de este trabajo, se emplearán ambos términos como sinónimos.

Este trabajo se ocupa de las consecuencias de la nulidad de una cláusula en un contrato con consumidores que previamente había justificado la realización de atribuciones patrimoniales (pagos) a favor del empresario; es decir, del problema restitutorio derivado de esa nulidad contractual. Inmediatamente surge el interrogante de cómo debe articularse la restitución de los pagos realizados por el cliente. Pero la respuesta a este interrogante ha de dejarse aparcada momentáneamente, si se quiere abordar el problema con propiedad y aunque pueda parecer sorprendente. Las particularidades de la contratación seriada obligan a preguntarse primero por la suerte que debe correr el contrato en su conjunto, sin la cláusula, y cuál es la relación latente entre la cláusula declarada nula, por abusiva o intransparente, y el contrato. Muchas veces la cláusula anulada dejará tras de sí una laguna importante en la reglamentación contractual, por definir un elemento esencial del contrato prerredactado, lo que exige plantear su posible integración y su interferencia en la restitución de cantidades. Otras veces, la cláusula anulada tendrá un menor protagonismo en el entramado contractual, pese a haber amparado uno o varios pagos.

En el trabajo, me referiré primero a las soluciones que, desde el Derecho alemán se han alcanzado en los últimos años para dar respuesta al interrogante planteado. Después me ocuparé en profundidad del Derecho español de consumo y de condiciones generales, para tratar de ofrecer un sistema restitutorio factible —al menos *de lege lata*—, sin perjuicio de la necesidad de una regulación adecuada en la materia que no se limite a recoger irreflexivamente el estado jurisprudencial de las cosas.

2. La restitución, por nulidad, de las condiciones generales de la contratación en Derecho alemán

La cuestión en torno a las consecuencias derivadas de la nulidad de una condición general de la contratación ha sido un tema no exento de debate en el Derecho alemán⁵. La respuesta que este ordenamiento ha ofrecido a esta difícil cuestión no ha partido del régimen restitutorio general previsto en la *condictio* de prestación del § 812.1 1 S. 1 1. Alt. BGB, sino que ha transcurrido por otros derroteros. En particular, se ha recurrido a la interpretación integradora del contrato para precisar los efectos derivados de la ineficacia de una condición general; lo que, en muchos casos, ha llevado a limitar el alcance de la restitución. En este apartado, trataré de exponer esta vía y su relación con la Directiva.

2.1. La interpretación integradora del contrato, como solución al problema de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de una cláusula

La interpretación integradora del contrato se ha planteado como instrumento previo y posible para dar respuesta a cuestiones restitutorias surgidas en el ámbito de las condiciones generales de la contratación, en la medida en que permite rellenar las lagunas surgidas en el contrato. Esta institución permite, a grandes rasgos, completar las lagunas del contrato mediante la identificación de la voluntad hipotética de las partes, de acuerdo con la buena fe⁶. La cuestión es cómo se articula este instrumento en sede de condiciones generales.

⁵ Una condición general de la contratación que irroga un perjuicio al consumidor en contra de las exigencias de la buena fe es, por principio, ineficaz (§ 307.1 BGB). Junto con la declaración de ineficacia de la cláusula, la Ley alemana sobre acciones de cesación reconoce la posibilidad de ejercitar acciones colectivas de cesación y retractación (§§ 1 a 3 UKlagG).

⁶ WOLF/NEUNER, 2016, párr. 66.

a. El anclaje normativo de la interpretación integradora (§§ 306.1 y 2 BGB)

Hay que acudir a la regla prevista en el § 306.1 BGB, que impone la eficacia global del contrato a pesar de que algunas de las condiciones generales que lo componen no se incorporen o sean ineficaces⁷. La extirpación de una o varias condiciones generales del contrato puede originar lagunas que deben colmarse. Ante esta vicisitud, el § 306.2 BGB dispone que, cuando una cláusula deja de formar parte del contrato o resulta ineficaz, el contenido se rige según la ley. Detrás de este proceder subyace la idea de que, eliminada la cláusula, debe operar una regulación que cohoneste los intereses del predisponente y cliente⁸. El § 306.2 BGB predica, como regla general, la integración con arreglo a la ley dispositiva de las lagunas dejadas tras de sí por la cláusula que se anula o no se incorpora al contrato⁹.

Desde un plano teórico se debe advertir, pues, que la interpretación integradora no es el primer instrumento al que se recurre; le precede la ley dispositiva¹⁰. Su aplicación depende entonces de que (i) surja una laguna en la reglamentación contractual, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, y (ii) no exista Derecho dispositivo que permita colmarla¹¹. Aun así, la interpretación integradora se ha anclado normativamente en el § 306.2 BGB¹². Se considera que la remisión a la ley que realiza este precepto no se limita a las normas dispositivas que regulan el contenido del contrato, sino que alcanza a aquellos otros principios que exigen la actuación del juez para colmar lagunas (el § 157 BGB, que ordena interpretar los contratos con arreglo a la buena fe objetiva y a los usos del tráfico; el § 133 BGB que obliga a buscar la interpretación teleológica; o el § 242 BGB que impone al deudor la obligación de realizar la prestación según la buena fe objetiva y los usos)¹³. La idea de que el mandato del § 306.2 BGB invita a hallar una regulación que tenga en cuenta los intereses de ambas partes se utiliza también como argumento a favor de la interpretación integradora¹⁴. Así encajada, la interpretación integradora posibilita la determinación de un Derecho objetivo desarrollado *praeter legem*¹⁵ que convierte en contenido del contrato aquello que probablemente habrían convenido las partes de haber conocido la ineficacia de la condición general anulada (teniendo en cuenta que la voluntad de las partes también

⁷ Regla que se separa de la norma general excluyente de la nulidad parcial que el legislador alemán incorporó al § 139 BGB (véase, LARENZ, 1980, p. 523). Para las razones de la inclusión de la norma del § 306.1 BGB, véase HELLWEGE, 2007, párr. 29-30.

⁸ KÖTZ, 2009, p. 117.

⁹ Desde algún sector doctrinal se ha criticado este proceder, por considerarlo contrario a la doctrina del TJUE, que —como veremos— solo permite integrar cuando, de lo contrario, el juez quede obligado a anular el contrato en su conjunto, por no poder subsistir, perjudicándose al consumidor; y se ha propuesto una reducción del § 306.2 BGB en consonancia con la doctrina europea.

En este sentido, GRAF V. WESTPHALEN, 2019, pp. 126-127. Radicalmente en contra, MÄSCH, 2019, párr. 10.

¹⁰ Desde el Derecho español, ha criticado el desdibuje de la interpretación integradora que supone aplicarla de manera supletoria al Derecho dispositivo, ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 437-439.

Con todo, en Derecho alemán actual no resulta sencillo trazar una línea divisoria nítida entre el Derecho dispositivo y el Derecho que surge de la interpretación integradora del contrato; como ha apuntado JANSEN, 2018a, párr. 7.

¹¹ BASEDOW, 2019, párr. 32; MÄSCH, 2019, párr. 37; SCHMIDT, 2016, párr. 34.

¹² BASEDOW, 2019, párr. 31; CANARIS, 1996, p. 1115; LINDACHER/HAU, 2013, párr. 15; SCHMIDT, 2016., párr. 33.

¹³ ULMER, 1982, p. 1130.

No obstante, véase, CANARIS, 1996, pp. 1116-1117, quien pese a insertar la interpretación integradora en el § 6.2 AGBG desconfiaba de que el § 157 BGB sea una norma legal los efectos de aquel precepto; si bien admite su aplicación analógica.

¹⁴ KÖTZ, 2009, p. 117; LARENZ, 1980, pp. 524-525.

¹⁵ CANARIS, 1996, p. 1115.

figura presente, *ab initio*, en los contratos con condiciones generales, sin perjuicio de que después esta se borre como consecuencia de la intransparencia de la cláusula o de otras razones de contenido material¹⁶.

Desde los años ochenta del siglo pasado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (en adelante, «BGH») admite la interpretación integradora del contrato, como herramienta para cubrir lagunas producidas por la ineficacia de una condición general de la contratación, a falta de Derecho dispositivo o siendo este insuficiente.

Capital aquí fue la **SBGH 1.2.1984**¹⁷, que resolvía una cuestión restitutoria. El litigio se refería a la denominada cláusula del precio del día («*Tagespreisklausel*») en la compraventa de automóviles. Esta cláusula autorizaba a la vendedora predisponente a modificar el precio de venta, cuando habían transcurrido más de cuatro meses entre la perfección del contrato y la entrega; en ese caso regía el precio corriente del día de la entrega, y no el vigente al tiempo de contratar. Tras la declaración de nulidad de la cláusula controvertida se planteó la posibilidad de integrar el contrato con arreglo al Derecho dispositivo (§ 6.2 AGBG; actual § 306.2 BGB). Sin embargo, el BHG entendió que no existía ningún precepto legal aplicable que permitiese colmar la laguna regulatoria. Por ello, acudió a la interpretación integradora en busca de una regulación comprensiva de los intereses de ambos contratantes por medio de la voluntad hipotética. En este ejercicio, el tribunal alcanzó la siguiente conclusión: (i) no sería equitativo mantener, como precio final, el precio inicialmente pactado, pues ello contravendría el sinalagma contractual y generaría una ganancia injustificada para el adherente, incompatible con el hecho de que ambas partes contaban con una probable subida del precio; (ii) la interpretación integradora está presidida por la buena fe objetiva, además de por la voluntad hipotética de las partes; (iii) el precio final a que se llega mediante una interpretación integradora es aquel que permite a la vendedora cubrir los costes que explican el incremento general de los precios de los vehículos en esa época, sin exceder excesivamente de este umbral; (iv) esta magnitud, como precio, sería aceptada por un comprador de buena fe, quien de entrada ya contaba con un aumento de precios que soportaría mientras se correspondiese con o no se desviase de las variaciones habituales de los precios del mercado¹⁸.

A partir de este caso, la interpretación integradora, como medio para colmar las lagunas resultantes tras la eliminación de una condición general, ha adquirido enorme relevancia. Con ella, se busca conjugar el interés del adherente y el del predisponente, teniendo en cuenta la seguridad jurídica y la protección de la confianza de los implicados¹⁹.

Así, por ejemplo, los casos de anulación de cláusulas por las que se otorgaban fianzas para asegurar el cumplimiento de contratos de crédito en cuenta corriente que extendían su alcance de manera desproporcionada a cualesquiera otras obligaciones, actuales o futuras, que el deudor crediticio tuviera con el acreedor. La interpretación integradora del contrato no eliminó el otorgamiento de la fianza en

¹⁶ Véase, MÄSCH, 2019, párr. 38-39.

¹⁷ VIII – ZR 54/83 (München); NJW 1984, 1177.

¹⁸ Crítico con esta resolución, por considerar que reproduce el esquema de la reducción conservadora, CANARIS, 1996, p. 1113.

¹⁹ En este sentido, PFEIFFER, 2013a, pp. 385-386.

su totalidad, sino que esta se mantuvo en la medida en que solo asegurase hasta el límite del crédito del que era accesoria²⁰.

Con carácter general, la interpretación integradora del contrato se critica a día de hoy por redundante —existiendo ya la interpretación clásica que va más allá de indagar la voluntad— y por constituir Derecho de creación judicial²¹. Por eso, no es de extrañar que su admisión en condiciones generales haya recibido sospechas, debido a su semejanza con la reducción conservadora de la validez del contrato, excluida por el BGH²² y la doctrina dominante²³; si bien de un tiempo a esta parte han resurgido voces partidarias de su reconocimiento²⁴. En el plano teórico, se diferencia entre ambas figuras (interpretación integradora y reducción conservadora), en la medida en que la primera recrea la situación jurídica que existiría sin la cláusula expulsada con otra regulación distinta que cohoneste los intereses de ambos interesados; mientras que en la segunda el juez modificaría el contenido de la cláusula en aquella única medida que permita superar el control de abusividad. Y, en cualquier caso, se considera que la idea de prevención, que subyace de la prohibición de la reducción conservadora, no impide recurrir a una regulación —como a la que se llega con la interpretación integradora— que se deduce de la buena fe objetiva²⁵. Esta distinción —sobre la que recientemente ha profundizado el BGH²⁶— ha servido asimismo para declarar la compatibilidad de la interpretación integradora con el

²⁰ Otro ejemplo es el de los casos de declaración de nulidad de la cláusula de fianza a primer requerimiento en contratos de obra. En tales supuestos y habida cuenta de la frecuencia con que se incurre en insolvencia en el ramo de la construcción, al cliente comprador le resulta especialmente relevante asegurar su interés de cumplimiento del contrato. Hasta la **SBGH 18.4.2002** (VII ZR 192/01; NJW 2002, 2388), la jurisprudencia no se opuso a un aseguramiento de ese interés a través de una fianza a primer requerimiento. Tras esta sentencia, dado que la pérdida de la garantía sería excesivamente desproporcionada para el acreedor (§ 306.3 BGB) y con el fin de evitar la nulidad del contrato en su conjunto, el BGH recurrió a la interpretación integradora del contrato, estableciendo una fianza simple, en lugar de la fianza a primer requerimiento.

Para un resumen conciso del resto de los casos donde el BGH ha recurrido a la interpretación integradora, BASEDOW, 2019, párr. 35.

²¹ UFFMANN, 2010, pp. 175-176; WOLF/NEUNER, 2016, párr. 68-70.

²² SBGH 17.5.1982 – VII ZR 316/81 (Hamm); NJW 1982, 2309.

²³ Por todos, BASEDOW, 2019, párr. 17.

²⁴ En la última década se ha defendido una vuelta a la admisión de la reducción conservadora. Destaca aquí el trabajo de UFFMANN, 2010, pp. 225-229, 269-289. Coincide con la autora, MÄSCH, 2019, párr. 23-24. Desde esta posición se cuestiona la supuesta «actuación sin riesgo» del empresario en un contexto donde este no conoce a ciencia cierta a qué atenerse con una cláusula. Se dice que, si la prohibición de la reducción conservadora procura que el empresario no especule con la inclusión de cláusulas abusivas que, después, el juez puede reducir, este argumento no serviría ante un contexto en el aquel ha perdido el control de los escenarios posibles; de lo que puede y no puede incorporar eficazmente a un contrato.

²⁵ Clave para esta idea, CANARIS, 1996, pp. 1113-1114. Véase también, HELLWEGE, 2007, párr. 31 y 34; UFFMANN, 2010, p. 179.

²⁶ La jurisprudencia del BGH se ha cuidado mucho de diferenciar, durante los últimos años, entre la reducción conservadora de la validez de la cláusula («*geltungserhaltende Reduktion*») y la interpretación integradora del contrato («*ergänzende Vertragsauslegung*») tras la declaración de nulidad de aquella. En este sentido, el BGH no alberga ningún atisbo de dudas sobre la admisibilidad de la segunda de las posibilidades, por cuanto la interpretación integradora presupone —de conformidad con los postulados de la Directiva/CEE— la inalterable ineficacia de la cláusula perjudicial para el consumidor. A ello se añade, a juicio del BGH, que la interpretación integradora se sirve de preceptos legales que regulan el contenido del contrato en caso de ineficacia de una de sus partes. Véanse, sobre todo, los argumentos vertidos en la SBGH 23.1.2013, párr. 26-36. – VIII ZR 80/12 [LG Bonn], NJW 2013, 991; en un supuesto de nulidad de la cláusula de adaptación de precios de la energía.

Autores alemanes de indudable autoridad han cuestionado los argumentos del BGH para admitir la interpretación integradora, por cuanto resulta formalista desde el punto de vista europeo y porque la interpretación integradora

artículo 6.1 Directiva²⁷, siempre y cuando, con ella, alcance para conservar el contrato y evitar el perjuicio que una nulidad total podría generar al consumidor adherente²⁸. La diferenciación expuesta no ha eliminado las voces reticentes a admitir la interpretación integradora en este ámbito²⁹.

La interpretación integradora es un instrumento que permite adaptar el contrato a la nueva realidad en sede de condiciones generales, alcanzando una regulación razonable para ambas partes, una vez expulsada la cláusula abusiva. Su aplicación se considera además preferente a otras instituciones también aptas para adaptar el contrato ante un cambio de circunstancias, como es la doctrina de la caída de la base del negocio («*Wegfall der Geschäftsgrundlage*»)³⁰. En efecto, tal como se configura en el sistema alemán, la interpretación integradora del contrato cubre las lagunas surgidas en la reglamentación contractual después de la eliminación de una cláusula predispuesta, permitiendo que el contrato perviva en algunos casos. Por eso, su aplicación, a veces, persigue aplacar la «inaceptable severidad» («*unzumutbare Härte*»)³¹ que para una parte representa el contrato sin la cláusula anulada (normalmente para el predisponente). De acreditarse, la inaceptable severidad conduce en Derecho alemán a la ineficacia total del negocio, según el § 306.3 BGB³². La inaceptable severidad constituye un supuesto especial de ineficacia total del contrato con condiciones generales que es distintivo del sistema alemán.

b. La nulidad total por inaceptable severidad (§ 306.3 BGB)

El § 306.3 BGB dispone que el contrato deviene ineficaz cuando la vinculación a él, teniendo en cuenta las posibilidades de integración que otorga el § 306.2 BGB, genera inaceptable severidad para una de las partes. Se trata de una excepción al mantenimiento del contrato, tras la declaración de nulidad, que se aplica de manera restrictiva, ya que la ineficacia estructural solo acontece si el cumplimiento del contrato sin la cláusula genera inaceptable severidad a una de las partes; normalmente al predisponente³³. La excepcionalidad del precepto se explica porque su aplicación depende de que la

del contrato puede conducir también a que el predisponente asuma el riesgo de incluir cláusulas abusivas, vulnerándose el efecto disuasorio pretendido por la Directiva/CEE. Así, se considera que el acento debe colocarse en la capacidad de la interpretación integradora para evitar las consecuencias de la ineficacia total del contrato, que normalmente será perjudicial para el adherente, a efectos de medir la conformidad de la interpretación integradora con los postulados de la Directiva (véase, BASEDOW, 2019, párr. 4, 8-9).

Sostiene la compatibilidad de la interpretación integradora del contrato con el artículo 6.1 Directiva, como instrumento para rellenar lagunas contractuales, PFEIFFER, 2013b, párr. 10.

²⁷ GRAF V. WESTPHALEN, 2013, pp. 963-64; LINDACHER/HAU, 2013, p. 17a; SCHMIDT, 2016, párr. 4c-4d; ULMER, 1982, p. 1130.

²⁸ BASEDOW, 2019, párr. 4, 8-9; GRAF V. WESTPHALEN, 2019, pp. 126-127; GSELL/FERVERS, 2019, p. 2571; STÜRNER, 2013, pp. 679-680.

²⁹ WOLF/NEUNER, 2016, párr. 84.

³⁰ LARENZ, 1980, pp. 500-501; ULMER, 1982, p. 1130.

También SBGH 11.10.2005, párr. 24 (XI ZR 395/04, OLG Köln; NJW 2006, 54).

³¹ Traducida al castellano también como «dureza irrazonable» por ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 453; como «dificultad inexigible» por LAMARCA MARQUÉS, 2008, p. 90.

³² LINDACHER/HAU, 2013., párr. 17.

Véase también la Sentencia BGH 17.12.2008, párr. 25 - VIII ZR 274/06 (LG Bonn) (NJW 2009, 578).

³³ SCHMIDT, 2013, párr. 42.

laguna contractual que aparece tras la nulidad de la cláusula no admita ser integrada³⁴. Por eso, a mayor permisividad con la interpretación integradora del contrato (§ 306.2 BGB), menor será el campo de aplicación de este precepto³⁵; y, por eso, no presenta demasiada relevancia en la práctica³⁶. Normalmente, se dice, concurrirá inaceptable severidad para el predisponente ante desequilibrios importantes entre precio y contraprestación, como consecuencia de la anulación de la cláusula. Pero no cualquier desequilibrio justifica la ineficacia del contrato; la desproporción ha de ser determinante³⁷.

c. Las cláusulas de adaptación de precios de la energía en Alemania, como ejemplo

Durante los últimos años, el papel axial de la interpretación integradora, como elemento limitador de los efectos restitutorios derivados de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que justificaba la realización de una atribución patrimonial concreta, se ha manifestado con los casos de «*Preis Anpassungsklauseln*» o **cláusulas de adaptación de precios de la energía** en contratos de suministro a largo plazo; ello con carácter muy previo a cualesquiera otras consideraciones de corte restitutorio, que se canalizan por la vía del § 812 BGB³⁸. Las «*Preis Anpassungsklauseln*» permitían a la empresa energética adaptar periódicamente, al alza o a la baja, el precio base pactado al inicio del suministro energético, en función de la volatilidad de los precios de materias primas, como el gas o el carbón, en los mercados internacionales, así como el de otros costes necesarios para la prestación del servicio (costes laborales), que pueden fluctuar. Con ellas se buscaba mantener la equivalencia entre las prestaciones a lo largo de la vida del contrato.

(i) Dos grupos de casos

La litigiosidad relativa a las cláusulas de adaptación de precios de la energía (gas y electricidad) se ha desarrollado en torno a dos planos bien diferenciados. Por un lado, el de la obligación general de suministro de energía, impuesta por la legislación alemana a determinados operadores del mercado de la energía a los que obliga a contratar con los clientes que lo solicitan, de conformidad con las condiciones impuestas por la propia normativa y aplicando una tarifa tipo; tales condiciones pasan a formar parte del contrato de suministro (**contratos sujetos a tarifa**). Por otro, el plano de los consumidores que contratan el suministro de electricidad con una empresa a la que no se acogen al régimen de la obligación legal de suministro y que contratan en el mercado con condiciones generales (**contratos especiales**). Cada grupo de clientes se somete a un determinado nivel de protección: los clientes con contratos sujetos a tarifa a las directivas europeas de protección para el mercado interior

³⁴ La excepcionalidad de la ineficacia global del contrato por inaceptable severidad para el predisponente se manifiesta también en la posibilidad de que este responda frente al adherente por *culpa in contrahendo* (FUCHS, 2016, párr. 104; SCHMIDT, 2013, párr. 49).

³⁵ SCHMIDT, 2013, párr. 42.

³⁶ BASEDOW, 2019, párr. 46. No obstante, véase la «interpretación conforme con la Directiva» de GSELL, 2019, p. 758 que lógicamente ampliaría su campo de actuación. En este sentido, véase también la opinión de la autora, que resume *infra* 3.4.c (iii).

³⁷ SCHMIDT, 2013, párr. 52.

³⁸ CANARIS, 1996, p. 1120.

del gas y la electricidad³⁹; los clientes con contratos especiales al control abstracto previsto por la Directiva sobre cláusulas abusivas^{40 41}.

La reforma del mercado energético alemán de 2005 propició, entre otros aspectos, que los precios del suministro se pudiesen modificar de manera algo opaca, gracias a unos requisitos de plazo y forma bastante laxos, a través de las cláusulas de adaptación⁴². Así permitidas, estas cláusulas parecían responder únicamente a la voluntad del predisponente, sin excesiva transparencia frente a los consumidores. Por esta razón, el BGH elevó dos cuestiones prejudiciales al TJUE; una referida a los contratos sujetos a tarifa y otra a los contratos especiales. A cada cuestión prejudicial siguió su correspondiente sentencia. La **STJUE 21.3.2013**⁴³ resolvió la cuestión relativa a los contratos especiales. Esta resolución puso en cuestión la transparencia de las cláusulas de adaptación de precios energéticos para estos contratos, si en dicho contrato no se exponía de forma clara y comprensiva el motivo y el modo de variación del precio, de tal forma que el mecanismo fuese previsible para el consumidor. A ello añadió que la falta de información al momento de contratar no se podía remediar después, en la fase de ejecución del contrato. La **STJUE 23.10.2014**⁴⁴ resolvió la cuestión prejudicial referida a los contratos sujetos a tarifa y declaró —en síntesis— que las directivas europeas se oponen a una normativa nacional que determina el contenido de los contratos de suministro de gas y electricidad sujetos a tarifa y que establece la posibilidad de modificar la tarifa de dicho suministro, sin garantizar que se informe a los consumidores, en tiempo útil antes de la entrada en vigor de tal modificación, de sus motivos, condiciones y magnitud.

Ambos pronunciamientos implicaron que las empresas suministradoras de energía en Alemania dejasen de estar facultadas a adaptar los precios del suministro de la manera en que lo venían haciendo. Por eso, los consumidores ejercitaron acciones restitutorias de reclamación de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de estas cláusulas, en virtud de la *condictio* de prestación del § 812.1 S. 1 1. Alt. BGB⁴⁵. La respuesta del BGH a las pretensiones restitutorias de los clientes se fundamentó en la interpretación integradora del contrato. Dado que la respuesta para cada caso no ha sido exactamente la misma, me referiré a ellas por separado.

³⁹ Directivas 2003/54/CE y 2003/55/CE.

⁴⁰ En efecto, la STJUE 21.3.2013, párr. 35, asunto c-92/11, «*RWE Vertrieb AG*» (ECLI:EU:C:2013:180) se indica que este tipo de contratos especiales están sujetos al § 307.1 BGB, en cuya virtud las disposiciones de una condición general son ineficaces cuando irroguen un perjuicio desproporcionado a la otra parte contratante de manera contraria a las exigencias de la buena fe.

⁴¹ Al respecto, BÜDENBENDER, 2017, pp. 299-300; UFFMANN, 2015, p. 1276.

También se realiza esta distinción en la STJUE 23.10.2014, párr. 49-52; asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11, «*Schulz und Egbringhoff*» (ECLI:EU:C:2014:2317).

⁴² Para una síntesis del estado del mercado alemán de la energía y de las consecuencias de la normativa europea, véase BÜDENBENDER, 2017, p. 299.

⁴³ Asunto c-92/11, «*RWE Vertrieb AG*» (ECLI:EU:C:2013:180).

⁴⁴ Asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11; *Schulz und Egbringhoff* (ECLI:EU:C:2014:2317).

⁴⁵ BÜDENBENDER, 2017, p. 299.

(ii) Interpretación integradora en contratos generales sujetos a tarifa

Tras la STJUE 23.10.2014, el BGH determinó que la normativa alemana que regulaba la adaptación de precios de energía no se compadecía con las exigencias de transparencia de la Directiva 2003/55/CE⁴⁶. No obstante, entendió que la falta de transparencia no conducía, *per se*, a la ineficacia de las concretas subidas del precio de suministro que se habían producido. Para llegar a esta conclusión, el tribunal argumentó que, si la normativa que permitía a las suministradoras adaptar los precios resultaba contraria al Derecho de la Unión Europea, se originaba una laguna regulatoria que no se puede cubrir gracias a una interpretación conforme con la Directiva, sino a través de la interpretación integradora del contrato. El BGH consideró que la interpretación integradora del contrato había de pergeñar la voluntad hipotética de las partes, a la luz de las exigencias de la buena fe objetiva, de tal suerte que se llegase a una regulación conforme con los dos intereses en conflicto. Es decir, se trataría de ponderar a qué regulación habrían llegado dos contratantes honestos, si hubiesen sopesado la posible ineficacia del derecho a adaptar precios, por ser contrario al Derecho de la Unión Europea. Con estos mimbres, el BGH completó la laguna estimando que la empresa energética estaba legitimada para repercutir en el precio sus costes de aprovisionamiento, siempre que tales costes no se viesen compensados después con reducciones en otros ámbitos. El precio incrementado abonado por el consumidor, y aceptado, en cada liquidación durante la vida del contrato se considera el precio pactado según un criterio justo (§ 315 BGB)⁴⁷. En la fundamentación del fallo, el BGH incidió en la necesidad de mantener una relación equilibrada entre prestación y contraprestación en este tipo de contratos, de larga duración, donde el prestador de energía queda obligado, por ley, a suministrar y donde no es ilegítima la obtención de beneficios. Para el BGH, una solución distinta contravendría el principio de equivalencia entre las prestaciones, al tiempo que habría supuesto una inaceptable severidad (*«unzumutbare Härte»*) para las empresas, afectándose a la seguridad en el abastecimiento.

Profundizando algo más en la pretensión restitutoria de los consumidores, el BGH estimó que, con la interpretación integradora, las subidas de precio pasaban a considerarse *el* precio pactado, en la parte que se correspondiese con el incremento efectivo de los costes para la empresa. La que excediera de la mera repercusión de costes no se subsumiría en la interpretación integradora propuesta. Ahora bien, supeditó la posibilidad de reclamar la restitución de las cantidades pagadas en exceso del coste a que el cliente se hubiese opuesto a cada incremento antes de transcurridos tres años desde cada liquidación anual. Esta solución ha sido bautizada como la **solución de los tres años** (*«Dreijahreslösung»*).

A pesar de la división doctrinal respecto de la admisibilidad de la solución alcanzada⁴⁸, el BGH ha replicado la doctrina de esta sentencia, al menos, en dos ocasiones⁴⁹. Al mismo tiempo ha rechazado

⁴⁶ Sentencia BGH 28.10.2015 – VIII ZR 158/11 (NJW 2016, 1718).

⁴⁷ Véase, SBBGH 28.10.2015, párr. 84-105 (NJW 2016, 1718).

El § 315 BGB regula la determinación de la prestación por una de las partes y establece, en su primer párrafo, que «cuando la prestación debe determinarse por uno de los contratantes, se debe asumir, en caso de duda, que ello se realiza de acuerdo con un criterio justo».

⁴⁸ Desde un sector se ha criticado el recurso a la interpretación integradora, por considerar que no existía ninguna laguna que colmar, toda vez que el predisponente disponía, en estos casos, de un derecho a determinar el precio en sí (lo ineficaz sería exclusivamente la concreta determinación del precio establecida). Véase, UFFMANN, 2015, p. 1218.

Estima convincente la solución del BGH, BÜDENBENDER, 2017, p. 302.

⁴⁹ SBBGH 6.4.2016 – VIII ZR 71/10 (NJW 2016, 3589); y 6.4.2016 – VIII ZR 211/10 (NJW 2016, 3593).

expresamente la necesidad de plantear una nueva cuestión prejudicial al TJUE acerca de la compatibilidad de la interpretación integradora con el Derecho de la Unión Europea, sobre la base de la doctrina del «acto aclarado»⁵⁰. En particular, el BGH estima que la necesidad de cohonestar los intereses de las partes, impuesta por la citada STJUE 23.10.2014 («*Schulz und Egbringhoff*») es materia de Derecho interno; y que con la interpretación integradora propuesta se alcanza sobradamente este cometido⁵¹. Además, la solución del BGH cuenta aquí con el aval del Tribunal Constitucional Federal alemán («BVG») que —planteándosele la eventual vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, *ex* artículo 101.1 S.2 Constitución alemana—, ha avalado la negativa del BGH a elevar nueva cuestión prejudicial al TJUE, por cuanto la forma en que se colma la laguna en la regulación contractual es asunto de Derecho interno⁵².

(iii) Interpretación integradora en contratos especiales

A diferencia de los contratos generales sujetos a tarifa, la cláusula de adaptación de precios de energía ya había sido puesta en tela de juicio, con anterioridad a la STJUE 21.3.2013, «*RWE Vertrieb AG*», para los contratos especiales celebrados en el mercado entre una entidad suministradora de energía y un consumidor⁵³. Sin embargo, no es hasta las **SSBGH 14.3.2012**⁵⁴ cuando se ventilen pretensiones restitutorias, en forma de *condictio* de prestación (§ 812.1 S. 1 1. Alt. BGB) respecto las cantidades pagadas en exceso por el consumidor, como consecuencia de la aplicación de una cláusula de adaptación de precios en un contrato especial. En aquellos pronunciamientos el BGH partió de que las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula solo lo serían «en exceso», si se considerase que el precio base inicialmente pactado era el precio debido, como contraprestación, por el suministro. El tribunal rechaza este punto de vista (asumido por la sentencia de apelación), merced a la aplicación de la interpretación integradora del contrato (§§ 157 y 133 BGB).

⁵⁰ Según esta doctrina, un órgano jurisdiccional cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, cuando se suscita ante él una cuestión de Derecho de la Unión, ha de dar cumplimiento a su obligación de someter dicha cuestión al Tribunal de Justicia (art. 267 TFUE), a menos que haya comprobado que la cuestión suscitada no es pertinente («acto claro»), o que la disposición de Derecho de la Unión de que se trata fue ya objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia («acto aclarado»), o que la correcta aplicación del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a duda razonable alguna. Véase, recientemente STJUE 9.9.2015, párr. 38; asunto C-160/14, «*Ferreira da Silva e Brito*» (ECLI:EU:C:2015:565).

⁵¹ Véase, SBGH 6.4.2016, párr. 37-42 (NJW 2016, 3589).

⁵² SBVG 17.11.2017 – 2 BvR 1131/16 (NJW-RR 2018, 305).

En particular, el BVG (párr. 42) se hizo eco de la posible incompatibilidad que tendría la interpretación integradora con la solución de la STJUE 14.6.2012 («*Banco español de crédito*»); a lo que responde que no se trataba del mismo caso. Para el BVG, la resolución de aquella STJUE abordaba, más bien, la cuestión de la compatibilidad de una ley nacional que permite la adaptación de una condición general de la contratación con el artículo 6.1 Directiva.

⁵³ En efecto, la **SBGH 17.12.2008** - VIII ZR 274/06 (LG Bonn) (NJW 2009, 578) fue pionera en declarar nula, por falta de transparencia, una cláusula que preveía la modificación del precio en el suministro del gas, si se producía una alteración en los precios tarifados. Una cláusula redactada en tales términos no reunía, a juicio del BGH, los requisitos de claridad y comprensibilidad, generando con ello un perjuicio desproporcionado al adherente, contrario a las exigencias de la buena fe (§ 307.1 S. 2 BGB). Véase, sobre todo, de la sentencia, párr. 14-15.

Sin embargo, el BGH no aplicó la interpretación integradora, por considerar que la expulsión de la cláusula de adaptación del contrato no generaba una laguna. El BGH considero (párr. 25 y 26) que —dado que el contrato preveía la posibilidad de que la empresa suministradora de energía denunciase el contrato a partir del segundo año de vida del mismo, con un plazo de preaviso de tres meses— no se producía, para el predisponente, un resultado inequitativo o insoportable.

⁵⁴ VIII ZR 113/11 (LG Köln) (NJW 2012, 1865), y VIII ZR 93/11 (BeckRS 2012, 7968).

Es relevante destacar la manera en que el tribunal justifica la necesidad de recurrir a la interpretación integradora del contrato, o lo que es lo mismo, por qué el precio de suministro pactado al inicio no sirve como precio de sustitución para el resto de liquidaciones acaecidas a lo largo del tiempo de ejecución del contrato. Para el BGH (párr. 20), las partes coincidían en que el precio base pactado al perfeccionarse el contrato solo se refería al momento inicial de la relación; en caso de alteraciones en las tarifas generales, debía regir *otro* precio, como contraprestación por el suministro. La incorporación al contrato de un derecho de adaptación del precio era reflejo de la voluntad de las partes respecto a las variaciones del precio, como contraprestación que el consumidor tenía que soportar; las variaciones respondían a transformaciones en los costes de aprovisionamiento, laborales y materiales de la empresa predisponente. A juicio del BGH, las partes partían de que el precio oscilaría, por la propia naturaleza del contrato y su duración indefinida; la razón de ser de la cláusula era entonces evitar el riesgo de alteraciones en la relación de equivalencia entre prestación y contraprestación. Nos encontramos — indica— ante una laguna que debe ser cubierta con la interpretación integradora.

La interpretación integradora del contrato a que llegó el BGH consistió en que los adherentes consumidores no podían hacer valer la ineficacia de aquellos aumentos del precio —que, a su vez, condujeron a un exceso sobre el precio inicialmente pactado—, **si no se opusieron a ellos en el plazo de tres años desde cada liquidación anual**. Esta interpretación integradora del contrato rige tanto para la reclamación de la restitución de cantidades como para la reclamación del remanente en la liquidación. Del mismo modo que para los contratos sujetos a tarifa, esta solución fue bautizada como «**solución de los tres años**» o «*Dreijahreslösung*». Y, al igual que para aquellos contratos, la consecuencia práctica de la «*Dreijahreslösung*» estribó en sustituir, en cada liquidación, el precio inicialmente pactado, como base, por cada incremento aplicado por la suministradora al que no se haya opuesto el consumidor. A resultas de la interpretación integradora, el precio de cada una de las subidas se convierte en *el* precio pactado, en lugar del precio base inicial.

La **SBGH 23.1.2013**⁵⁵ ha confirmado la «*Dreijahreslösung*», saliendo al paso de las críticas que la acusaron de reducción conservadora de la validez, proscrita por el TJUE tras la STJUE 14.6.2012⁵⁶. Lo ha hecho (párr. 26-37) advirtiendo que la interpretación integradora no equivale a adaptar o rebajar la cláusula que permitía a la empresa energética variar el precio, manteniendo un contenido eficaz; se trata —una vez eliminada de cláusula abusiva del contrato— de indagar aquello que habrían pactado las partes de buena fe, teniendo en cuenta sus intereses y a fin de evitar la inaceptable severidad que para el predisponente supondría mantener estático el precio de suministro inicialmente pactado, pues no podría cubrir sus costes. Para el BGH, la inaceptable severidad conduciría a la ineficacia de todo negocio y, por ende, a una liquidación completa del contrato; lo que pondría en riesgo la equivalencia material de las prestaciones de ambas partes propugnada por la Directiva⁵⁷.

⁵⁵ VIII ZR 80/12 (LG Bonn); NJW 2013, 991.

⁵⁶ Asunto C-618/10, «*Banco español de crédito*» (ECLI:EU:C:2012:349).

⁵⁷ Recuérdese que, en la STJUE 14.6.2012 («*Banco español de crédito*»), se hace hincapié en que la exigencia de no vinculación del artículo 6.1 Directiva/CEE constituye una disposición imperativa que «pretende reemplazar el *equilibrio formal* que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un *equilibrio real* que pueda restablecer la igualdad entre éstas» (párr. 40 y 63). A este razonamiento se aferra el BGH para justificar la procedencia de la interpretación integradora, en estos casos.

- Desarrollo jurisprudencial alemán post STJUE «RWE Vertrieb AG»

En los párrafos finales de «*RWE Vertrieb AG*», el TJUE despachó la cuestión relativa a la conformidad con la Directiva de la limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia, debido a la solicitud del Gobierno alemán en sus observaciones escritas, así como de la predisponente. Creo que esta pregunta no se entiende sin tener presente la «*Dreijahreslösung*» que ya venía aplicando el BGH para los contratos especiales. En su lacónica respuesta, el TJUE comenzó advirtiendo sobre la excepcionalidad de una eventual limitación de efectos, que exigiría acreditar un riesgo de trastornos graves para la economía y el principio de buena fe. Acto seguido, descartó que, para aquel caso, se hubiese acreditado tal riesgo que posibilitase una limitación en el tiempo de los efectos de la sentencia considero injustificada la eventual limitación temporal de los efectos. Pero «*RWE Vertrieb AG*» no impidió que el BGH continuase aplicando la «*Dreijahreslösung*» a supuestos donde se ejercitaban pretensiones restitutorias por parte de los consumidores, en el marco de contratos especiales de suministro, rechazando expresamente la aplicación de la regla restitutoria general del § 812.1 S. 1 Alt. 1 BGB⁵⁸. En todas las sentencias, el BGH confirma la aplicación de la solución de los tres años⁵⁹.

En este sentido, merece la pena destacar el esfuerzo del BGH dedicado a coherencia la interpretación integradora con el mandato del artículo 6.1 Directiva. Insiste en que, con la interpretación integradora, se colma una laguna contractual que, de no hacerse, convertiría el contrato en económicamente inequitativo para el predisponente. Su tesis es que el retorno al precio base de suministro inicial sería excesivamente desproporcionado para el predisponente, poniéndose en riesgo la cual eficacia de todo el contrato (§ 306.3 BGB)⁶⁰. La ineficacia global abocaría a una liquidación global de las prestaciones, perjudicial para el consumidor⁶¹, pues quedaría obligado a indemnizar a la empresa energética el *valor* de la energía consumida a lo largo del contrato, según el § 818.2 BGB⁶². La indemnización se correspondería con la remuneración hipotética de un uso energético adecuado por el consumidor, computada según el precio que habría exigido una empresa similar a la predisponente en cada liquidación. Al mismo tiempo, en sus dos últimas resoluciones, el BGH ha puntualizado que la interpretación integradora propuesta para los contratos especiales no es insensible a la caída de los precios tarifados por debajo, incluso, del precio inicialmente pactado. Para tal caso, las exigencias de la buena fe obligarían a que el consumidor debiese solo por ese menor precio⁶³.

Al igual que para los contratos generales, el BGH ha rechazado elevar cuestión prejudicial al TJUE sobre la conformidad de la interpretación integradora del contrato (y la «*Dreijahreslösung*») con el artículo 6.1 Directiva⁶⁴. Para el tribunal, la correcta aplicación del Derecho de la Unión Europea resulta tan evidente

⁵⁸ Véanse, las Sentencias BGH 2.12.2014 – VIII ZR 370/13 (NJW 2015, 1167); 15.4.2015 – VIII ZR 59/14 (NJW 2015, 2566); 6.4.2016 – VIII ZR 79/15 (NJW 2017, 320); y 5.10.2016 – VIII ZR 241/15 (NJW-RR 2017, 557).

⁵⁹ Tanto es así, que la única referencia a «*RWE Vertrieb AG*» que realiza el BGH es al reconocimiento del legislador comunitario a la existencia de un interés legítimo de la empresa suministradora en poder modificar el coste de su servicio. Véase párr. 46 STJUE «*RWE Vertrieb AG*», que se cita expresamente en la SBGH 6.4.2016 – VIII ZR 79/15 (NJW 2017, 320), párr. 34.

⁶⁰ La justificación de la interpretación integradora se ha hecho descansar en la necesidad de evitar una inaceptable severidad para el predisponente ha sido criticada, por acercarla a la reducción conservadora (UFFMANN, 2010, pp. 185-186).

⁶¹ STÜRNER, 2013., p. 680. Crítico con este razonamiento, SCHMIDT, 2019, párr. 16.

⁶² Véase, sobre todo, SBGH 6.4.2016. párr. 26-38 (NJW 2017, 320).

⁶³ SBGH 6.4.2016, párr. 40 (NJW 2017, 320); y SBGH 5.10.2016, párr. 27 (NJW-RR 2017, 557).

⁶⁴ Véase, SBGH 23.1.2013, párr. 32 y ss. – NJW 2013, 991.

que no deja espacio para ninguna duda razonable⁶⁵. Igualmente, se ampara en la doctrina del «acto claro»⁶⁶.

Con todo, una gran parte de la doctrina alemana que ha tratado el tema no se ha mostrado tan indulgente con la «*Dreijahreslösung*», por considerarla materialmente idéntica a la reducción conservadora de la validez y, por tanto, contraria a la Directiva⁶⁷. También se ha cuestionado dogmáticamente que, con su solución, el BGH mezcle institutos jurídicos como la caducidad («*Verwirkung*») o la prescripción («*Verjährung*») con la interpretación integradora⁶⁸. En este sentido, se advierte que la doctrina de los tres años no es que limite el ejercicio de la acción restitutoria a un intervalo de tres años, sino que elimina esta posibilidad por completo, lo que conculcaría la idea de prevención de la Directiva⁶⁹.

- La «*Dreijahreslösung*» tras «Gutiérrez Naranjo»

Hasta donde se me alcanza, el BGH no ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de la conformidad de la «*Dreijahreslösung*» con el artículo 6.1 Directiva, tras la **STJUE 21.12.2016**⁷⁰; pronunciamiento que ha suscitado todavía más dudas en la doctrina alemana acerca de su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea⁷¹. El parecer de la doctrina no es, sin embargo, unánime⁷².

2.2. La restitución de cantidades derivada de la ineficacia de una cláusula en otros contextos

En Alemania, no ha pasado por alto que la interpretación integradora del contrato se ha aplicado como respuesta a la ineficacia de una condición general de la contratación en casos en los que era clara la necesidad de preservar el modelo de negocio del predisponente, cuando este depende de la cláusula en cuestión; en este caso, la cláusula de adaptación de precios⁷³. En otros contextos —si se quiere, menos

⁶⁵ Consideran que la compatibilidad de la solución de los tres años con el artículo 6.1 Directiva es «de todo menos clara» y aboga por una cuestión prejudicial que resuelva el asunto, BASEDOW, 2019, párr. 9; GSELL/FERVERS, 2019, pp. 2570-2571. Sugiere igualmente la necesidad de plantear cuestión prejudicial, JANSEN, 2018a, párr. 7.

⁶⁶ Véase, SBGH 5.10.2016, párr. 26 (NJW – RR 2017, 557).

⁶⁷ GRAF V. WESTPHALEN, 2019, pp. 126-127; KÜHNE, 2015, pp. 2547-2548.

Claramente a favor de la solución de los tres años, BRÄNDLE, 2017, p. 77 y ss.

⁶⁸ GSELL/FERVERS, 2019, p. 2574; KRÄMER, 2018, pp. 220-224; MARKERT, 2012, p. 524.

⁶⁹ GSELL/FERVERS, 2019, p. 2574.

⁷⁰ Asuntos acumulados C-154/15, C-307/15, C-308/15, «*Gutiérrez Naranjo*» (ECLI:EU:C:2016:980). Como es sabido, el TJUE, en esta sentencia, estableció que el artículo 6.1 Directiva debe interpretarse en el sentido de que «que procede considerar, *en principio*, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, *en principio*, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula» (párr. 61). Añadiendo que «de lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, *en principio*, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes» (párr. 62).

⁷¹ GRAF V. WESTPHALEN, 2018, p. 1003; GSELL/FERVERS, 2019, p. 2573; MARKERT, 2017, p. 109 y ss.; MICKLITZ/REICH, 2014, p. 793; SCHMIDT, 2019, párr. 16.

⁷² Véase, sobre todo, MÄSCH, 2019, párr. 41.

⁷³ JANSEN, 2018a, párr. 7.

incisivos para el modelo negocial del predisponente; o donde no estaba en peligro el mantenimiento del contrato— la restitución de cantidades derivada de la ineficacia de una cláusula que amparaba atribuciones patrimoniales se ha canalizado a través del mecanismo típico de restitución contractual en Derecho alemán: la *condictio* de prestación («*Leistungskondition*»); § 812.1 S.1 1. Alt. BGB)⁷⁴. Representativos de este proceder han sido los casos de nulidad, por abusiva, de la cláusula de reforma final («*Endrenovierungsklauseln*») en contratos de arrendamiento. Esta cláusula impone al arrendatario, al término del arriendo, la obligación de acometer las obras de reparación ornamental del inmueble («*Schönheitsreparaturen*»); lo que por ley corresponde al arrendador, sin perjuicio de pacto en contrario (§ 535.1 2 BGB)⁷⁵. Si bien la jurisprudencia del BGH respecto a admisibilidad de esta cláusula ha oscilado bastante⁷⁶, en algunos casos se ha declarado su nulidad, por abusiva⁷⁷, ocasionándose un problema restitutorio, si el adherente había ya realizado, por sí o por cuenta de otro, las obras de mejora.

Es el caso de la **SBGH 27.5.2009**⁷⁸. El arrendatario había utilizado la vivienda durante siete años (entre 1999 y 2006), figurando en las condiciones generales del contrato de arrendamiento una cláusula que le imponía la realización de obras de mejora cada cierto tiempo y, en cualquier caso, le obligaba a devolver la vivienda renovada al arrendador. Antes de mudarse, el arrendatario procedió a pintar la vivienda en cumplimiento de la cláusula que, después, fue declarada abusiva. Por ello, reclamó la restitución del coste que la había supuesto el pintado de la casa (1.620 euros con intereses). La pretensión del adherente se canalizó por tres vías, todas ellas estudiadas por el tribunal. En primer lugar, el BGH rechazó la indemnización de la cantidad reclamada por la vía de la responsabilidad precontractual, pues el predisponente no había actuado culposamente en la inclusión de la cláusula en el contrato (párr. 9-14). En segundo lugar, denegó una restitución basada en la gestión de negocios ajenos sin mandato amparada por el § 539.1 BGB, que se remite a esta institución para la restitución de gastos realizados por el arrendatario en la cosa arrendada. Resulta necesario explicar la argumentación del BGH al respecto de la segunda pretensión, por lo que después se dirá. Para rechazar la línea argumental que pretendía la restitución en la gestión de negocios ajenos (párr. 15-20), el BGH advierte que la realización de los trabajos de reparación no constituye, en realidad, una prestación aislada del arrendatario, sino que se corresponde con parte del *pago* o contraprestación que a que este se obligaba contractualmente por la cesión del uso de la vivienda. Por último, el BGH se ocupa de la acción restitutoria por enriquecimiento injustificado, en su modalidad de *condictio* de prestación. Desde el punto de vista de esta acción, el BGH se pregunta por el *valor* de la prestación realizada por el arrendatario adherente, toda vez que esta no puede restituida *in natura* (§ 818.2 BGB)⁷⁹. En este sentido, el BGH comienza descartando que el valor a restituir se corresponda con el incremento del valor de la vivienda en forma de las ventajas que la mejora repercute en el patrimonio del arrendador gracias al incremento de la renta en un futuro arrendamiento, toda vez que la realización de la mejora —como

⁷⁴ BASEDOW, 2019, párr. 51; FUCHS, 2016, p. 532; SCHMIDT, 2019, párr. 32.

⁷⁵ BEYER, 2008, p. 2065.

⁷⁶ LORENZ, 2009, p. 2576.

⁷⁷ Paradigmática es la **SBGH 5.4.2006** – VIII ZR 152/05 (LG Nürnberg-Fürth), NJW 2005, 2115. No me detendré en estudiar las razones que han posibilitado la nulidad de este tipo de cláusulas. Al respecto, véase, BEYER, «*Schönheitsreparaturen...*», cit., pp. 2066-2070.

⁷⁸ VIII ZR 302/07 (LG Frankfurt a.M.); NJW 2009, 2590.

⁷⁹ El § 818.2 BGB establece que, cuando el deudor de la restitución no puede restituir «lo obtenido», debe restituir su valor.

vimos— constituye parte de la contraprestación del arrendatario por la cesión del uso de la vivienda⁸⁰. De lo que se trata es —continúa el BGH— de determinar cuál sea el valor habitual o usual para esta clase de contraprestación (párr. 23). El BGH advierte que, en este tipo de contratos, es el arrendatario quien acomete, por sí mismo, los trabajos de mejora; y que muchas veces lo hace ayudado por parientes o conocidos. Esta idea le conduce a identificar el valor de la prestación a restituir con aquellos gastos en que el arrendatario incurre para completar los trabajos de mejora (materiales o remuneración a sus ayudantes, entre otras partidas), admitiendo que se restituya un valor mayor en caso de que la obra de mejora se corresponda con la actividad profesional del arrendatario (párr. 24).

Si bien este caso da buena cuenta del régimen restitutorio aplicable en Derecho alemán ante la nulidad, por abusiva, de una condición general de la contratación, su resolución final no deja de plantear dudas respecto de la extensión restitutoria en relación con el valor. Con razón se ha calificado el pronunciamiento de «inconsecuente» con el Derecho de enriquecimiento, por identificar el valor de restitución con los costes efectivamente asumidos por el arrendatario *solvens* y no con lo que habría que tenido que abonar el arrendador en el mercado por obtener la renovación del inmueble (pintura, en este caso)⁸¹. Y es que —a diferencia del Derecho de daños— el enriquecimiento injustificado se mide desde la perspectiva del *accipiens* enriquecido, no desde la del *solvens* empobrecido⁸². Hay que advertir que la cuestión acerca de la extensión restitutoria en casos de reparaciones al término del arriendo se enfrenta a la más amplia cuestión del «enriquecimiento impuesto», es decir, a si el arrendador que recupera una cosa mejorada por el arrendatario tiene que restituir el valor de esta mejora; y a si, en caso afirmativo, la restitución del enriquecimiento impuesto no debe abrazar un valor subjetivo, limitado al efectivo incremento patrimonial que experimenta el arrendador, para proteger a este último⁸³.

2.3. Recapitulación y conclusión intermedia

En este apartado se ha comprobado que en Derecho alemán figura admitida la interpretación integradora del contrato como instrumento para cubrir lagunas que surgen cuando se anula una condición general de la contratación en contratos con consumidores. Y se ha visto cómo, en muchos de los supuestos, el recurso a esta institución presenta consecuencias restitutorias, si la cláusula controvertida había justificado la realización de atribuciones patrimoniales a favor del predisponente o había permitido un pago en exceso del adherente. Es el caso de las cláusulas de adaptación de precios de la energía en contratos de suministro —de tarifa o individuales—; en ellos, el BGH recurrió a la interpretación integradora del contrato con el fin de mantener la equivalencia de las prestaciones entre las partes, evitando los efectos económicos que habría supuesto la eventual restitución del incremento

⁸⁰ Tesis esta que, sin duda, se corresponde con la mayoritaria doctrinalmente en Derecho alemán. Véase, LARENZ/CANARIS, 1994, pp. 276-277; o MEDICUS/LORENZ, 2014, párr. 1170.

⁸¹ LORENZ, 2009, p. 2577.

⁸² En efecto, para describir esta manera de operar de la restitución por enriquecimiento, como forma de corregir desplazamientos patrimoniales del deudor, se ha acudido, en Alemania, a diferentes fórmulas semánticas que ponen el acento en la relevancia de la figura del enriquecido, como por ejemplo que se trata de «un derecho de enriquecimiento (*Bereicherung*) y no de empobrecimiento (*Entreichung*)»; o que el Derecho de enriquecimiento constituye «espejo del Derecho de daños», poniendo este último el foco en el dañado (véase, WENDEHORST, 2012, párr. 4).

⁸³ Véase, EMMERICH, 1998, p. 54.

En este caso, la existencia de una cláusula que amparaba la realización de las mejoras finales a cargo del arrendatario, pese a su nulidad, debe alejar el supuesto de la órbita de los enriquecimientos impuestos; ello a los no poco relevantes efectos de determinar la extensión final de la restitución.

de las cantidades abonadas, como consecuencia de la cláusula de adaptación de precios, en relación con el precio inicialmente pactado⁸⁴. En estos supuestos, la interpretación integradora ha derivado en la «*Dreijahreslösung*», tras la demanda de un consumidor reclamando las cantidades abonadas en exceso por la aplicación de la cláusula⁸⁵. No obstante, la «*Dreijahreslösung*», como mecanismo para limitar la restitución de cantidades, no se ha aplicado de modo uniforme en los contratos sujetos a tarifa y en los individuales; lo que explica que algún autor se haya mostrado más favorable a la solución integradora ofrecida para los contratos tarifados, que atribuye un papel menos relevante al límite de los tres años⁸⁶. Como fuere, la «*Dreijahreslösung*» supone una solución controvertida y que aún tiene que pasar por el tamiz de su conformidad con el principio de no vinculación de la Directiva (art. 6.1), habida cuenta de las dudas que lógicamente ha suscitado en buena parte de la doctrina.

En relación con la «*Dreijahreslösung*» y la interpretación integradora, importa advertir que la solución tendente a limitar los efectos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula predispuesta no se fundamenta en una concreta interpretación de las normas restitutorias que resultarían aplicables, esto es, del sistema de restitución por enriquecimiento injustificado (§§ 812 a 819 BGB)⁸⁷. Esta idea se aprecia muy bien en la resolución de la SBGH 23.1.2013. En aquel caso, una de líneas argumentales de la empresa suministradora para negarse a restituir las cantidades percibidas en aplicación de la cláusula de adaptación de precios anulada fue que la *pérdida del enriquecimiento* del § 818.3 BGB⁸⁸, pues tales cantidades se habrían compensado con los propios costes de la empresa. El BGH (párr. 41-44) descartó esta aproximación, al entender que la respuesta a la pregunta de la pérdida de enriquecimiento a través de los costes dependía, a su vez, de la cuestión de qué parte contractual asume el riesgo de pérdida de enriquecimiento, en cada caso. Y consideró que aquí el riesgo corresponde a la suministradora, pues es quien debe pechar con un adecuado cálculo de costes y el riesgo de su incremento; si bien la cláusula de adaptación de precios podría afectar al reparto de riesgos, la ineficacia de esta hace que permanezcan en el predisponente.

De otro lado, tratándose de condiciones generales cuya incidencia en la economía del predisponente no es tan determinante, el Derecho alemán aplica la restitución ordenada por la *condictio* de prestación (§ 812.1 S.1 1. Alt. BGB); lo que trae consigo todo el elenco de problemas propios de la extensión restitutoria que permite esta figura, como se vio para las «*Endrenovierungsklauseln*» en contratos de arrendamiento⁸⁹.

⁸⁴ De nuevo, JANSEN, 2018a, párr. 7.

⁸⁵ Adviértase que, en principio, no se admite la interpretación integradora en procesos colectivos, solo en procesos individuales. En los primeros, parecen irrelevantes las consecuencias que se sigan de la ineficacia. Véase, BASEDOW, 2019, párr. 42, y la jurisprudencia que cita.

⁸⁶ BÜDENBENDER, 2017, p. 302.

⁸⁷ En este sentido, resulta significativo que en la citada SBGH 1.2.1984 (párr. II), en el caso de la nulidad de la cláusula del día, considerase que el pago del precio derivado de la cláusula anulada no fuese un pago realizado «sin causa jurídica» a los efectos del § 812.1 S. 1 BGB, sino que lo fuese por razón del contrato de compraventa y de la cláusula en el inserto que permitía al predisponente incrementar el precio.

⁸⁸ El § 818 BGB regula la extensión de la restitución de la acción de enriquecimiento injustificado alemán. El § 818.3 BGB dispone que «la obligación de restitución o de indemnización del valor se excluye, cuando el *accipiens* deja de estar enriquecido».

⁸⁹ No me corresponde ocuparme de la jurisprudencia del BGH que ha reputado eficaz la condición general que repercute en el arrendatario la obligación de realizar las reparaciones necesarias en el inmueble que se cede sin renovar o necesitado de renovación, siempre que el arrendador predisponente conceda después al arrendatario una compensación adecuada a cambio. Se trata de la **SBGH 18.3.2015** (sobre todo, párr. 35-36)– VIII ZR 185/14, NJW 2015, 1594; confirmada por la **SBGH 22.8.2018** – VIII ZR 277/16 (LG Lüneburg), NJW 2018, 863.

3. La restitución de cantidades derivada de la ineficacia de una condición general de la contratación en Derecho español

No existe en Derecho español un régimen restitutorio directamente aplicable a la nulidad de una condición general de la contratación que ha justificado la realización de atribuciones patrimoniales a favor del predisponente. En el plano procesal, los artículos 12 LCGC y 53 TRLGDCU a lo más que autorizan es a acumular a la acción de cesación, entre otras, la acción de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes. Esta circunstancia —unida a la pereza del legislador en construir un régimen jurídico adecuado para las nulidades de las condiciones generales⁹⁰— no deja de resultar extraña, si se repara en que nuestro sistema restitutorio contractual es fragmentario y carente de reglas restitutorias generales⁹¹, a diferencia de otros⁹², con mayor o menor generalización.

La ausencia de referentes normativos sólidos obliga a comenzar estudiando las consecuencias generales de la ineficacia de una condición general de la contratación. A este respecto, la nulidad de una condición general de la contratación no determina la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tal cláusula (art. 10.1 LCGC). Otro tanto de lo mismo sucede en el ámbito del régimen normativo protector de los consumidores y usuarios, donde se impone que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin las cláusulas abusivas (art. 83.1 TRLGDCU). Que la nulidad de una cláusula contractual no traiga consigo, *per se*, la nulidad del contrato en su conjunto constituye un elemento diferencial para la restitución que, en su caso, se haya de producir. La necesidad de que el contrato subsista en lo posible sin la cláusula anulada conduce a plantear el problema restitutorio de manera distinta; no estamos ante un supuesto donde la ineficacia total del contrato nos empuja de bruces con la cuestión restitutoria, como sucede ante la nulidad, la rescisión o la resolución. Aquí se parte de la conservación del contrato, cuyo mantenimiento sin la cláusula puede presentar consecuencias de orden restitutorio. Por eso, la primera pregunta a plantear no debe ser aquella que alude a la restitución de cantidades y su alcance, sino aquella otra que indague la suerte del contrato sin la cláusula. Solo una vez aclarado este interrogante se puede estudiar verdaderamente la restitución derivada de la nulidad de una condición general de la contratación y su régimen jurídico⁹³.

Plantea serias dudas de la conformidad de esta línea jurisprudencial con el Derecho comunitario, desde el punto de vista de la abusividad (art. 3.1 Directiva), la transparencia (art. 5 Directiva) y la no vinculación (art. 6.1 Directiva), GRAF V. WESTPHALEN, 2018, pp. 1004-1008.

⁹⁰ PASQUAU LIAÑO, 2000, pp. 278-279.

⁹¹ CARRASCO PERERA, 1987, pp. 1068-1069.

⁹² El Derecho alemán cuenta con las reglas generales del enriquecimiento injustificado, en forma de *condictio* de prestación, para la restitución contractual (§§ 812-819 BGB); tendiéndose a acercar progresivamente este régimen con el específico derivado de la resolución del contrato (§§ 346 y 347 BGB). Sobre las posibilidades (y los límites) de la aplicación del régimen restitutorio de la resolución a la restitución por enriquecimiento injustificado en sede de la *condictio* de prestación; véase BOCKHOLDT, 2006, pp. 779-802; GRUNEWALD, 2004, pp. 35-39; ROTH, 2007, pp. 1138-1148; BÜDENBENDER, 2000, pp. 671-680.

Tras la reforma de su Derecho de obligaciones, en 2016, el Derecho francés reconoce un régimen unitario de la restitución contractual que abarca la restitución resultante de la anulación, la resolución, la caducidad del contrato o el pago de lo indebido; véase, MALINVAUD/FENOUILLET/MEKKI, 2017, pp. 379-380.

⁹³ No me ocuparé de aquellos otros casos, más generales, donde la restitución de atribuciones patrimoniales derivadas de la abusividad de una condición general de la contratación no se basa directamente en la nulidad de la cláusula que las justificaba, sino en la ineficacia global del contrato que conduce a su liquidación. Es el caso de la **SAP Madrid, Sec. 10ª, 13.12.2005** (MP: Puente Villegas y Jiménez de Andrade; AC 2006/1176) donde la restitución

Comenzaré refiriéndome a un caso resuelto por la Sala 1ª del Tribunal Supremo donde afloraron cuestiones restitutorias a raíz de la nulidad, por abusiva, de una condición general de la contratación: el caso Canal Satélite Digital.

3.1. El caso «Canal Satélite Digital»

Se trata de la STS, 1ª, 13.3.2012⁹⁴. La Unión de Consumidores de Pontevedra, actuando en representación de uno de sus asociados, interpuso demanda frente a Canal Satélite Digital, S. L. (en adelante, «CSD») interesando la nulidad, por abusiva, de la cláusula que imponía el arrendamiento del terminal digital (el descodificador), como requisito ineludible para contratar el servicio de televisión por cable. El arrendamiento suponía que los clientes abonasen una renta mensual adicional al precio del servicio. También ejercitó acción colectiva de cesación de la citada cláusula y de indemnización de daños y perjuicios. En particular, se impugnaron dos cláusulas con el siguiente tenor:

Cláusula X: «*Para poder acceder a cualquier opción o servicios es imprescindible estar suscrito al servicio mínimo que se establezca por CSD y realizar el pago mensual del precio del arrendamiento del Terminal Digital*». Cláusula Y: «*El Terminal Digital se entrega por CSD al cliente en concepto de arrendamiento. La fecha de inicio del arrendamiento será la misma que la de alta en el contrato y la fecha de finalización coincidirá con la de baja en la suscripción de CSD [...]*»⁹⁵.

El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. La sentencia de apelación⁹⁶ consideró que la cláusula era nula, por abusiva, en la medida en que supeditaba la contratación del servicio al arrendamiento del terminal digital de CSD. Sin embargo, estimó que no procedía la devolución de cantidad alguna en concepto de rentas satisfechas por el arrendamiento del descodificador, en tanto que estas se correspondían con su efectivo disfrute; ello sin haberse acreditado que el consumidor pudiera haber adquirido o arrendado en el mercado otro aparato apto para acceder a las imágenes suministradas por Canal Satélite Digital a un precio inferior al abonado. En casación, la Sala 1ª del Tribunal Supremo confirmó la no restitución de cantidades derivada de la nulidad de las cláusulas con el mismo argumento empleado por la Audiencia⁹⁷.

a. La razón para la abusividad de la cláusula controvertida. El descodificador

La condición general de la contratación objeto de disputa vinculaba la contratación del servicio de televisión digital suministrado por CSD al arrendamiento del descodificador (y no otro) que CSD facilitaba en virtud del contrato. En su razonamiento la Audiencia advierte que el descodificador constituye un elemento accesorio para obtener la prestación del servicio de televisión; accesoriedad que también atribuye al receptor de televisión o a la corriente eléctrica (FD 3º). En realidad, el uso de

de las cantidades anticipadas por el consumidor en una compraventa de cunas para bebé se fundamentó en la resolución del contrato por incumplimiento esencial de la obligación de entrega en plazo.

⁹⁴ RJ 2012/4527; MP: Ferrándiz Gabriel.

⁹⁵ Se impugnaron dos cláusulas. La acción de nulidad se refería también a la facultad que CSD se reservaba para incrementar el precio del arrendamiento del descodificador. Este aspecto se recogía en la que he denominado «Cláusula Y», pero no interesa al objeto del presente trabajo.

⁹⁶ SAP Madrid, Sec. 28ª, 30.12.2008; FD 5º (MP: Arribas Hernández; Id Cendoj: 28079370282008100273).

⁹⁷ Sobre la proyección de los efectos de la sentencia del Tribunal Supremo hacia los consumidores que contrataron con Canal Satélite Digital, se adhirieron a la cláusula reputada abusiva y pagaron el precio por el arrendamiento del terminal, véase VENDRELL CERVANTES, 2017a, p. 77.

un descodificador constituía una condición de posibilidad para recibir la prestación principal contratada —el servicio de televisión digital—; igual que disponer de un aparato de televisión. La diferencia estribaba en que tal condición de posibilidad se incluía en el clausulado del contrato al que se adhería el usuario, imponiendo su arrendamiento; acaso porque al tiempo del litigio los descodificadores no estaban generalizados entre el gran público, como sí los televisores. Adviértase que no es lo mismo un elemento accesorio de la cosa o servicio que una condición de posibilidad para la posterior ejecución del contrato, si se trata de una relación duradera; o para el aprovechamiento del objeto⁹⁸. Así, la Audiencia termina por considerar que la imposición del arrendamiento del terminal digital equivale a supeditar la contratación de los servicios al arrendamiento de los equipos descodificadores de CSD; lo que comporta la nulidad, por abusivas, de las cláusulas referidas al arrendamiento del terminal (artículo 10 bis y la DA Primera V.23 LGDCU). Es decir, la abusividad de las cláusulas litigiosas se desprendía de la *imposición* al usuario de la contratación del arrendamiento del descodificador de CSD, excluyendo con ello la posibilidad de contratar el servicio si no se arrendaba ese terminal; no del arrendamiento en sí mismo. Este aspecto resulta importante para comprender la limitación en la restitución que la Audiencia reconoce después.

b. El fundamento de la solución restitutoria de la Audiencia y del Tribunal Supremo

La Audiencia y la Sala 1ª emplearon argumentos distintos para fundamentar sus resoluciones, si bien el resultado práctico al que llegaron fue idéntico: la no restitución.

Para limitar los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula, la Audiencia parte de que la nulidad de las cláusulas no determina la ineficacia de todo el contrato, «*el cual puede subsistir sin que se considere necesario el arrendamiento del descodificador para disfrutar los servicios de televisión ofrecidos*»; y añade: «*todo ello sin perjuicio de integrar el contrato en los términos que a continuación se indican*». La integración a la que llega la Audiencia consiste en ofrecer dos alternativas a los usuarios: (i) mantener el terminal y el régimen de arrendamiento inicial con CSD; o (ii) devolver el terminal a CSD, manteniendo los servicios de televisión contratados, pero con otro descodificador que el usuario se proporcione por su cuenta. En ambos casos, la Audiencia rechaza la restitución de las rentas satisfechas por el arrendamiento del descodificador, «*en tanto que corresponden al efectivo disfrute del mismo sin que se haya acreditado que los abonados pudieran haber adquirido o arrendado en el mercado un descodificador apto para ver las imágenes suministradas por la demandada a un precio inferior al satisfecho*» (todo en FD 5º y 6º). La Audiencia no recurre a ningún precepto de tipo restitutorio para fundamentar su decisión. Simplemente acude a la integración del contrato de prestación de servicios audiovisuales, la cual desemboca en una limitación de la restitución de los pagos realizados por los clientes en forma de rentas. La desestimación de la restitución es lo que se discute en casación.

Para resolver el recurso, la Sala 1ª recurre al artículo 1303 CC, para la nulidad contractual, pues parte de que en sede de condiciones generales rige también la «*restitutio in integrum*». Una vez ha identificado un precepto que ampare la pretensión restitutoria de los usuarios, advierte que la restitución no opera con el automatismo que le atribuye la demandante (FD 9º). Es entonces cuando afirma que la restitución no siempre es consecuencia de la nulidad. A su juicio, el fundamento del artículo 1303 CC estriba en

⁹⁸ Disponer de un permiso de circulación es una condición de posibilidad para comprar o arrendar un automóvil con finalidad de uso propio, mientras que la documentación técnica es un elemento accesorio que el deudor debe entregar al comprador (o al arrendatario, en su caso), salvo que se haya pactado otra cosa (cfr. art. 1097 CC, para obligaciones de dar).

que las partes recuperen la situación patrimonial «anterior al contrato», evitando el enriquecimiento injustificado de una a costa de la otra. No se restituye, si no se ha producido enriquecimiento. Aplicando esta doctrina al caso, la Sala rescata el argumento de la Audiencia y concluye que no se ha producido enriquecimiento si se han compensado las rentas abonadas en concepto de arrendamiento del descodificador con el uso continuado de este durante el tiempo de vigencia de las cláusulas; y agrega que los usuarios no están en condiciones de devolver *in natura* el aprovechamiento del terminal, produciéndose la compensación con el crédito cuya satisfacción reclaman (arts. 1307 y 1308 CC).

De los dos argumentos presentados únicamente ha trascendido el utilizado por la Sala 1ª, que ponía el foco en el sistema del artículo 1303 y ss. CC y en la interdicción del enriquecimiento; al tiempo que se ha soslayado la importante referencia de la Audiencia a la integración del contrato, como razón técnica última para denegar la restitución⁹⁹.

3.2. Cuestión abierta: ¿es aplicable con carácter general el régimen restitutorio previsto para la nulidad del contrato?

Las dos soluciones planteadas en «Canal Satélite Digital» sirven para lanzar la cuestión de cuál sea el régimen restitutorio que sigue a la anulación de una condición general que, durante su vigencia, justificó la realización de atribuciones patrimoniales a favor del predisponente. La jurisprudencia ha considerado tradicionalmente que esta restitución ha de regirse por el sistema restitutorio pensado para la nulidad contractual (arts. 1303 y ss. CC)¹⁰⁰, que toma como base el contrato de compraventa¹⁰¹. La doctrina mayoritaria también ha adoptado esta posición¹⁰². Pero ¿cabe una aproximación distinta? Probablemente sí. La particular función a la que sirve el Derecho de consumo y de las condiciones generales de la contratación justifica un análisis al margen de lo ortodoxo¹⁰³, que escape del axioma inopinado de que solo existe una clase de nulidad y unos únicos efectos (los del artículo 1303 CC), que prescindan de la idea de regresar al estado de cosas primitivo (que, por cierto, no se sabe muy bien cuál es), como si la cláusula nunca se hubiese predispuerto, y que ponga primero el foco en lo que le sucede al contrato sin la cláusula, cuando puede subsistir este sin ella (la «no vinculación» del artículo 6.1 Directiva). La tarea de hallar una aproximación distinta exige abandonar el prejuicio dogmático de que toda nulidad conlleva una *restitutio in integrum*, si no se sabe exactamente a qué se alude con ese concepto¹⁰⁴. No en vano, ya el propio Código civil dosifica y adapta la restitución en determinados

⁹⁹ La doctrina que se ha referido a la STS, 1ª, 13.3.2012 se ha aproximado a ella bajo este esquema. Así, CÁMARA LAPUENTE, 2017, p. 11; CAÑIZARES LASO, 2016, n. 16; MORENO GARCÍA, 2015, p. 137; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2017, p. 178; VENDRELL CERVANTES, 2018, p. 393; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, pp. 137-139.

¹⁰⁰ Paradigmática en este sentido la STS, 1ª, 22.4.2005, FD 6º (MP: Corbal Fernández; RJ 2005/3751), al entender que las cantidades entregadas por los consumidores en virtud de una cláusula anulada se reintegran de conformidad con el artículo 1303 CC, pues se persigue que las partes recuperen la situación anterior al efecto invalidador. Esta sentencia vincula también la restitución derivada de la nulidad de una cláusula con «el principio que veda el enriquecimiento injusto».

¹⁰¹ La interpretación jurisprudencial del alcance del artículo 1303 CC es de sobra conocida y no resulta indispensable detenerse en ella. Me remito a la STS, 1ª, 11.2.2003, FD 2º (MP: Corbal Fernández; RJ 2003/1004).

¹⁰² Véase, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. II.3.

¹⁰³ Como hiciese, acertadamente a mi juicio, la SAP Segovia, Sec. 1ª, 14.4.2015, FD 5º (MP: Pando Echevarría; AC 2015/777) y la jurisprudencia que cita.

¹⁰⁴ Un estudio de la «*restitutio in integrum*» excede de los límites de este trabajo y se reserva para otro posterior. Cabe adelantar que con esta idea se alude a la reciprocidad restitutoria y al reparto de riesgos (*infra* 3.5.a).

contratos; y lo hace en atención a la propia naturaleza de la relación jurídica que se anula, a la causa que provoca la nulidad o a las circunstancias que la rodearon (cfr. arts. 1547, 1795, 1798 y 1801 II CC).

3.3. Punto de partida. Desde el Derecho europeo al nacional

El artículo 6.1 Directiva dispone que «los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Este precepto tiene dos claves, la idea de «no vinculación»¹⁰⁵ (primera proposición) y la idea de «subsistencia» (segunda proposición). Ni el modo en que se articule la «no vinculación» de la cláusula anulada ni el tratamiento que después se dispense al resto del contrato («subsistencia») constituyen materia armonizada por la Directiva¹⁰⁶. Las consecuencias derivadas de la nulidad, por abusiva, de una cláusula contractual se rigen por el Derecho interno nacional¹⁰⁷. El concepto de «no vinculación» es deliberadamente ambiguo y neutral, habida cuenta de la diversidad de sistemas y tradiciones civilistas en el seno de la Unión; lo que se evidencia con un vistazo a la propia génesis de la Directiva¹⁰⁸. Por eso, cualquier solución inherente a la restitución o limitación de los efectos restitutorios, partiendo del mandato de la Directiva, debe buscar anclaje en el Derecho nacional, el cual determina las consecuencias derivadas de la «no vinculación» en cada sistema. En el Derecho alemán la «no vinculación» se articula a través de la ineficacia o la no incorporación de la cláusula, admitiéndose la interpretación integradora del contrato para llenar las lagunas posteriores; lo que, en ocasiones, presenta consecuencias en el plano de la restitución de cantidades. El interrogante se sitúa en si el Derecho español permite adoptar una solución similar, a partir de la noción de «no vinculación» que ordena la Directiva. El caso «*Canal Satélite Digital*» deja abierta esta incógnita, debido a la disparidad de criterio entre la Audiencia, que se refiere abiertamente a la integración sin indicar a qué tipo, y el Tribunal Supremo, que resuelve con arreglo al sistema de nulidad contractual.

3.4. La interpretación integradora del contrato como límite a la restitución derivada de la ineficacia de una cláusula

El presente apartado se ocupa de la admisibilidad de la interpretación integradora, como recurso, tras la anulación de una cláusula predispuesta; y de su relación inmediata con la posibilidad de subsistencia del contrato, a la luz de la última jurisprudencia del TJUE.

¹⁰⁵ Sobre la no vinculación del consumidor, véase, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. I.1.

¹⁰⁶ La STJUE 15.3.2012, párr. 31 (C-453/10, «*Pereničová*» ECLI:EU:C:2012:144) indica que «la Directiva sólo ha realizado una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales relativas a las cláusulas abusivas». Recientemente en el mismo sentido, STJUE 26.3.2019, párr. 60-61 (C-70/17 y C-179/17, «*Abanca*», ECLI:EU:C:2019:250).

¹⁰⁷ MICKLITZ/REICH, 2012, p. 128; PAGADOR LÓPEZ, 1998, p. 109; PASQUAU LIAÑO, 2000b, pp. 774-775; SCHMIDT, 2019, párr. 3; STÜRNER, 2013, p. 677; VENDRELL CERVANTES, 2018, pp. 395-396.

También Abogado General Paolo Mengozzi en Conclusiones de 13.7.2016; Asuntos Acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15 («*Gutiérrez Naranjo*»).

¹⁰⁸ Véanse, sobre todo, las Conclusiones de la Abogada General Trstenjak de 6.12.2011, párr. 48 al Asunto C-472/10 – «*Invitel*».

a. La integración del contrato en el ámbito de las condiciones generales de la contratación a la luz del Derecho europeo

Antes de estudiar la interpretación integradora del contrato, como instrumento admisible en Derecho español para llenar las lagunas surgidas tras la nulidad de una condición general, debe explorarse primero la posibilidad general de integrar un contrato tras la nulidad de una o varias de las condiciones generales que lo conforman; ello a la luz del ordenamiento jurídico español y la jurisprudencia del TJUE.

(i) Base normativa

A nivel normativo, en Derecho español contamos con la LCGC y el TRLGDCU. El artículo 10.2 LCGC remite a la integración del contrato respecto de la parte no afectada por la no incorporación o la nulidad, con referencia expresa al artículo 1258 CC. El artículo 10.2 LCGC reproduce casi literalmente la dicción del § 306.2 BGB; párrafo que ordena integrar las lagunas surgidas tras la nulidad o no incorporación de la cláusula con arreglo a la ley dispositiva y al que se ancla normativamente la interpretación integradora. Con buen criterio, la norma persigue restablecer el equilibrio interno del contrato¹⁰⁹, tras la no incorporación de una determinada condición general o su declaración de nulidad, a fin de permitir que este subsista sin las mismas (art. 10.1 LCGC)¹¹⁰. La nulidad parcial exige integración¹¹¹, pero el TRLGDCU no recoge actualmente la posibilidad de integración del contrato, declarada nula una cláusula, a raíz de una modificación legislativa aprobada después de una sentencia del TJUE.

El original artículo 83.2 TRLGDCU sí la recogía y ordenaba integrar la parte del contrato afectada por la nulidad con arreglo a «*lo dispuesto en el artículo 1258 CC y al principio de buena fe objetiva*»¹¹²; concediendo al juez facultades para integrar el contrato, una vez declarada la nulidad de la cláusula en cuestión. En este contexto, el antiguo artículo 83.2 II TRLGDCU reservaba la ineficacia global del contrato solo para cuando la integración del contrato determinase una situación *inequitativa* en la posición de las partes, es decir, cuando la declaración de nulidad de la cláusula de que se tratase ocasionase una inaceptable severidad para una de las partes (normalmente el predisponente) que no pudiese subsanarse merced a la integración. La Ley 3/2014, de 3 de marzo, modificó el artículo 83 TRLGDCU, eliminando cualquier referencia a la integración del contrato. Según su Exposición de Motivos, esta modificación buscaba dar efectivo cumplimiento al Derecho de la Unión Europea tras la jurisprudencia del TJUE, pues el efecto disuasorio de la Directiva se opondría a que el juez nacional integrase el contrato, «*garantizando de ese modo el interés de los empresarios*». Para el legislador español, con la modificación, el artículo 83.2 TRLGDCU sí respondía a una «*correcta transposición del artículo 6.1 Directiva*». La nueva redacción del artículo 83.2 TRLGDCU considera las cláusulas abusivas nulas de pleno Derecho y las tiene por no puestas; a continuación, impone que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, «*siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas*».

¹⁰⁹ Sobre el criterio del equilibrio de las prestaciones como pauta en los contratos integrados por condiciones generales, SARAZÁ JIMENA, 1994, pp. 26-27.

¹¹⁰ En este sentido, refiriéndose al objeto de la Directiva, PANTALEÓN PRIETO, 2019a.

¹¹¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, p. 484.

¹¹² La adjetivación de la buena fe como «objetiva» parece una alusión al concepto alemán de «*Treu und Glauben*» del § 157 BGB, en el que se ancla la interpretación integradora (junto con el § 133 BGB).

La jurisprudencia del TJUE que condujo a la modificación del artículo 83 TRLGDCU¹¹³ fue la STJUE 12.6.2012 («*Banco español de crédito*»). En aquella resolución, el TJUE consideró que artículo 6.1 Directiva debía interpretarse en el sentido de oponerse a una normativa, como la del artículo 83 TRLGDCU, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, «la facultad de integrar dicho contrato *modificando el contenido de la cláusula abusiva*» (párr. 73) (la cursiva es mía). El desarrollo posterior de los acontecimientos a escala europea acaso haya constatado la cierta precipitación con la que actuó el legislador español; o, al menos, el malentendido que supuso «*Banco español de crédito*».

(ii) «Banco español de crédito» después de «Kásler»

Con «*Banco español de crédito*» se inaugura una línea jurisprudencial nítida, aunque ya trazada¹¹⁴, que ha continuado después¹¹⁵. Se puede resumir como sigue: debido a la situación de inferioridad del consumidor, el artículo 6.1 Directiva constituye «una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un *equilibrio real* que pueda restablecer la igualdad entre éstas» (la cursiva es mía); y que «debe considerarse como una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público»; por ello, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la supresión de la cláusula abusiva y «*en la medida en que en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*»¹¹⁶.

No me parece que, con esta sentencia, el TJUE excluyera la integración del contrato. Lo más que indicó es que la única modificación que admite el contrato es la de la supresión de la cláusula declarada abusiva, pues este debe subsistir, en la medida en que «*en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible*»¹¹⁷. Es decir, en «*Banco español de crédito*» el TJUE vino simplemente a prohibir la reducción conservadora de la validez; no a vedar cualquier clase de integración contractual, tras la declaración de nulidad de la cláusula y su eliminación¹¹⁸. Su jurisprudencia posterior ha confirmado esta idea. Dos años después de «*Banco español de crédito*», y prácticamente un mes después de modificación del artículo 83.2 TRLGDCU, se emite la STJUE 30.4.2014

¹¹³ En la tramitación parlamentaria de la Ley 3/2014, el Informe de la Ponencia del Congreso de los Diputados para el Proyecto de Ley, emitido el 19 de febrero de 2014, explica (p. 5), en lo que aquí interesa, que la Ley pretendía dar cumplimiento a la STJUE 14.6.2012 («*Banco español de crédito*»). Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-71-4.PDF#page=1 [última consulta, 13.3.2019].

¹¹⁴ Véase, STJUE 15.3.2012, párr. 31-33, C-453/10, «Pereničová».

¹¹⁵ STJUE 26.1.2017, párr. 41-42, C-421/14, «*Banco Primus*» (ECLI:EU:C:2017:60); STJUE 21.12.2016, párr. 53 y 55, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, «*Gutierrez Naranjo*» (ECLI:EU:C:2016:980); 14.3.2019, párr. 40, C-118/17, «*Dunai*» (ECLI:EU:C:2019:207); y STJUE 3.10.2019, párr. 39, C-260/18 (ECLI:EU:C:2019:819), «*Dziubak*».

¹¹⁶ STJUE 14.6.2012, párr. 40, 63-65, C-618/10, «*Banco español de Crédito*» (ECLI:EU:C:2012:349). También STJUE 7.8.2018, párr. 69, C-96/16 y C-94/17, «*Demba*» (ECLI:EU:C:2018:643).

Esta interpretación del artículo 6.1 Directiva ha sido validada recientemente por nuestro Tribunal Constitucional, en Pleno, al anular la decisión de un juez de prescindir de la primacía del Derecho de la Unión Europea y no entrar a conocer de la abusividad de una cláusula (STC 28.2.2019, MP: Roca Trías, BOE-A-2019-4446).

¹¹⁷ En este sentido, GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. III.2.A.

¹¹⁸ Esta idea se aprecia muy bien en el párr. 65 de «*Banco español de crédito*»: «*Sin estar facultados [los jueces] para modificar el contenido de la misma [la cláusula]*».

Así, SCHMIDT, 2013, párr. 4d.

(«Kásler»)¹¹⁹. En esta resolución, tras reproducir en síntesis los fundamentos de «Banco español de crédito», el TJUE advirtió que, de «Banco español de crédito», no se deduce que el artículo 6.1 Directiva se oponga a que el juez nacional «aplicando los principios del Derecho contractual, *suprima* la cláusula abusiva y la *sustituya* por una disposición supletoria del Derecho nacional» (párr. 80). Con este ejercicio de sustitución de la cláusula abusiva, una vez eliminada del entramado contractual, se logra que el contrato «pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula y siga obligando a las partes» (párr. 81). Y es que —recuerda— el objetivo del artículo 6.1 Directiva no es otro que reemplazar el equilibrio formal por el real, a fin de conseguir la igualdad entre las partes, «y *no* anular todos los contratos que tengan cláusulas abusivas» (párr. 82). De lo contrario —si no se permitiese integrar el contrato, sustituyendo la cláusula abusiva por una disposición supletoria— la anulación del contrato irrogaría mayores perjuicios al consumidor (párr. 83) (cursivas mías). El contenido del pronunciamiento de «Kásler» ha sido confirmado reiteradamente con posterioridad por el TJUE¹²⁰.

El lector atento habrá podido advertir el desatino cometido por el legislador español en marzo de 2014, al suprimir, de golpe, el régimen de integración del contrato contemplado en la versión original del artículo 83.2 TRLGCU¹²¹. La modificación eliminó de la norma el paso intermedio lógico entre la expulsión de la cláusula del contrato y la nulidad global de este; y trató de acogerse al «puerto seguro» de reproducir literalmente el artículo 6.1 Directiva. En su versión anterior, el artículo 83.2 ya era conforme con la Directiva, siempre que no se vinculase a una reducción conservadora de la validez¹²²; sobre todo, en la medida en que excepcionaba la declaración de nulidad total del contrato a no alcanzar una situación equilibrada una vez integrado el contrato¹²³. La crítica a la modificación del precepto se basa en que, así redactado, sigue resultando necesaria una interpretación conforme con el artículo 6.1 Directiva y con la idea de «subsistencia»¹²⁴.

Puede decirse, con ello, que la base normativa de la integración del contrato en Derecho español se halla en una interpretación lógica del artículo 6.1 Directiva, como veremos, y en el propio artículo 10.2 LCGC¹²⁵.

b. La interpretación integradora del contrato

Admitida la posibilidad de integrar genéricamente un contrato con condiciones generales de la contratación, hay que explorar la posibilidad de que dicha integración se produzca mediante la interpretación integradora del contrato.

¹¹⁹ C-26/13, «Kásler» (ECLI:EU:C:2014:282).

¹²⁰ Casi un año después de «Kásler» con la STJUE 21.1.2015, párr. 33-34, «Unicaja Banco», C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13 (ECLI:EU:C:2015:21).

Más recientemente, en las SSTJUE «Demba», párr. 74; y «Abanca», párr. 56-59.

¹²¹ Considera que la supresión de la referencia a la integración del artículo 83 TRLGDCU no afecta a que esta tenga cabida en beneficio del consumidor, MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 200.

¹²² GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. III.2.A.

¹²³ Cfr., ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 455.

¹²⁴ *Infra* 3.4.c.

¹²⁵ En contra, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, pp. 161-163.

(i) La interpretación integradora del contrato como institución

La interpretación integradora es una institución de construcción alemana¹²⁶. Consiste en indagar la voluntad de las partes sobre aspectos no previstos en el acuerdo inicial por ellas suscrito. Para realizar esta operación, se recurre al contrato mismo, a la ponderación de intereses que refleja y al fin perseguido por las partes con su celebración; su cometido es reconstruir la *voluntad hipotética* de estas, teniendo en cuenta todas las circunstancias que rodearon la celebración del concreto contrato —y no otro— y le imprimieron su carácter. Así pues, se fundamenta en interpretar el contrato, como un todo, para completar sus lagunas y determinar, a partir de él, la regulación a que habrían llegado *ambas* partes si hubiesen contemplado un problema específico y lo hubiesen querido abarcar. Es la reconstrucción del significado objetivo de las declaraciones de las partes, que convergen en el contrato¹²⁷. Ahora bien, no se trata de alcanzar cualquier regulación, sino una que permita un equilibrio adecuado entre los intereses de ambos contratantes. Por eso, se dice que la interpretación integradora «prescinde» de las partes del contrato celebrado y las sustituye por otras, que podemos llamar «ideales»¹²⁸. Es decir, parte del estándar de dos contratantes leales y honrados, actuando de acuerdo con la buena fe objetiva, y se pregunta qué habrían pactado ante un contrato como ese. Por esta razón, se ha descrito a la voluntad hipotética que da pie a la interpretación integradora como un «criterio normativo»¹²⁹.

La doctrina ha caracterizado a la interpretación integradora como una institución autónoma, al margen de la interpretación y la integración con Derecho dispositivo¹³⁰. Yo partiré de esta idea y de su inserción en el artículo 1258 CC¹³¹. Con ello pretendo estudiar si cabe recurrir a ella como solución de Derecho nacional para integrar las lagunas que aparecen tras la declaración de nulidad de una condición general de la contratación¹³²; y, en últimas, como instrumento del que extraer consecuencias restitutorias, a la luz de la experiencia alemana. No es ocioso recordar que el debate en torno a la interpretación integradora y su admisibilidad ya ha tenido lugar, entre nosotros, para algún grupo de casos¹³³.

¹²⁶ Al respecto, ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 374-379; VATTIER FUENZALIDA, 1987 pp. 497-499-508.

¹²⁷ CAFFARENA LAPORTA, 1985, p. 923.

¹²⁸ No se me escapan las dudas existentes sobre si la interpretación integradora constituye «interpretación» del contrato en sentido amplio y que, por tanto, parte del todo contractual en su conjunto y de los mismos contratantes (LARENZ, 1991, pp. 300-301); o si constituye un derecho de creación judicial que prescinde del contrato (UFFMANN, 2010, pp. 189-194). Pero, por lo que se refiere a las partes, me parece que la distinción es superflua, ambas posiciones recurren a la «voluntad hipotética de las partes» la cual caracteriza a los contratantes como dos operadores leales y honestos, actuando bajo los parámetros de la buena fe objetiva. No veo demasiada diferencia entre operar con dos contratantes ideales leales y honestos a hacerlo con las partes contractuales actuando de manera leal y honesta.

¹²⁹ LARENZ, 1980, pp. 497-501; UFFMANN, 2010, p. 189.

¹³⁰ Véase, CAFFARENA LAPORTA, 1985, pp. 922-930; VATTIER FUENZALIDA, 1987, pp. 517-521.

¹³¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 384-388; VATTIER FUENZALIDA, 1987, pp. 510-515, 517-521.

¹³² Entre nosotros, VATTIER FUENZALIZA identificó la interpretación integradora en el artículo 10.2 II LDCU 1984, que ordenaba resolver las dudas interpretativas con un criterio *contra proferentem*, prevaleciendo las cláusulas particulares sobre las condiciones generales, siempre que aquéllas fuesen más beneficiosas que estas (cfr. art. 1289 CC) (1987, n. 1).

¹³³ Se ha discutido la admisibilidad de la interpretación integradora del contrato en supuestos de nulidad, por abusiva, de la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo, a propósito de la críptica STS, 1ª, 22.4.2015 (MP: Sarazá Jimena; RJ 2015/1360). Pantaleón Prieto, al interpretar esta sentencia, ha sostenido que la nulidad de la cláusula origina una laguna en la reglamentación contractual que debería ser colmada con una interpretación integradora, según la cual se devengarían intereses moratorios al mismo tipo que estuviese pactado para los remuneratorios (PANTALEÓN PRIETO, 2015). La exégesis de este autor ha propiciado un intenso debate entre

Antes de todo, se hace necesario estudiar la relación existente entre la interpretación integradora y el Derecho dispositivo.

(ii) Interpretación integradora y Derecho dispositivo. Un falso dilema

No es difícil advertir que el Derecho dispositivo cumple también la función que se atribuye a la interpretación integradora, planteándose la relación que existe entre ambas herramientas. Hemos visto que el Derecho alemán subordina el recurso a la interpretación integradora a que no exista Derecho dispositivo aplicable¹³⁴. Esta misma cuestión se ha discutido en España¹³⁵. Voy a intentar demostrar que, en realidad, nos encontramos ante un falso dilema que se resuelve a partir de la propia concepción de la interpretación integradora.

He indicado que la voluntad hipotética de las partes con la que se llega a la interpretación integradora constituye un criterio normativo, porque se apoya en el concepto «voluntad hipotética de las partes». Es decir, parte de dos contratantes leales y honestos que actúan según la buena fe objetiva. Estos contratantes no son exactamente los del contrato celebrado, sino que pueden considerarse «ideales»¹³⁶. Por medio de la voluntad hipotética se llega a una regulación que tiene en cuenta los intereses de ambas partes, ponderados, así como el fin práctico comúnmente perseguido con el contrato por estos dos contratantes ideales. La norma dispositiva es, en principio, el resultado de la ponderación de intereses para un contrato tipo que puede encontrar aplicación cuando las partes omitieron un pacto al respecto. Con ella, el legislador trata de alcanzar aquello que dos contratantes leales y honestos habrían pactado para equilibrar adecuadamente sus intereses. No obstante, el Derecho dispositivo no resultará a veces de utilidad, bien porque el contrato de que se trate sea atípico —en todo o en parte— y no encuentre reflejo en la letra de la ley, bien porque no haya norma dispositiva disponible¹³⁷. Se ha dicho, entonces, que es en defecto de ley dispositiva disponible cuando la interpretación integradora cobra todo su protagonismo, pero sin que llegue a estar del todo claro cuándo se puede prescindir de ella¹³⁸. Resulta que gran parte del Derecho dispositivo existente en el ordenamiento español se antoja inútil para

partidarios de la interpretación integradora y partidarios de la integración con arreglo al artículo 1108 CC, que ha trascendido el caso concreto de la sentencia, y ha situado a la interpretación integradora en el centro del tablero, como herramienta para colmar las lagunas que deja tras de sí la nulidad de una cláusula. La tesis de Pantaleón Prieto es compartida por BASOZABAL ARRUE, 2017, pp. 90-91 y, no sin dudas, por ALFARO ÁGUILA-REAL, 2015a. Otros, como MIQUEL GONZÁLEZ, 2015a, se han mostrado abiertamente en contra.

No me corresponde ocuparme de los pormenores de este caso concreto; pero, para la cláusula de intereses moratorios, no tengo ningún inconveniente en completar la laguna con arreglo a la interpretación integradora —y no con arreglo a la norma dispositiva del artículo 1108 CC—, si se entiende que el resultado al que se llega se acerca más a aquello que habrían acordado hipotéticamente las partes, actuando de buena fe. Más adelante, en el mismo apartado [3.4.b (iv)] volveré sobre la relación entre interpretación integradora y Derecho dispositivo.

¹³⁴ *Supra* 2.1.a.

¹³⁵ Colocan la interpretación integradora por delante del Derecho dispositivo, desde distintas aproximaciones, CAFFARENA LAPORTA, 1985, pp. 923-928; VATTIER FUENZALIDA, 1987, pp. 517-521.

Con argumentos diferentes, se decantan por una integración que preferentemente atienda a la «objetividad» del Derecho dispositivo, GETE-ALONSO Y CALERA, 1999, p. 101; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. IV; PASQUAU LIAÑO, 2000b, pp. 789-791; PERDICES HUETOS, 2002, pp. 538-539.

¹³⁶ Véase la precisión en nota 128.

¹³⁷ LARENZ, 1991, p. 301.

¹³⁸ Véase, a este respecto, UFFMANN, 2010, pp. 181-183; también LARENZ, 1980, pp. 501-503.

muchos de los contratos actuales¹³⁹, aunque estos sean típicos; la norma relativa al precio del contrato de préstamo es un buen ejemplo de esta última idea (art. 1755 CC). No creo que a nadie se le ocurriera sostener con seriedad que este precepto constituye hoy Derecho dispositivo capaz de completar las lagunas surgidas tras la nulidad, por intransparencia, de la cláusula de tipo de interés remuneratorio en un contrato de préstamo; una solución así sería abominable desde la óptica de la voluntad hipotética de ambas partes, actuando de buena fe. Aquí está la clave. Ambas coinciden en la voluntad hipotética de las partes, como criterio.

Bien miradas las cosas, la razón que explica que la ley dispositiva no resulte a veces aplicable es que esta no es capaz de ofrecer una solución admisible desde la óptica de la interpretación integradora; la solución a la que habrían llegado dos contratantes leales y honestos, actuando de acuerdo con la buena fe objetiva. Dicho con otras palabras, la virtualidad integradora del Derecho dispositivo depende de que se corresponda con aquello que leal y honestamente hubieran pactado las partes de acuerdo con la buena fe objetiva. Esto será así muchas veces, pero no siempre¹⁴⁰.

Así pues, la cuestión no es si el Derecho dispositivo es o no preferente a la interpretación integradora, sino simplemente si el Derecho dispositivo conduce a una solución admisible desde el punto de vista de la interpretación integradora, que el legislador, a veces, nos ahorra realizar¹⁴¹. Cuando lo hace, se aplica la solución del Derecho dispositivo por evidentes razones de índole práctica y económica. Pero eso no significa que la relación entre Derecho dispositivo e interpretación integradora sea de subordinación, desde un punto de vista dogmático. Esta idea es la que me parece más acertada y es la que, por otro lado, sugieren las Conclusiones de la Abogada General Trstenjak, en las que luego me detendré¹⁴².

Bien es verdad que la norma dispositiva tiene, por hipótesis, un contrato abstracto en mente, que nunca será exactamente el celebrado en cada caso, mientras que la interpretación integradora parte del contrato celebrado en concreto. Pero esta precisión no nos puede llevar a distinguir abruptamente entre ley dispositiva e interpretación integradora; tampoco a negar a la interpretación integradora cualquier contacto con el contrato celebrado, pasando a denominarla «creación judicial objetiva de derecho»¹⁴³. Al revés: es la norma dispositiva la que se acerca a la interpretación integradora y encuentra su razón de ser en ella. Por eso, la norma dispositiva solo es válida como instrumento integrador cuando la regulación de intereses que plantee en abstracto resulte también válida para el contrato de que se trate. En ese caso, la norma resulta óptima para integrar, porque ofrece un equilibrio de intereses que encajará con el resto de datos o indicios del contrato. Estos datos e indicios —que de ordinario puede ofrecer el

¹³⁹ Apunta en este sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, pp. 175-176. Véase también para el Derecho europeo y la admisibilidad de la interpretación integradora, GSELL/FERVERS, 2019, p. 2571.

¹⁴⁰ Véase el debate mantenido sobre la integración de la cláusula de intereses moratorios con el artículo 1108 CC o con el interés remuneratorio del contrato [*supra* nota 133].

¹⁴¹ De gran interés resulta aquí la tesis que considera que el reconocimiento legal de la indemnización del *commodum ex negotiatione* en casos de incumplimiento de obligaciones de no competir (arts. 1683 CC, 136.2, 138, 288.2, 613 CCo y 227.2 TRLSC) informa de la voluntad hipotética de las partes (interpretación integradora) que el legislador nos ahorra realizar (PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1737). Yo tengo algunas dudas sobre si el hecho de que la norma —en esos casos— aplique esa consecuencia se explica con la idea de que eso es lo que habrían pactado las partes con arreglo a la buena fe objetiva, pero eso es otra cuestión que excede de este trabajo.

¹⁴² Véase, sobre todo, *infra* 3.4 (iii).

¹⁴³ Así lo propone, para el Derecho alemán, UFFMANN, 2010, pp. 188-189, 196-200.

contrato¹⁴⁴. — son precisamente los necesarios para que pueda tener lugar la interpretación integradora, pues de ellos cabe extraer la solución que habrían llegado las partes actuando de manera leal, honesta y dentro de las coordenadas de la buena fe objetiva¹⁴⁵. De este modo, puede decirse que la integración con Derecho dispositivo, cuando es plausible, no se tiene por qué agotar en él, sino que se puede complementar con el resto de elementos existentes en el contrato de que se trate y que ayuden a determinar mejor la voluntad hipotética de las partes, según la buena fe objetiva¹⁴⁶.

Con lo expuesto, el dilema entre la preferencia por una u otra herramienta se desvanece: solo cuando el Derecho dispositivo se cohoneste con la voluntad hipotética de las partes, según la buena fe objetiva, será admisible integrar con él¹⁴⁷. Esta visión ofrece también una solución a las dudas que, en ocasiones, plantea determinar si el Derecho dispositivo resulta apto para integrar¹⁴⁸. Y acaso con estas líneas se aclare también que la respuesta a la primera cuestión prejudicial contenida en la STJUE 3.10.2019, «*Dziubak*», no constituye un argumento sólido frente a la interpretación integradora¹⁴⁹.

Ahora bien, que la integración conforme a Derecho dispositivo no sea sino una interpretación integradora «de serie» plantea el problema de qué hacer cuando el resultado que arroja la norma dispositiva difiere del de la interpretación integradora; cuando hay colisión. Se trata de supuestos donde la norma dispositiva no recoge, del todo, aquella regulación que habrían pactado las partes

¹⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 394, 399; PAGADOR LÓPEZ, 1998, pp. 673-674.

En contra, MIQUEL GONZÁLEZ, 2015a.

¹⁴⁵ Véase, LARENZ, 1991, p. 301.

¹⁴⁶ Un ejemplo a mi juicio reside en los pactos de duración indefinida de los contratos de arrendamiento para uso distinto del de vivienda donde la Sala 1ª, en un intento de determinar qué habrían pactado las partes, integra el contrato, estableciendo una duración máxima de treinta años, tomando como referencia analógica la duración máxima del usufructo (art. 515 CC). Así, **STS, 1ª, 9.9.2009**, FD 5º (MP: Salas Carceller; RJ 2009/4585).

¹⁴⁷ Para el Derecho imperativo, véase GSELL, 2019, p. 757.

¹⁴⁸ Un dilema similar existe en el Derecho alemán. Véase, GSELL, 2019, p. 755; UFFMANN, 2010, pp. 182-183.

¹⁴⁹ Hay quien estará tentado a encontrar en la respuesta a la primera cuestión prejudicial que realiza la STJUE, «*Dziubak*», un argumento contrario a la interpretación integradora. No me parece que sea el caso, por lo expuesto en este apartado. En esta resolución (párr. 60-62), el TJUE excluye la posibilidad de integrar las lagunas surgidas tras la eliminación de la cláusula con arreglo a disposiciones nacionales que permiten completar el contenido de un acto jurídico sobre la base de las normas de equidad o de los usos. Lo hace sobre la base de que la regla de «*Kásler*» es excepcional y solo se admite porque las normas internas de carácter supletorio «*reflejan el equilibrio que el legislador nacional ha querido establecer entre el conjunto de Derechos y obligaciones de las partes de determinados contratos para los casos en que las partes o bien no se han apartado de una regla estándar prevista por el legislador nacional para los contratos de que se trate, o bien han escogido expresamente la aplicabilidad de una regla establecida por el legislador nacional a tal fin*». Creo que esta sentencia se debe leer en el sentido del TJUE rechaza la integración del contrato cuando la herramienta propuesta —en este caso, el principio de equidad o los usos— no ofrezca visos de salvaguardar el equilibrio entre las partes; o, lo que es lo mismo, cuando el resultado al que se llegue no se corresponda con aquel al que hipotéticamente habrían llegado las partes actuando de manera honesta y de acuerdo con la buena fe objetiva. Así se aprecia cuando hace referencia a la «*evaluación específica del legislador a fin de establecer aquel equilibrio*» (párr. 61). En el caso que se le plantea, el TJUE rechaza que la equidad y los usos permitan alcanzar dicho resultado. En relación con la equidad, parece evidente que esta deja al juez un margen extremadamente amplio, sin garantizar conseguir el equilibrio real del contrato promovido por la Directiva. En cuanto a los usos, la respuesta me parece más complicada. La cuestión prejudicial no especifica exactamente de qué usos (del Derecho polaco) se trataba, lo que lleva al tribunal a rechazarlos; pero no me parece que se deba eliminar del todo esta posibilidad, si mediante una regla que remite a los usos se obtiene un resultado conforme con la voluntad hipotética de las partes según la buena fe objetiva.

hipotéticamente bajo el estándar de la buena fe objetiva¹⁵⁰; y que deberían poderse solucionar con el argumento que he presentado: si la ley dispositiva no ofrece una interpretación integradora, no sirve para integrar. Pero no está de más ofrecer algún argumento adicional en esta línea; esta vez sí en clave de subordinación de una institución a la otra. Que el objetivo de la Directiva sea conseguir el mayor reequilibrio posible entre las prestaciones de las partes avala la tesis que coloca a la interpretación integradora en el centro. La norma dispositiva ofrece, desde luego, para estos casos, una regulación equilibrada de intereses; pero lo hace pensando en un marco negociado, no de contratación por adhesión; marco que además presupone un contrato típico que en ocasiones no se corresponde con el preparado por el empresario y al que se adhiere el cliente. Recurrir a la norma dispositiva para integrar equivale colocar al consumidor en la posición del contratante negociador, que nunca ocupó, pero que el legislador tuvo en mente al configurar la norma; y supone desconocer las particularidades del contrato suscrito. Por eso, ante la duda, resultará siempre más conveniente completar la laguna y reequilibrar con una herramienta que parte del concreto contrato al que se ha adherido el consumidor y que recurre a la buena fe objetiva para preguntarse qué habrían pactado las partes; o, mejor dicho, si el predisponente podía razonablemente esperar que el adherente aceptase esa estipulación. En tal caso, el reequilibrio que se obtenga a partir de los datos del contrato preredactado llegará a ser incluso mayor. Esa parece ser, después de todo, la pauta del artículo 10.2 LCGC cuando ordena integrar el contrato «con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo»¹⁵¹. Esta aproximación permite además situar la buena fe objetiva en el contrato concreto, donde y sobre el cual actúa y se manifiesta primariamente¹⁵².

La idea que propongo se aprecia bien si atendemos al juicio de desequilibrio para la declaración de abusividad de una cláusula. El mero hecho de que una cláusula deje al consumidor en peor situación que la regulación legal no implica necesariamente una alteración del equilibrio contractual que deba calificarse de abusiva según el artículo 3 Directiva. Para considerar existente un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes (arts. 3.1 Directiva y 82.1 TRLGSDCU) se ha de atender a todas las circunstancias individuales del contrato, y, en particular, a si los derechos y obligaciones del consumidor se recortan hasta tal punto que el predisponente no pudiera considerar de buena fe que el consumidor habría dado su consentimiento a tales estipulaciones en el marco de una negociación individual del contrato. Así lo entendió claramente la STJUE «Aziz»¹⁵³, de donde además se extrae que, cuando se declara abusiva una cláusula por separarse del Derecho dispositivo, el motivo

¹⁵⁰ De nuevo, parece evidente en el caso de la integración de la cláusula de intereses moratorios en contratos de préstamo con arreglo al artículo 1108 CC, que establece una indemnización, o con arreglo al interés remuneratorio del propio contrato; *supra* nota 133.

¹⁵¹ Abiertamente en contra de esta aproximación, GETE-ALONSO Y CALERA, 1999, p. 103. Esta autora descarta la interpretación integradora sobre la base de que la integración que el artículo 10 LCGC permite no persigue la reconstrucción de la voluntad contractual, sino una sanción al predisponente, imponiéndole el nuevo contenido del contrato. Esta aproximación no parece convincente, porque que la reedición del contrato pueda tener el efecto colateral de —si se quiere— «sancionar» al predisponente no permite afirmar que esta sea la meta que se busca por medio de la integración a que alude ese artículo. Tampoco parece, en ningún caso, conforme con el espíritu de la Directiva. Y es que el TJUE tiene dicho que la finalidad de esta pasa por evitar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones en detrimento de los consumidores (STJUE 7.8.2018, párr. 69, «Demba»).

En similar sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, pp. 161-163.

¹⁵² El profesor SALVADOR CODERCH ha defendido esta posición, para los contratos negociados, en una ponencia titulada «Concepción contextual de la buena fe contractual: artículo 1258 CC» en el tradicional *Seminario Federico de Castro* de los miércoles en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, celebrado el 5.6.2019.

¹⁵³ Véase, de nuevo, STJUE 14.3.2013, párr. 69, «Aziz»; y, sobre todo, las Conclusiones de la Abogada General Kokott de 8.11.2012, párr. 71-74 (C-415/11, «Aziz»).

descansa en que esta no se corresponde con el pacto hipotético conforme a la buena fe objetiva que la ley cristaliza. Pues bien, si esto es así para la abusividad¹⁵⁴, los remilgos frente a colmar la laguna dejada tras de sí por la cláusula integrando con el propio contrato parecen injustificados¹⁵⁵.

(iii) Límites a la interpretación integradora

En Alemania, el recurso a la interpretación integradora del contrato en el contexto de las cláusulas abusivas se acompaña de ciertas limitaciones que no estaría de más considerar para su incorporación a nuestro Derecho y que he preferido reservar para este momento de la exposición.

Se ha considerado que no parece del todo adecuada la utilización de la interpretación integradora cuando (i) se amplía el objeto del contrato¹⁵⁶; (ii) varias posibilidades de configuración del contrato se antojan como admisibles, sin que sea posible adivinar a cuál habrían llegado, en su caso, los contratantes de buena fe, de haber advertido la laguna contractual¹⁵⁷; (iii) cuando se anula un gran número de cláusulas¹⁵⁸; o (iv) cuando al predisponente no le era ajeno el carácter abusivo de la cláusula y aun así la incluyó¹⁵⁹. El reconocimiento de algunos de estos límites resulta controvertido en Derecho alemán. Es así que su eventual incorporación al sistema español requiere cierta cautela y, cuanto menos, un estudio detenido que excede el propósito de este trabajo.

(iv) Conformidad de la interpretación integradora con la Directiva

El acervo de jurisprudencia del TJUE acumulado en estos años —sobre todo, tras «Kásler»— no permite alcanzar una solución en clave de prohibición de la interpretación integradora del contrato para colmar la laguna que deja tras de sí la nulidad de la cláusula¹⁶⁰. Si se admite la integración del contrato con arreglo a Derecho dispositivo, como instrumento para sustituir la cláusula abusiva y recuperar el equilibrio real y la igualdad entre las partes¹⁶¹, con más razón se debe poder admitir la interpretación integradora del contrato, cuando con esta operación se alcancen los mismos fines. La interpretación

¹⁵⁴ Que para la falta de transparencia el juicio sea algo distinto me parece que no aleja la solución de la aquí planteada, si se admite que el control de transparencia no se debe realizar de manera aislada, sino que exige también un juicio sobre la desproporción o el desequilibrio de la cláusula; ello si no se quiere terminar colocando al consumidor en la desapetecible posibilidad de elegir entre condiciones generales, más o menos perjudiciales para él, pero todas desproporcionadas desde el punto de vista material (WURMNEST, 2019, párr. 58). Además, ante la intransparencia, el Derecho dispositivo parece menos útil si cabe.

¹⁵⁵ No obstante, circunscribe el parámetro de control y el criterio para medir la abusividad a la ley dispositiva aplicable en defecto de pacto, con apoyo en el artículo 86 TRLGDCU, MIQUEL GONZÁLEZ, 2017, sec. III.

¹⁵⁶ MÄSCH, 2019, párr. 46.

¹⁵⁷ BASEDOW, 2019, párr. 39; LINDACHER/HAU, 2013, párr. 21; SCHMIDT, 2013., párr. 33b.

Crítico con este criterio, MÄSCH, 2019, párr. 47.

¹⁵⁸ BASEDOW, 2019, párr. 39.

¹⁵⁹ Este último supuesto presenta muchos matices, sobre todo cuando la negativa a la interpretación integradora perjudica al cliente. Véase, sobre todo, SCHMIDT, 2013, párr. 37. Abiertamente en contra de este límite, MÄSCH, 2019, párr. 4; UFFMANN, 2010, pp. 186-187.

¹⁶⁰ GÓMEZ POMAR, 2019, pp. 3-4; GSELL/FERVERS, 2019, pp. 2571-2572; STÜRNER, 2013, p. 679.

¹⁶¹ SSTJUE 30.4.2014, párr. 80-83, «Kásler»; 14.3.2019, párr. 40, «Dunai» (ECLI:EU:C:2019:207); 3.10.2019, párr. 39, «Dziubak».

Véase, también, JANSEN, 2018a, párr. 3.

integradora del contrato no se puede equiparar a una simple reducción conservadora de la validez¹⁶², toda vez que, con ella, no se está «limando» el contenido de la cláusula abusiva hasta llegar a un estado admisible. Antes bien, la interpretación integradora permite alcanzar —una vez expulsada la cláusula del contrato y constatada la existencia de una laguna en la reglamentación contractual que pone en riesgo la pervivencia del contrato en su conjunto— una regla neutra, justa y equilibrada que cohonesto, en lo posible, los intereses de ambos contratantes¹⁶³ y que no favorece los intereses del empresario predisponente¹⁶⁴; pero sí los del tráfico¹⁶⁵. Supone un ejercicio de «brocha gorda» inadmisibles equiparar, sin más, reducción conservadora e interpretación integradora¹⁶⁶; como acaso también pueda serlo excluir irracionalmente la reducción conservadora de la validez¹⁶⁷. El carácter predispuesto de la contratación tampoco parece obstáculo suficiente como para rechazar de plano la interpretación integradora¹⁶⁸. Ciertamente es que la contratación con condiciones generales reduce autonomía de la voluntad del adherente, pero ello no impide que preste su consentimiento sobre el negocio mismo y sus aspectos esenciales, lo que resulta imputable a ambos contratantes¹⁶⁹. De hecho, son estos aspectos los que tiene en cuenta y los que después permiten que el negocio se mantenga y continúe desarrollándose conforme a su naturaleza, pues lo definen (cfr. art. 1286 CC). Y es que, como explicaré más adelante, la interpretación integradora mantiene una relación muy estrecha con la propia naturaleza del contrato y, por ende, con la posibilidad de subsistencia de este en determinadas circunstancias¹⁷⁰.

Para su descrédito, tampoco se puede afirmar que los problemas durante la ejecución del contrato tengan que venir ya ajustados *ab initio* por las partes, según parámetros de justicia conmutativa¹⁷¹; ello es más bien una tarea del Derecho objetivo, que también se puede encomendar a la interpretación

¹⁶² No obstante, véase UFFMANN, 2010, pp. 266-267, desde una postura de aceptación de la reducción conservadora. Véase, también, nota 24.

¹⁶³ JANSEN, 2018a, párr. 7; LARENZ, 1991, p. 300. Cfr., también, PANTALEÓN PRIETO, 2019a.

¹⁶⁴ Como se destaca en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2014.

¹⁶⁵ Entre nosotros PANTALEÓN PRIETO ha advertido que lo que el Derecho de la Unión Europea prohíbe es la reducción conservadora de la validez de la cláusula; no así la interpretación integradora de la laguna contractual que se produce por razón de la nulidad de una determinada condición general. A lo que añade que esta interpretación integradora tendrá cabida, siempre que el juez constate, en atención al conjunto de circunstancias, que la reglamentación a que se llega se aproxima más a lo que habrían pactado dos contratantes, actuando de manera leal y equitativa (2015b).

En contra y basándose en «*Banco español de crédito*», MIQUEL GONZÁLEZ, 2015b.

Parecen equiparar reducción conservadora e interpretación integradora, MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 199; PERDICES HUETOS, 2002, p. 539.

En esta línea y desde el Derecho alemán, consideran conforme la interpretación integradora del contrato con el artículo 6.1 Directiva LINDACHER/HAU, 2013, párr. 17a; SCHMIDT, 2013, párr. 4a.

¹⁶⁶ Insiste acertadamente en la distinción ARROYO AMAYUELAS, 2016, pp. 91-92.

En esta línea, hay que destacar el cuidado de ALFARO ÁGUILA-REAL en advertir que la interpretación integradora permite alcanzar una especie de versión reducida de la cláusula nula, pero diferenciándolas. Así, se refiere a la interpretación integradora vía reducción conservadora de la validez. (1991, pp. 405, 410, 413-436, 441).

¹⁶⁷ Véase nota 24. Un estudio sobre la reducción conservadora de la validez excede el objeto del presente trabajo.

¹⁶⁸ En contra, MIQUEL GONZÁLEZ, 2015a.

¹⁶⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 440-441; PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 671-672.

¹⁷⁰ Véase, VATTIER FUENZALIDA, 1987, p. 517.

¹⁷¹ CARRASCO PERERA, 2017, p. 803.

integradora¹⁷². Además, esta idea presupone unos contratantes perfectos que tampoco existen en la realidad de la contratación seriada.

La interpretación integradora tampoco puede tildarse de «estímulo» o «tentación» para que el predisponente actúe sin riesgo a la hora de incluir cláusulas potencialmente abusivas en sus contratos, porque estos podrían después ser modificados por el juez en lo necesario, garantizando su interés¹⁷³. Este reproche me parece muy poco madurado, pues omite que para determinar en qué circunstancias una cláusula causa, en detrimento del consumidor, un «desequilibrio importante» entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (arts. 3.1 Directiva y 82.1 TRLGDCU) debe tenerse en cuenta «si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual»¹⁷⁴; criterio fundado precisamente en lo que hubiera sido la *voluntad hipotética*, perceptible por el predisponente, en unos tratos desarrollados con lealtad y buena fe¹⁷⁵. Si el propio juicio de abusividad toma como referencia el contrato, por qué no iba a hacerlo el ejercicio de integración posterior, para colmar la laguna y mantenerlo.

A propósito de lo anterior, no creo que admitir la interpretación integradora ponga en riesgo el objetivo a largo plazo de que se cese en el uso de cláusulas abusivas en contratos con consumidores (artículo 7.1 y Cdo. 24 Directiva)¹⁷⁶. Solo la reducción conservadora de la validez merece ese reproche¹⁷⁷. Las críticas que rechazan cualquier posibilidad de integración sobre la base del efecto disuasorio o la prevención parten de una petición de principio, alejada de la realidad. En concreto, presuponen a un predisponente que conoce —siempre y a ciencia cierta— si la cláusula que incluye resulta o no abusiva (o intransparente); esto no es tan sencillo de determinar, excepción hecha de los casos en que el legislador tipifica explícitamente una cláusula como abusiva (cfr. arts. 85-91 TRLGDCU). Parece, pues, osado sentenciar que el empleo de cláusulas abusivas responde siempre a un actuar doloso o intencional del predisponente, cuando en ocasiones no está claro determinar *ex ante* si el empleo de una cláusula —a la postre abusiva— resulta imputable al empresario¹⁷⁸. La noción de prevención no es ni la única ni la más determinante a la hora de decidir qué hacer cuando se anula una cláusula predispuesta. Colocarla en el centro del tablero implica desconocer las funciones de compensación, ponderación y reequilibrio a que sirve sobre todo el Derecho privado. Por eso, no creo que la necesidad de prevenir conductas empresariales se erija como argumento definitivo que impida recurrir a una (nueva) regulación contractual —como a la que se llega con la interpretación integradora— fruto de la buena fe objetiva¹⁷⁹; salvo que se diga —insisto— que el Derecho privado de consumo y la idea de «no vinculación» del artículo 6.1 Directiva, desempeñan primariamente una función preventivo-punitiva¹⁸⁰, antepuesta a la

¹⁷² CANARIS, 1996, p. 1115.

¹⁷³ STJUE «*Banco español de crédito*», párr. 69.

¹⁷⁴ STJUE 14.3.2013, párr. 69 (asunto C-415/11, «Aziz», ECLI:EU:C:2013:164).

¹⁷⁵ MORALES MORENO, 2014, p. 1960.

¹⁷⁶ BASOZABAL ARRUE, 2017, p. 84.

¹⁷⁷ Véanse las reflexiones de PASQUAU LIAÑO a propósito de la facultad de moderación de los derechos y obligaciones de las partes que preveía el artículo 10 bis.2 LGDCU (2000b, pp. 792-794).

Igualmente, las reflexiones de PERDICES HUETOS, 2002, p. 539.

¹⁷⁸ GSELL, 2019, p. 756; UFFMANN, 2010, pp. 274-275. Véase, también, *infra* 3.5.b (ii).

¹⁷⁹ De nuevo, clave, CANARIS, 1996, pp. 1113-1114; también UFFMANN, 2010, pp. 274-277.

En contra (si bien admite la integración conforme a Derecho dispositivo), CARRASCO PERERA, 2017, p. 803.

¹⁸⁰ Abiertamente en ese sentido, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, p. 172.

de reequilibrio de intereses en conflicto. Yo no lo veo así. Desde el punto de vista retributivo y de la realización del Derecho, creo que existen instrumentos jurídicos más eficaces (y necesarios) que el Derecho privado para penalizar y prevenir conductas; cuando se le concede dignidad sancionadora funciona mal y suele terminar desabrigando a quienes se quiere defender.

La verdadera *restitutio in integrum* que el Derecho de consumo (art. 6.1 Directiva) concede al consumidor es aquella que le permite recuperar la situación objetivamente equilibrada de intereses que habría tenido lugar de no haberse incluido una cláusula abusiva o intransparente.

(v) Recapitulación y conclusión intermedia

La interpretación integradora del contrato resulta compatible con el artículo 6.1 Directiva¹⁸¹, cuyo objeto no es ni debe ser sancionar al predisponente. Su base normativa se halla en una interpretación coherente del propio artículo 6.1 Directiva, que exige un paso intermedio-lógico entre la expulsión de la cláusula del contrato y la imposibilidad de subsistencia, como veremos¹⁸²: la integración. Siendo esto así, la interpretación integradora se erige como instrumento central. No es que la ley dispositiva se aplique o no con preferencia a la interpretación integradora, sino que esta solo se aplica cuando su resultado coincida en lo sustancial con lo que habrían pactado las partes actuando de buena fe (lo que el predisponente habría esperado razonablemente que el adherente aceptase). Así pues, la interpretación integradora no está, de ningún modo, subordinada al Derecho dispositivo. Ambas expresan lo mismo; cuando no lo hacen y la ley dispositiva no sirve como instrumento para integrar: el reequilibrio contractual requerido por la Directiva conduce a mirar al contrato mismo, pues este se ha tenido en cuenta precisamente para la valoración del desequilibrio que trajo consigo la declaración de abusividad (arts. 3.1 Directiva y 82.1 TRLGDCU). Junto a lo anterior, el artículo 10.2 LCGC actúa igualmente como base normativa de la interpretación integradora, teniendo en cuenta su remisión al artículo 1258 CC y a las disposiciones en materia de interpretación contenidas en este. Los argumentos contrarios a la interpretación integradora, que parten de la necesidad de prevenir conductas, son poco madurados y alejados de la realidad, por cuanto presuponen un predisponente perfecto que conoce siempre si la cláusula que incluye es abusiva; con ello pretieren el mandato de reequilibrio que la Directiva y el Derecho privado cumplen con carácter preferente.

La operación a realizar funciona entonces como sigue. Declarada la nulidad de la cláusula contractual, el contrato debe continuar siendo eficaz, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible¹⁸³. Si se constata que la eliminación de la susodicha cláusula origina una laguna, esta se debe colmar preferentemente con una solución «bajo el contrato»¹⁸⁴, es decir, con ayuda de la interpretación integradora. Muchas veces el legislador nos ahorra tener que buscar esta solución, gracias a la ley dispositiva que se acomoda a la interpretación integradora. Solo cuando no se pueda llegar a una solución que cohoneste los intereses de ambas partes implicadas, a través de la interpretación integradora, se debe anular el negocio en su conjunto, con las

¹⁸¹ Abiertamente en este sentido, PFEIFFER, 2013b, párr. 10.

¹⁸² *Infra* 3.4.c (iii).

¹⁸³ SSTJUE «*Banco español de crédito*», párr. 65; y 30.5.2013, párr. 59, «*Asbeek Brusse y de Man Garabito*», asunto C-26/13 (ECLI: EU:C:2014:282).

¹⁸⁴ GÓMEZ POMAR, 2019, pp. 4-5.

consecuencias que ello acarree. Se debe estudiar entonces cuándo el contrato no puede subsistir sin la cláusula¹⁸⁵.

c. La «subsistencia» como trasfondo de la interpretación integradora

Además de a la «no vinculación» de las cláusulas abusivas, el artículo 6.1 Directiva obliga a que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, «*si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas*». Es la idea de «subsistencia» a la que ya he hecho referencia y con la que la interpretación integradora guarda una íntima conexión¹⁸⁶, pues la imposibilidad de subsistencia implica que la laguna contractual que la cláusula dejó tras de sí no se ha podido colmar. De la subsistencia del contrato se hace depender su ineficacia total. La Directiva prescinde, pues, de mantener el contrato a toda costa. Solo cuando el contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva, se debe anular en su conjunto. Pero ¿qué significa que el contrato no pueda *subsistir* sin la cláusula y qué papel desempeña aquí la interpretación integradora? Tradicionalmente se han planteado dos enfoques; uno que entiende la subsistencia de modo subjetivo y otro que lo hace objetivamente. Comenzaré refiriéndome al enfoque subjetivo.

(i) Subsistencia salvo inaceptable severidad para una de las partes

Se trata del enfoque subjetivo que vincula la subsistencia o mantenimiento del contrato con la excesiva onerosidad que este provoque a una de las partes, sin la condición declarada nula y expulsada del clausulado. Se asocia tradicionalmente al § 306.3 BGB¹⁸⁷.

- Dudas sobre la conformidad de la inaceptable severidad con la Directiva

El Derecho alemán (§ 306.3 BGB) establece una posibilidad para decretar la nulidad del negocio: la inaceptable severidad¹⁸⁸. Este criterio se aparta formalmente del texto de la Directiva, pues parece adoptar una perspectiva unilateral: inaceptable severidad para una de las partes. Mientras tanto, el artículo 6.1 Directiva acoge una perspectiva bilateral que analiza el contrato en su conjunto antes de determinar la nulidad de todo el contrato¹⁸⁹. Desde algún sector doctrinal, se aboga por una interpretación del § 306.3 BGB conforme con el artículo 6.1 Directiva. La operación sería la siguiente: la inaceptable severidad para una de las partes desnaturaliza igualmente el contrato e impide su subsistencia; por ello, aquellos casos donde la inaceptable severidad para una parte ya no hace razonable la ejecución del contrato se deben equiparar a la imposibilidad de mantenimiento establecida

¹⁸⁵ Asimismo, y teniendo en cuenta la experiencia alemana [*supra* 2.1.a], hay que indicar que la interpretación integradora goza de primacía respecto a cualquier otra teoría que permite adaptar el contrato o, en última instancia, terminar con él. Me refiero, por supuesto, a la doctrina de la base del negocio. Esto tiene importantes consecuencias a la hora de evaluar la posibilidad del contrato de subsistir sin la cláusula y el régimen de ineficacia.

¹⁸⁶ Esta es la postura que ha cuajado en el TJUE. Así, en «*Kásler*», párr. 80-84; y, sobre todo, en el ATJUE 11.6.2015, párr. 38; Asunto C-602/13; «*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*» (ECLI:EU:C:2015:397). Véase, recientemente, STJUE 14.3.2019, «*Dunai*», párr. 54.

También es la respuesta en Derecho alemán, BASEDOW, 2019, párr. 9; LINDACHER/HAU, 2013, párr. 54.

Entre nosotros, la admite PASQUAU LIAÑO, 2000a, pp. 306-307. También parece hacerlo 2019, p. 4.

¹⁸⁷ *Supra* 2.1.b.

¹⁸⁸ PFEIFFER, 2013b, párr. 16.

¹⁸⁹ PFEIFFER, 2013b, párr. 17.

por el artículo 6.1 Directiva¹⁹⁰. Se ha propuesto también una interpretación del artículo 6.1 Directiva en términos del § 306.3 BGB, partiendo de que se debe asumir que el contrato es capaz de subsistir sin la cláusula eliminada; y que será extraña cualquier excepción a esta regla, que solo se manifestará en caso de inaceptable severidad para el predisponente¹⁹¹.

El § 306.3 BGB es una válvula de escape al sistema que resulta de los dos párrafos precedentes (eficacia general del contrato sin la cláusula e integración del contrato). Para la doctrina, la esencia del artículo 6.1 Directiva se contiene en realidad, en el juego entre el § 306.1 y 2 BGB, representando § 306.3 un cuerpo extraño¹⁹². Desde esta perspectiva, se alude a que la posibilidad de subsistencia del resto del contrato sin la cláusula abusiva se basa en un enfoque objetivo (sobre todo, tras la STJUE 15.3.2012, «Pereničová»¹⁹³) que excluye que la posición de una sola parte decida sobre el destino del contrato. Además, se rechaza una interpretación del —ya restrictivo— artículo 6.1 Directiva en clave aún más restrictiva; la del § 306.3 BGB. Por ello, una gran parte de la doctrina alemana lo considera incompatible con el artículo 6.1 Directiva¹⁹⁴. Una cosa es que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula y otra, bien distinta, que su subsistencia irrogue una desproporción excesiva para una de las partes; normalmente el predisponente. Que el mantenimiento del contrato pueda devenir más complicado para el predisponente o, incluso, le resulte más ineconómico no significa que sea imposible su pervivencia¹⁹⁵. Más adelante volveré sobre el sentido de este precepto y el criterio de la inaceptable severidad para una parte¹⁹⁶. Por el momento, bastará con apuntar que no resulta del todo claro si el criterio de la inaceptable severidad se corresponde con un enfoque subjetivo o si, por el contrario, resulta posible su interpretación en clave objetiva, acomodado a la Directiva, como propone parte de la doctrina. Sea de ello lo que fuere, la redacción del § 306.3 BGB es desafortunada, por introducir más dudas que certezas dentro del sistema. En Derecho español, ya no existe un precepto similar.

- El antecedente español de la «situación no equitativa» y el rechazo del enfoque subjetivo

Tras su reformulación¹⁹⁷, el artículo 83 TRLDCU establece que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, «siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas», en lo que supone una transposición literal del artículo 6.1 Directiva. El anterior artículo 83.2 II TRLDCU disponía que «solo cuando las *cláusulas subsistentes* determinen una situación *no equitativa* en la posición de las partes *que no pueda ser subsanada* podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato». Con la modificación del artículo 83 TRLDCU se ha salvado la contradicción históricamente existente entre la legislación de protección de los consumidores y la legislación sobre condiciones generales de la contratación. Hasta entonces, el régimen de la LCGC supeditaba la nulidad total del contrato a que la

¹⁹⁰ GSELL, 2019, p. 758; PFEIFFER, 2013b, párr. 18. Bajo la antigua AGBG, defendió esta postura HEINRICH, 1996, p. 2195.

¹⁹¹ JANSEN, 2018a, párr. 4.

¹⁹² LINDACHER/HAU, 2013, párr. 54, 58.

¹⁹³ GRAF V. WESTPHALEN, 2012, pp. 1771-1772.

¹⁹⁴ BASEDOW, 2019, párr. 7, quien se decanta por una cuestión prejudicial al respecto; LINDACHER/HAU, 2013, párr. 58a; SCHMIDT, 2013, párr. 4e.

No obstante, para una defensa de la interpretación conforme, véase GRAF V. WESTPHALEN, 2012, pp. 1772-1773.

¹⁹⁵ SCHMIDT, 2013, párr. 6.

¹⁹⁶ *Infra* 3.4.c (iii).

¹⁹⁷ *Supra* 3.4.a (i).

nulidad o no incorporación¹⁹⁸ afectara a uno de los elementos esenciales, que no pudiese ser salvada mediante la integración (arts. 9.2 y 10 LCGC); mientras que el anterior régimen de la LCU —primero— y el TRLDU —después— asociaba la nulidad total del contrato al criterio de la inaceptable severidad (arts. 10 bis.2 LCU y 83.2 II TRLDU)¹⁹⁹.

Este inciso final era heredero del artículo 10.4 II Ley 26/1984, de 19 de julio (LCU), de inspiración alemana (antiguo § 6.3 AGBG; actual, § 306.3 BGB)²⁰⁰ que declaraba la ineficacia del contrato en su conjunto, cuando las cláusulas subsistentes determinasen una situación «no equitativa» de las posiciones de las partes. Si se leen con detenimiento ambos preceptos, se comprueba que el artículo 10.4 II LCU abocaba el contrato directamente a la ineficacia total, cuando se producía una situación no equitativa tras la supresión de la cláusula abusiva. Mientras tanto, el antiguo artículo 83.2 II TRLDU supeditaba la ineficacia total del contrato a una situación inequitativa que, además, no pudiese ser subsanada, mediante la interpretación integradora, el Derecho dispositivo o la integración. Se trataba de la introducción de un matiz sustancial que permitía aplicar la ineficacia total una vez integrado el contrato, con arreglo al artículo 1258 CC y al principio de la buena fe objetiva²⁰¹. Ahora bien, el problema seguía descansando en la expresión «situación no equitativa» y su significado. Si no existen diferencias sustanciales entre esta expresión y la «inaceptable severidad» alemana (actual, § 306.3 BGB)²⁰², el precepto habría recogido un criterio subjetivo del que existen dudas sobre su compatibilidad con la Directiva.

El inciso final del artículo 83.2 II TRLDU incentivó interpretaciones de la idea de subsistencia de la Directiva en términos de inaceptable severidad para una de las partes (situación no equitativa), que no escapaban al loable fin de cohonestar la contradicción entre los artículos 9.2 y 10.2 LCGC con la normativa de consumidores²⁰³. Tales orientaciones tampoco renunciaban a analizar la existencia de una situación inequitativa en términos objetivos, de tal suerte que al predisponente no le bastase con alegar que no habría celebrado el contrato sin la cláusula²⁰⁴. Asimismo, algunas tesis que vincularon la subsistencia del contrato a la no producción de inaceptable severidad para una parte consideraron que la naturaleza jurídica de la ineficacia total del contrato se correspondía con la rescisión por lesión²⁰⁵ o con la más oscura institución de la cláusula *rebus*²⁰⁶, sin diferenciarla en exceso de la base del negocio; lo que no parece adecuado²⁰⁷.

¹⁹⁸ Teniendo en cuenta además que hoy la LCGC recoge también supuestos de nulidad y no solo de no incorporación o ilegalidad.

¹⁹⁹ PAGADOR LÓPEZ, 1999, p. 680; PASQUAU LIAÑO, 2000a, p. 277; PERDICES HUETOS, 2002, pp. 533-535.

²⁰⁰ ALBIEZ DOHRMANN, 1994, p. 96; ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 453; PAGADOR LÓPEZ, 1999, p. 681; RUIZ MUÑOZ, 1993, p. 276; SARAZÁ JIMENA, 1994, p. 49.

²⁰¹ Y, por qué no, tuvo presente la interpretación de ALFARO ÁGUILA-REAL al artículo 10.4 II LCU (1991, p. 454-455).

²⁰² ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 456; GETE-ALONSO Y CALERA, 1999, p. 100; PASQUAU LIAÑO, 2000b, pp. 783-784.

²⁰³ PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 688-698.

²⁰⁴ PAGADOR LÓPEZ, 1999, p. 696 y n. 644.

²⁰⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 457-461.

²⁰⁶ PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 707-717.

²⁰⁷ *Infra* 3.4.c (iii) y 3.4.d.

Aquí sí hay buenos argumentos para celebrar la modificación del artículo 83 TRLDCU, pues permite interpretar la idea de «subsistencia» de manera claramente conforme con la Directiva²⁰⁸. Con la supresión de toda referencia a la inequidad, como fundamento para la nulidad total del contrato, se opta por una noción objetiva de «subsistencia» («*si el contrato puede subsistir*») que predica la ineficacia absoluta del contrato únicamente cuando la nulidad de la cláusula o la no incorporación afecte a un elemento del tal forma que lo desnaturalice del todo; sin que quepa integrar²⁰⁹. Así lo han recogido siempre los artículos 9.2 y 10 LCGC, aunque no fuesen el resultado de una transposición de la Directiva, ni estuviesen, en principio, pensando en la protección del consumidor²¹⁰. También nos evita forzar interpretaciones objetivas en clave subjetiva (desproporción para una parte) que producen muchas más sombras que luces²¹¹.

(ii) La idea de «subsistencia» de la Directiva

La posibilidad de subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva anulada alude a una de las cuestiones más tortuosas y enrevesadas de las muchas que esconde la Directiva. La idea de subsistencia está íntimamente ligada a las posibilidades de integración y, sobre todo, a la interpretación integradora²¹²; hasta tal punto que no se entiende la una sin la otra. Con la ambigua mención a si el contrato puede o no *subsistir* sin la(s) cláusula(s), el legislador comunitario está refiriendo a supuestos donde no resulta posible una integración del contrato²¹³; integración donde debe incluirse a la interpretación integradora. A continuación, estudiaré la idea de «subsistencia» de la Directiva, su relación con la interpretación integradora y su articulación en Derecho español; ello sin perder de vista la notable influencia del TJUE y su jurisprudencia en todo este asunto.

- «Pereničová» y las Conclusiones Trstenjak

En la STJUE 15.3.2012, «Pereničová», el TJUE ha aclarado que, tanto el tenor del artículo 6.1 Directiva, como la seguridad jurídica de las actividades económicas, empujan hacia un «*enfoque objetivo*» a la hora de valorar la posibilidad del contrato de subsistir sin la cláusula; ello obliga a prescindir de la posición de las partes en el contrato, como criterio valorativo²¹⁴. Que la posición de las partes *no pueda ser el criterio decisivo* implica que la subsistencia del contrato depende de si este puede continuar ejecutándose, conforme a su causa o naturaleza, sin la cláusula de que se trate, considerando la equivalencia de prestaciones de ambos contratantes. Por eso, la decisión acerca de la subsistencia no puede tener en cuenta *exclusivamente* la eventual desproporción que el mantenimiento del contrato genera para uno de ellos; sea el adherente o el predisponente. En «Pereničová» el TJUE no profundiza mucho más en los criterios con arreglo a los cuales se debe o no permitir la subsistencia del contrato desde un punto de vista objetivo; pero se remite indirectamente —y esto acaso haya pasado hasta ahora

²⁰⁸ Lo que está por ver, tras la modificación de este mismo artículo por la LCCI. Esta ley ha añadido un segundo párrafo al actual artículo 83 TRLGDCU según el cual «las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho».

²⁰⁹ PASQUAU LIAÑO, 2000a, pp. 297-298.

²¹⁰ PASQUAU LIAÑO, 2000b, p. 773.

²¹¹ Véase, *infra* 3.4.c (iii).

²¹² Lo advirtió tangencialmente entre nosotros —bien que refiriéndose a la subsistencia del artículo 10.4 II LDCU 1984, VATTIER FUENZALIDA, 1987, n. 1.

²¹³ PAGADOR LÓPEZ, 1998, p. 113.

²¹⁴ Sobre todo, STJUE 15.3.2012, párr. 31-33, «Pereničová»; y STJUE 26.3.2019, párr. 60, «Abanca».

inadvertido²¹⁵— a las conclusiones de la Abogada General Trstenjak²¹⁶, sin las que no se comprende del todo el alcance de este pronunciamiento. En ellas, Trstenjak insiste en que la caída del contrato en su conjunto solo tiene lugar cuando la subsistencia no es **objetivamente** posible, no cuando una apreciación *ex post* arroja que las partes no habrían celebrado el contrato sin la cláusula abusiva (párr. 66). Además, desde el punto de vista de la consecución de los objetivos de la Directiva, el mantenimiento del contrato, una vez recobrada la igualdad entre las partes, se considera valioso en sí mismo (párr. 64 y 65) y responde, además, a una finalidad supraindividual también perseguida por la Directiva, como es la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de sus relaciones contractuales (Cdos. 2º y 3º Directiva), en el marco del establecimiento del mercado interior (párr. 67). Con cita de la mejor doctrina, Trstenjak coloca la noción de subsistencia en la desaparición del fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes, es decir, si pudiera darse por supuesto que el contrato no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la **voluntad real e hipotética de ambas partes**, porque «la *finalidad* o la *naturaleza jurídica* del contrato ya no sean las mismas» (párr. 68)²¹⁷. Asimismo, añade que la valoración acerca de la subsistencia del contrato no es ajena al Derecho nacional en cuyo marco la cláusula controvertida resulte aplicable (párr. 69), correspondiendo a los ordenamientos nacionales determinar el destino de la reglamentación contractual incompleta mediante instrumentos como el Derecho positivo, la interpretación integradora, la reinterpretación del contrato o la invalidez total (párr. 69, nota 25). De lo que se trata, en definitiva, es de comprobar si el contrato puede subsistir, sin la cláusula, «en los mismos términos» (art. 6.1 Directiva)²¹⁸.

- «Kásler», «Abanca» y el perjuicio para el consumidor

Bien es verdad que el enfoque objetivo parece contradecirse con el posterior del TJUE en la citada STJUE 30.4.2014, «Kásler»²¹⁹, cuando justificó la posibilidad de integración del contrato en función de las consecuencias especialmente perjudiciales que para el consumidor supondría la nulidad de la cláusula (párr. 83)²²⁰. Sin embargo, la clave de «Kásler» (y del artículo 6.1 Directiva) no está tanto en este elemento, sino en la idea de restauración del equilibrio real prestacional del contrato, como contrapunto de su subsistencia (párr. 82)²²¹; visión que se compadece, del todo, con el Cdo. 21º Directiva²²². Además, hay que advertir que el perjuicio para el consumidor a que el TJUE alude

²¹⁵ Al menos hasta el reciente trabajo de PANTALEÓN PRIETO, 2019a. En la misma línea, MARTÍN FABÁ, 2019, pp. 12-13.

²¹⁶ Conclusiones de la Abogada General Trstenjak de 29.11.2011, párr. 65-69 (ECLI:EU:C:2011:788).

²¹⁷ Lo que establece una relación entre subsistencia e interpretación integradora del contrato: *infra* 3.4.c (iii).

²¹⁸ Tampoco es irrelevante que la Abogada General aluda, en la nota 20 de sus Conclusiones, a las diferentes traducciones del artículo 6.1 Directiva (francesa, inglesa, italiana y española) que se contraponen a la versión alemana de subsistencia «*auf derselben Grundlage*» (sobre la misma base). Insiste que el requisito de subsistencia se cumple si el contrato, por su finalidad y naturaleza jurídica, también puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

²¹⁹ Continuado después en «Unicaja Banco», párr. 33, cuando reitera que la posibilidad de integración se limita a los supuestos en que la declaración de nulidad total representa una penalización para el consumidor.

²²⁰ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. IV.

²²¹ WHITTAKER, 2015, párr. 313.

²²² GRAF V. WESTPHALEN, 2012, p. 1771; SCHMIDT, 2019, párr. 6.

Cdo. 21º: «Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y [...], si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia».

constantemente no aflora realmente en el terreno de una situación contractualmente inequitativa para él o, si se me apura, de una inaceptable severidad, sino que lo hace en el campo de la liquidación del contrato (restitución)²²³, que es algo distinto, producto de una valoración *ex post facto*.

La STJUE 26.3.2019, «Abanca», ha insistido en que incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar «con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo» si la supresión de una cláusula [de vencimiento anticipado en un contrato de préstamo hipotecario, en este caso] tendría como consecuencia la imposibilidad de subsistencia del contrato (párr. 60). En su argumentación, el TJUE se apoya exclusivamente en «Perenicová» (en concreto, párr. 32). Pero, según lo veo, el argumento del TJUE se contradice con la doctrina «Perenicová» y, sobre todo, con las Conclusiones Trstenjak a las que se remite la sentencia. De ellas, se deduce claramente que (i) el análisis acerca de la subsistencia debe realizarse merced a un enfoque objetivo; (ii) el análisis acerca de la subsistencia no puede realizarse según una apreciación *a posteriori*, de que resulte que una de las partes no habría contratado sin la cláusula; (iii) la desnaturalización del contrato subyace a la (im)posibilidad de subsistencia; y (iv) el juicio acerca del mantenimiento del contrato no se puede despegar de las opciones que Derecho nacional ofrecer para determinar si «un contrato, a pesar de ser parcialmente nulo, puede subsistir» (párr. 69, *in fine*).

Por el contrario, el TJUE, primero con «Kásler», y después con «Abanca» estima que (i) se debe eliminar la cláusula del contrato, con las consecuencias que eso conlleve respecto de su subsistencia y nulidad total; y (ii) solo si una valoración prospectiva *a posteriori* arroja como resultado que la nulidad total del contrato perjudica al consumidor, es cuando «hay que hacer por que subsista», mediante la integración con arreglo a Derecho dispositivo. Esa valoración *ex post facto* de la que depende la integración del contrato se aprecia fácilmente en «Abanca» (párr. 61-63). En ella, el TJUE indica que, si de ese análisis apriorístico *ex post* se tiene que el consumidor prestatario no quedará perjudicado con la ejecución hipotecaria derivada de la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado anulada, no hace falta «hacer por que el contrato subsista», mediante la integración; si no se prevén efectos perjudiciales para el consumidor, no se integra. Con ello, acierta a la hora de recordar que la valoración respecto de la subsistencia del contrato solo admite un enfoque objetivo. Pero acto seguido se desdice y avanza hacia una valoración *ex post facto* que quiere tener en cuenta la posición de una parte y de la cual hace depender la posibilidad de integración.

- Precisiones

Hay que diferenciar dos aspectos distintos, aunque entrelazados. Uno es el de comprobar si el contrato puede o no pervivir sin la cláusula anulada. Sobre este primero, el enfoque europeo a manejar es objetivo, prescindiendo de la posición contractual de cada parte por separado. El segundo aspecto se pregunta por el papel de la integración del contrato (y la interpretación integradora, sobre todo), dentro de la cuestión de la subsistencia contractual. Ahora me centraré solo en este segundo aspecto. En relación con él se abren dos posibilidades.

La **primera** es entender que el juicio de subsistencia del contrato —siempre con arreglo a un enfoque objetivo— se tiene que producir (i) tras la eliminación de la cláusula del contrato; y (ii) una vez integrado el mismo, cuando la eliminación de la cláusula produce una laguna en la reglamentación.

²²³ Cfr. SARAZÁ JIMENA, 1994, p. 30.

Solo después de trazar ambos pasos, en ese orden, tiene lugar el juicio sobre la capacidad del contrato de subsistir objetivamente²²⁴.

La **segunda** posibilidad es desarrollada por el TJUE en «Kásler» y «Abanca», más literalista respecto del artículo 6.1 Directiva. Según ella, la valoración acerca de la subsistencia del contrato se debe producir inmediatamente tras la expulsión de la cláusula abusiva de su contenido; y solo cuando el resultado sea que el contrato no puede subsistir sin la cláusula, unido a la detección de un perjuicio posterior al consumidor, es cuando cabe integrar. Existe un matiz importante entre decidir sobre la posibilidad de subsistencia del contrato antes o después de haber recurrido a la integración²²⁵.

Me parece que la doctrina «Kásler» puede llegar a contradecir la Directiva²²⁶, presa de una interpretación rigorista de su artículo 6.1 que de ningún modo viene impuesta²²⁷. Creo que el fin de la Directiva obliga a realizar una interpretación de su artículo 6.1 en el sentido de la primera posibilidad expuesta. A favor de esta orientación actúan, claramente a mi juicio, (i) la idea del mantenimiento del contrato, como valor consagrado en el Cdo. 21º; (ii) la perspectiva supraindividual de protección y estímulo del mercado interior, también a nivel contractual; (iii) el llamamiento a un enfoque objetivo, que prescinde de las posiciones de las partes para enjuiciar la subsistencia del contrato, y que casa mal con una valoración *a posteriori* que solo «hace por integrarlo» en un caso muy concreto y viéndose afectada una determinada posición; (iv) la relación estrecha entre el mantenimiento del contrato y la integración, siendo esta paso lógico intermedio que precede a la nulidad total²²⁸; (v) el carácter no sancionador, sino de reequilibrio de posiciones que ostenta la Directiva²²⁹. La tesis contraria —la del TJUE— empuja a tener que buscarle tres pies al gato y defender forzosamente, a veces, la imposibilidad de subsistencia del contrato sin la cláusula, a fin de poder llegar a la integración²³⁰; y, cuando no, a defender directamente la nulidad del contrato²³¹. Más adelante me ocuparé en particular de esta cuestión, a propósito de la nulidad, por abusiva, de la cláusula de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario con consumidores²³².

²²⁴ En este sentido (bajo el paradigma de la inaceptable severidad *ex* artículo 10 4 II LCU), ALFARO ÁGUILA-REAL no duda que el análisis sobre si la situación en que queda el contrato tras la extirpación de la cláusula abusiva es o no equitativa debe venir precedido de la integración del hueco dejado, conforme al artículo 1258 CC (1991, pp. 453-456). En el mismo sentido, SARAZÁ JIMENA, 1994, p. 43.

²²⁵ Lo apunta, PAGADOR LÓPEZ, 1999, p. 686.

²²⁶ En este sentido, CARRASCO PERERA ha advertido de la relación de complementariedad entre el juicio de subsistencia y la integración y, en este sentido, ha señalado que la eclosión de la doctrina comunitaria sobre la no integración ha impedido este proceder. No es desdeñable que el mismo autor pronostique —calificando la jurisprudencia comunitaria de «*non sequitur*»— una vuelta a la relación entre juicio de subsistencia e integración (2017, pp. 790-791).

²²⁷ PANTALEÓN PRIETO, 2019a.

²²⁸ En este sentido, PAGADOR LÓPEZ advierte que el artículo 6.1 Directiva, con la referencia a la subsistencia, únicamente se refiere al supuesto de nulidad total del contrato, por imposibilidad de integrar la parte del contrato resultante de la eliminación de las cláusulas abusivas; opción que toma del Derecho alemán (1998, pp. 116-117).

²²⁹ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 207.

²³⁰ Que es lo que ha sucedido tras la STJUE 26.3.2019, «Abanca». Cfr., GÓMEZ POMAR, 2019, pp. 8-10; PANTALEÓN PRIETO, 2019a.

²³¹ BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, n. 18.

²³² *Infra* 3.4.c (v).

Parece contradictorio decir que la subsistencia se ha de valorar objetivamente, pero que la posibilidad de integración solo depende de la situación de una parte. Ello supone interpretar los dos criterios del artículo 6.1 Directiva (no vinculación y subsistencia) de manera aislada, como dos compartimentos estancos. El error ha radicado en entender la posibilidad de integrar el contrato en clave estrictamente subjetiva —de acuerdo con un «tinte *pro consumatore*»²³³ que no está justificado en este punto²³⁴— y no en clave objetiva, que es la que se desprende a las claras del artículo 6.1 Directiva²³⁵ (y del 83 TRLDCU) y la que se corresponde con el enfoque objetivo de subsistencia.

(iii) Enfoque objetivo de subsistencia, resabios subjetivistas e interpretación integradora del contrato

El artículo 6.1 Directiva consagra un aspecto básico del Derecho común europeo, según el cual un contrato permanece vinculante, siempre que pueda subsistir sin la cláusula anulada²³⁶. El artículo 6:306 (2) ACQP, así como el artículo 79 (2) CESL replican su dicción. Otros textos europeos de armonización especifican algo más y supeditan el mantenimiento del contrato a que este resulte *razonable*, dadas las circunstancias (arts. 4:116 PECL y 9:408 (2) DCFR). La lógica europea impone interpretar el artículo 6.1 Directiva en consonancia con el resto de instrumentos, es decir, de explicar la idea de «subsistencia» en términos de *razonabilidad*: el mantenimiento del contrato solo será posible cuando su contenido, sin la cláusula, no sea irrazonable; y no será irrazonable, si su naturaleza no queda objetivamente desvirtuada en relación con el negocio jurídico inicialmente celebrado²³⁷. Con acierto se ha afirmado que la condición de que el contrato pueda subsistir sin las cláusulas abusivas se refiere a un defecto estructural de este, de imposibilidad *objetiva* de subsistencia, y no al mayor o menor desequilibrio de las posiciones contractuales que resultan tras la ineficacia de las cláusulas abusivas y la posterior integración²³⁸. Así pues, el foco debe ponerse en sí, *tras* la supresión de la cláusula abusiva, el contrato puede continuar desarrollándose objetivamente de acuerdo con su naturaleza (**enfoque objetivo de «subsistencia»**)²³⁹, sin quedar desnaturalizado, gracias a una regulación equilibrada; no tanto en si la eliminación de la cláusula afecta a la posición de una de las partes²⁴⁰.

Esta interpretación del enfoque objetivo es mayoritaria, pero no unánime:

Recientemente se ha defendido una exégesis del enfoque objetivo desde una perspectiva subjetivista²⁴¹. Se considera que la interpretación objetiva de la noción de «subsistencia» del contrato no alude a que este no se pueda desarrollar según su naturaleza, sino a que este pueda pervivir sin ventaja ni perjuicio para ninguna parte, teniendo en cuenta el mandato de reequilibrio de la Directiva. Esta visión entiende que un contrato objetivamente equilibrado puede resultar subjetivamente perjudicial para un contratante, especialmente cuando a este se la atribuyen riesgos que no debería razonablemente

²³³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. I.2.

²³⁴ PASQUAU LIAÑO, 2000a, p. 300.

²³⁵ PASQUAU LIAÑO, 2000b, p. 783. En contra, GETE-ALONSO Y CALERA, 1999, p. 99.

²³⁶ HELLWEGE, 2007, párr. 29; JANSEN, 2018a, párr. 3.

²³⁷ Cfr., sin embargo, JANSEN, 2018a, párr. 5.

²³⁸ PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, p. 221.

²³⁹ BASEDOW, 2019, párr. 6; PERDICES HUETOS, 2002, pp. 528, 533; SCHMIDT, 2016, párr. 4c; SCHMIDT, 2019, párr. 6.

²⁴⁰ Véanse, recientemente, las Conclusiones del Abogado General Pitruzzella de 14.5.2019, párr. 50-54, Asunto C-260/18. En contra —por referencia al antiguo artículo 10 bis.2 LGDCU— GETE-ALONSO Y CALERA, 1999, p. 100.

²⁴¹ GSELL, 2019, p. 755 y 758; cercano, JANSEN, 2018a, párr. 5. En España, véase nota 243.

soportar. La clave se sitúa en si el mantenimiento del contrato conduce a un desequilibrio objetivamente insoportable para una parte, lo que sucedería si los deberes de prestación recíproca quedan gravemente descompensados. En ese caso se alteraría el objetivo de reequilibrio impuesto por la Directiva. Desde esta postura se advierte que el empleo de esta posibilidad a favor del predisponente debe quedar limitada a casos extremos, precisamente por el efecto disuasorio que igualmente impone la Directiva y que asigna al empresario el riesgo de empeoramiento de la posición contractual en caso de anulación de la cláusula. Esta posición aboga por una interpretación del § 306.3 BGB conforme con la Directiva²⁴².

El criterio que se acaba de presentar parece algo contradictorio. Aunque se llame así, el «enfoque objetivo» de subsistencia no prescinde, en ningún caso, de las posiciones de las partes que conforman el contrato, cuando alude a la posibilidad de que este pueda continuar desarrollándose según su naturaleza. Es decir, que el contrato subsista desde el enfoque objetivo significa que está objetivamente equilibrado; lo que alcanza, en buena lógica, también a las posiciones de ambas partes. No se puede caer en una suerte de «paradoja de Schrödinger» y decir que un contrato está equilibrado objetivamente y, al mismo tiempo, desequilibrado subjetivamente para una parte; salvo que por equilibrio se entienda una paridad o igualdad absoluta. La preferencia que el Derecho europeo realiza a favor del enfoque objetivo consiste en evitar que el mero empeoramiento de la posición económica o una mayor dificultad en el cumplimiento del contrato puedan ser alegados por una parte —normalmente el predisponente— para reclamar la anulación total del contrato. Tiene que haber algo más. Es por ello que la opinión planteada encierra, a mi juicio, el riesgo de terminar abrazando encubiertamente un enfoque subjetivo de subsistencia; como ha sucedido en España tras la readaptación de la doctrina «Kásler» en «Abanca»²⁴³.

A partir de la anterior tesis surge también la cuestión de si el enfoque subjetivo, que descarta el TJUE, se corresponde exactamente con el criterio de la «inaceptable severidad» (§ 306.3 BGB). Me explicaré. La «inaceptable severidad» en detrimento de una parte se puede traducir también como «inaceptable beneficio» de la otra parte a costa de su contraria, en un contrato sinalagmático. Esta constatación podría llevar a concluir que el contrato ha quedado desvirtuado, según su naturaleza, de acuerdo con el enfoque objetivo presentado. Esta idea no queda lejos de la interpretación conforme que se hace del § 306.3 BGB, según la cual la subsistencia del Derecho alemán recoge pueda ser también objetiva. El problema de esta aproximación —para salvar el precepto— es que se parece mucho a una rescisión por *laesio enormis*, que el BGB expresamente rechazó²⁴⁴. Una aceptación de este proceder interpretativo exigiría, a mi juicio, que a la desproporción entre las prestaciones se vinculase una desnaturalización efectiva del contrato. Los problemas interpretativos de positivar la inaceptable severidad son enormes.

Así las cosas, si bien parece plausible una interpretación objetiva de la inaceptable severidad para una parte, esta resulta algo forzada y obliga a realizar demasiados ajustes que no serían necesarios si se optase por un enfoque ampliamente objetivo que no deja de tener en cuenta las posiciones de las partes. Además, las situaciones de inaceptable severidad para una parte —aunque se pueden interpretar en

²⁴² *Supra* 3.4.c (i).

²⁴³ Así se aprecia, a mi juicio, en el comentario de PANTALEÓN PRIETO a la STJUE 26.3.2019, C-70/17 y C-179/17; «Abanca» (ECLI:EU:C:2019:250), cuando alude a la inexigibilidad al predisponente de permanecer vinculado, conforme a la buena fe (2019a). Igualmente en MARTÍN FABA, 2019, pp. 13-14; ALFARO, 2019.

Véase, también, MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 195.

²⁴⁴ Así en los *Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, II, 1888, p. 321.

clave objetiva— únicamente parecen cubrir aquellos casos donde se anula una cláusula definitoria del objeto principal del contrato. Y tiene lógica que sea así, pues hemos dicho que la desproporción a que aluden se parece mucho a una lesión, que por lógica atiende a prestaciones principales²⁴⁵. Sin embargo, no funciona tan bien ante supuestos donde la cláusula anulada no determina directamente el objeto principal. Aquí se hace más difícil pensar en una desproporción en detrimento de una parte. El enfoque objetivo abarca mejor estos supuestos, pues tiene en cuenta todos los elementos del contrato, incluidas las partes.

Asumido el enfoque objetivo, queda profundizar sobre la relación entre este enfoque y la idea de subsistencia del contrato. Me parece evidente que la tesis del enfoque objetivo revela que el artículo 6.1 Directiva exige una interpretación autónoma y armonizada de su noción de subsistencia del contrato²⁴⁶. La subsistencia del contrato constituye —al igual que la «no vinculación»— un concepto jurídico nuevo, europeo, autónomo y neutro²⁴⁷. Que presente estos adjetivos no es obstáculo para una interpretación y canalización de la misma a través del Derecho interno de cada Estado, del mismo modo que sucedía con la idea de «no vinculación». Así lo ha reconocido recientemente el propio TJUE, señalando que el artículo 6.1 Directiva «no enuncia él mismo los criterios que rigen la posibilidad de que un contrato subsista sin las cláusulas abusivas, sino que deja al ordenamiento jurídico nacional la tarea de establecerlos con observancia del Derecho de la Unión»²⁴⁸. Todo apunta, pues, a la necesidad de indagar en los principios y bases del Derecho civil patrimonial, a fin de pergeñar si un contrato se puede mantener, sin una concreta cláusula, sin perder su esencia y sin que la paridad en la ecuación prestacional resulte afectada²⁴⁹, es decir, sin quedar desnaturalizado²⁵⁰. La idea es que el mantenimiento del contrato —cuya celebración sí estaba cubierta por una voluntad común²⁵¹— resulta valioso en sí mismo (principio que nuestro ordenamiento recoge sin ambages, cfr. art. 1284 CC), si es capaz de cohonstar los intereses de ambas partes con una regulación equilibrada que, por hipótesis, no perjudica al consumidor. Mantener el contrato no solo es valioso, también es eficiente, pues ahorra al consumidor el coste y el peligro de recontratar con otro operador²⁵². Es más, el mantenimiento del contrato, según resulte de la interpretación integradora, se puede interpretar incluso en clave sancionadora del predisponente²⁵³.

El juicio sobre la subsistencia del contrato, desde un enfoque objetivo, ha de partir de lo señalado por la Abogada General Trstenjak en las Conclusiones a «*Pereničová*». En ellas consideró que excepcionalmente cabría la nulidad total del contrato, cuando «pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la *finalidad* o la *naturaleza jurídica* del contrato ya no sean las mismas»; examen que corresponde al juez nacional (párr. 68). La cursiva pertenece a Trstenjak.

²⁴⁵ En este sentido, y para los antiguos artículos 10.4 II LGDCU 1984, 10 bis.2 LGDCU y 83.2 II TRLDCU, véase, PASQUAU LIAÑO, 2000b, p. 783.

²⁴⁶ GRAF V. WESTPHALEN, 2012, p. 1772.

²⁴⁷ «Atécnico» en palabras de PAGADOR LÓPEZ, 1998, pp. 113-114.

²⁴⁸ STJUE 3.10.2019, párr. 40, «*Dziubak*».

²⁴⁹ GRAF V. WESTPHALEN, 2012, p. 1772; MICKLITZ/REICH, 2014, p. 128.

²⁵⁰ PAGADOR LÓPEZ, 1998, p. 114.

²⁵¹ PASQUAU LIAÑO, 2000a, p. 296.

²⁵² PERDICES HUETOS, 2002, pp. 527-528.

²⁵³ Cfr., desde la crítica, GETE-ALONSO Y CALERA, 1999, pp. 99, 103.

El énfasis del párrafo 68 de las Conclusiones de Trstenjak, unidas a la remisión posterior que el propio TJUE ha hecho a estas, obliga a plantear si no se haya producido ya una validación indirecta de la interpretación integradora del contrato en el Derecho europeo (y que, en el estado actual de las cosas, se aplicaría en las condiciones de «Kásler»). Me explicaré. Aludir a la voluntad hipotética de las partes y a la finalidad o naturaleza jurídica del contrato, como parámetros de cara a enjuiciar la subsistencia del contrato es el reverso de admitir la interpretación integradora, para que el contrato se mantenga. Esta idea ve claramente si se reconoce que la integración con Derecho dispositivo —admitida— consiste en comprobar si la solución que ofrece la norma se compadece con el resultado hipotético a que ambas partes, actuando de manera honesta, leal y de buena fe, habrían llegado y con naturaleza jurídica del contrato celebrado, sin desvirtuarlo. No es ocioso repetir que, en la integración, el juez determina la voluntad hipotética de las partes, idealmente definidas, a fin de no desnaturalizar el negocio y posibilitar su subsistencia²⁵⁴. Para ello puede recurrir, si la hay, a una norma dispositiva y tomarla como referencia²⁵⁵ (cfr. art. 1286 CC). Cualquier ejercicio de integración se plantea, en últimas, si la solución es o no respetuosa con el acuerdo de las partes para el contrato de que se trate, teniendo en cuenta los datos que ofrece²⁵⁶.

Cabe entonces concluir que, con la integración a través de la interpretación integradora, tras anular la cláusula, se responde a la pregunta de la subsistencia; es más, que no puede responderse a esta sin plantearse la primera: cuando no cabe interpretar integradoramente el contrato, este no puede objetivamente subsistir²⁵⁷. La **idea de subsistencia guarda íntima relación con la interpretación integradora del contrato**. La dependencia de esta última de la naturaleza del contrato, su contenido y efectos es un buen argumento en ese sentido (cfr. sobre todo art. 1286 CC; también arts. 1287, 1288 y 1289 CC). No en vano, la interpretación integradora permite reconstruir el significado objetivo del contrato²⁵⁸. La relación existente entre ambas es lo que explica que la segunda tenga sentido frente a lagunas contractuales que pongan en peligro la primera; y que la interpretación integradora encuentre su encaje normativo en el artículo 6.1 Directiva.

Hemos visto que el juicio de subsistencia del contrato depende de un enfoque objetivo que analiza si el contrato puede o no pervivir según su naturaleza; y que para este juicio resulta muy útil la interpretación integradora del contrato, que considera la finalidad común a ambas partes. También que los criterios que rigen la posibilidad de subsistencia de un contrato quedan al albur del Derecho interno de cada estado, interpretado a la luz del Derecho de la Unión. Como explicaré a continuación, la respuesta a la pregunta de cuándo el contrato no puede subsistir conduce, en Derecho español, a los elementos esenciales del contrato y, en particular, a la **causa**.

²⁵⁴ Sobre la relación entre Derecho dispositivo e interpretación integradora: *supra* 3.4.b (i).

²⁵⁵ SSTJUE 20.9.2018, párr. 52-53, C-51/17, «OTP Bank», (ECLI:EU:C:2018:750); 3.10.2019, párr. 45, «Dziubak».

Ofrece ejemplos de este proceder, bien que bajo la óptica de la reducción conservadora de la validez, ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 415-419.

Sobre la norma, como valoración imparcial de los intereses de las partes, MIQUEL GONZÁLEZ, 2002, p. 952.

²⁵⁶ Véanse las reflexiones de GÓMEZ POMAR, 2019, pp. 3-6. También, respecto de las normas legales dispositivas, como presunción de la voluntad de las partes, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 429-430.

²⁵⁷ CARRASCO PERERA considera irrelevante el recurso a la voluntad hipotética de las partes a la hora de evaluar la capacidad de subsistencia del contrato; pero lo hace, en realidad, para indicar que la producción de una situación inequitativa para una parte no supone una objeción a que el contrato pueda subsistir (2017, p. 790).

²⁵⁸ CAFFARENA LAPORTA, 1985, p. 923.

(iv) Subsistencia y Derecho interno español: la causa concreta

La decisión sobre la subsistencia del contrato en Derecho español discurre por el espinoso desfiladero de la causa. En otros sistemas la decisión alude a instituciones similares que orientan sobre la cuestión de si un negocio jurídico es capaz o no de pervivir, según su naturaleza, por afectarse al fin práctico perseguido comúnmente por las partes²⁵⁹. Este trabajo no pretende ser un estudio pormenorizado acerca de la causa, pero se deben apuntar algunas líneas que iluminen la «idea de subsistencia» del contrato a manejar en Derecho español. Vayamos por partes.

La interpretación conjunta de los artículos 9.2 y 10.1 LCGC ofrece una valiosa pista para la idea de subsistencia a manejar. El artículo 9.2 LCGC se remite a los *elementos esenciales* enumerados en el artículo 1261 CC, para determinar si el contrato es capaz o no de subsistir. Mientras tanto, el artículo 10.1 LCGC evita la ineficacia total del contrato, «si éste puede subsistir sin tales cláusulas». La relación entre ambos preceptos es clave. La mejor doctrina ha indicado que la nulidad total del contrato a que se refiere el artículo 9.2 LCGC se debe producir cuando el resultado arrojado por la integración del contrato origina una incerteza sobre su contenido o no permite **alcanzar su finalidad última**²⁶⁰. Si esto es así, la imposibilidad de subsistencia a que alude el artículo 10.1 LCGC necesariamente se debe perfilar en los mismos términos (afección a los elementos esenciales del contrato²⁶¹). A este respecto, se ha apuntado que «no hay otra “imposibilidad de subsistencia” que no sea la que se produce por falta de o alteración sustancial de algún elemento estructural del contrato, en particular, la del objeto y de la causa»²⁶². Eso sí, de cualquier afección a los elementos esenciales no se colige una imposibilidad de subsistencia; se trata de que estos se vean afectados de tal manera que el contrato no pueda subsistir sin la cláusula²⁶³.

A mi juicio, y teniendo en cuenta las particularidades de los contratos de adhesión, el elemento esencial que realmente determina si el contrato puede o no subsistir después de eliminada la cláusula controvertida es la *causa*. El motivo es que el consentimiento de los contratantes figura, por definición, matizado en esta sede, y únicamente se proyecta sobre el objeto principal; y, a su vez, el objeto (principal) del contrato viene constituido por la prestación de cada parte en la relación negocial, de tal suerte que cada una contribuye en parte, pero no en todo, a establecer la naturaleza del contrato que, en últimas, solo puede asociarse con la causa. Es decir, cada prestación contractual (objeto) aisladamente considerada no permite dibujar por completo el contorno del contrato. Por eso, es la causa el elemento al que asirnos para determinar por completo la naturaleza del contrato de que se trate y, con ello, adoptar una decisión sobre su subsistencia. Es más, creo que cuando se alude a la ilicitud del objeto o a la indeterminación de este²⁶⁴, en realidad, se está apuntando a problemas propios de la relación negocial y, por ende, a la causa.

²⁵⁹ Muy ilustrativa resulta la alusión a «*causa und consideration*» que traza BASEDOW, 2019, párr. 6 y n. 15. Entre nosotros no deben pasarse por alto las aportaciones de PASQUAU LIAÑO, 2000a, n. 61.

²⁶⁰ En terminología del Anteproyecto, cuando se produzcan «resultados distintos a los que las partes persigan al realizar el contrato, de modo que el mismo quede desnaturalizado» (PERDICES HUETOS, 2002, pp. 532-533).

²⁶¹ PAGADOR LÓPEZ, 1999, p. 688. Aunque este autor vincula la afección a los elementos esenciales del contrato con la producción de una situación no equitativa a una o ambas partes.

²⁶² PASQUAU LIAÑO, 2000a, pp. 297-298.

²⁶³ PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2004, p. 222.

²⁶⁴ PASQUAU LIAÑO, 2000a, p. 298; PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2004, p. 222.

La causa se identifica con el concreto propósito perseguido por las partes —las dos— con la celebración del contrato (ángulo subjetivo) y que, además, no se opone a aquello que el ordenamiento ampara desde el punto de vista social y económico²⁶⁵. Se conecta con la caracterización de cada negocio jurídico²⁶⁶; es el «*para qué*» del contrato²⁶⁷ en su conjunto y no el «*para qué*» de cada obligación contractual²⁶⁸. El Código civil no recoge, pese a su literalidad, la causa de cada obligación refiriéndose a cada parte de manera individualizada; antes bien, alude a la causa de la relación obligatoria²⁶⁹. La calibración de la causa del negocio requiere atender al objeto y al contenido de este. Ahora bien, ni lo uno ni lo otro se identifican, del todo, con la noción de causa²⁷⁰. Conforme se viene diciendo, la «*naturaleza del contrato*» concede significado específico a la causa de este²⁷¹, de tal suerte que ya el Código civil ofrece alguna pista de a qué se está refiriendo siempre que recurre a este giro (cfr., en general, arts. 1257, 1258, 1286; y las constantes alusiones en los títulos para los contratos en particular). De esta caracterización se ha extraído la expresión de «*causa concreta*», noción que ilustra acerca de todo lo que afecta a la consideración jurídica del negocio mismo, es decir, al resultado práctico o social que se pretende obtener con el contrato²⁷²; gracias a ella se alcanza una necesaria delimitación de la causa en su aspecto subjetivo, al compaginar el resultado social del negocio con aquello que fuera pretendido (y consentido) por las partes en cada caso²⁷³. Vista desde el plano de la autonomía de la voluntad, la «*causa concreta*» cobra todo su sentido a la hora de decidir acerca de la subsistencia del contrato²⁷⁴.

Con estos mimbres, creo que se puede explicar la subsistencia del contrato a través de la idea de causa y, sobre todo, de la noción de causa concreta que encierra los motivos de las partes. Ello porque el examen sobre el mantenimiento del contrato atiende al fin común perseguido por las partes²⁷⁵ (toda vez que no cabe equiparar objeto principal del contrato y causa onerosa, para examinar la posibilidad

²⁶⁵ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 250-251.

²⁶⁶ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 214.

²⁶⁷ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 229.

²⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 231.

²⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 246.

²⁷⁰ DE CASTRO Y BRAVO, 1967 párr. 252.

En efecto, la causa, entendida como fin práctico comúnmente perseguido por las partes, no se debe confundir con objeto del contrato (de nuevo, DE CASTRO Y BRAVO, párr. 231).

No obstante, asocia naturaleza del contrato con el objeto (y no con la causa), RUIZ MUÑOZ, 1993, pp. 135-137.

²⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 262.

²⁷² En este sentido, refiriéndose a la interpretación finalista del contrato y la función del tipo contractual, como medios interpretativos, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007 pp. 505-507. En similar sentido, CAFFARENA LAPORTA, 1985, p. 922; VATTIER FUENZALIDA, 1987, p. 511.

²⁷³ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 285.

²⁷⁴ No está de más transcribir la exégesis de MORALES MORENO a este respecto, por lo clarificadora: «Cuando el “resultado” propuesto en el negocio no se alcanza de modo completo y queda insatisfecho el interés de alguna de las partes surge una cuestión: *¿hasta qué punto se justifica la subsistencia del negocio?* Ahí es donde cobra sentido la consideración de causa del negocio, vista desde el plano de la autonomía de la voluntad. En este sentido subjetivo, el concepto de causa sirve para explicarnos en cada negocio, cuándo cae la razón que para su existencia (y *subsistencia*) habían tenido en cuenta las partes al celebrarlo. Es, por tanto, la justificación, desde el plano de la autonomía de la voluntad, de la existencia de cada negocio jurídico» (la cursiva es mía) (1983, p. 1535).

Véase, también, CARRASCO PERERA, 2017, pp. 161-162.

²⁷⁵ También refiriéndose al Anteproyecto de LCGC, RUIZ MUÑOZ, 1993, pp. 294-295.

de subsistencia del contrato sin la cláusula anulada²⁷⁶). Al fin común atiende también la interpretación integradora. Así se advierte que el enfoque objetivo de subsistencia, mediatizado en Derecho español a través de la causa concreta, guarda relación con la interpretación integradora y sus criterios (buena fe, a la mayor reciprocidad de intereses y al justo equilibrio de las prestaciones²⁷⁷). La imposibilidad de subsistencia es, de algún modo, la imposibilidad de integrar el contrato mediante la interpretación integradora²⁷⁸. Cuando la eliminación de una cláusula genere una laguna no integrable con la interpretación integradora, se produce una contradicción entre el propósito negocial de ambos contratantes (causa subjetiva), concretado en la naturaleza del negocio (causa objetiva); ello impide el mantenimiento de la relación negocial y la subsistencia del contrato²⁷⁹. Hay que insistir, pues, en cómo la relación entre interpretación integradora y subsistencia explica que la primera tenga sentido frente a lagunas que ponen en peligro la segunda. Pero repárese en que el ejercicio no es bidireccional: que la imposibilidad de subsistencia del contrato se vincule a la imposibilidad de interpretación integradora no significa que —al revés— cualquier recurso a la interpretación integradora persiga garantizar la subsistencia del contrato (por afección a su causa concreta). La razón está en que normalmente surgen lagunas tras la declaración de nulidad que, sin poner en peligro el mantenimiento del contrato, requieren una respuesta en el plano contractual para permitir que el contrato se pueda seguir desarrollando (por ejemplo, la cláusula de vencimiento anticipado, de la que me ocupo más adelante).

Enseguida se puede acusar a este enfoque de la causa concreta de contradictorio, por adoptar una perspectiva subjetiva inconscientemente, que no resulta conforme con la Directiva. Pero conviene aclarar que una cosa son las meras aspiraciones o representaciones individuales de una parte (en nuestro caso, normalmente, las del predisponente) y otra el resultado práctico de cuya realización depende poder considerar realizado el fin del negocio —por haber quedado incorporado al él— y, en consecuencia, satisfecho el interés común a ambas partes²⁸⁰.

La conexión entre la subsistencia del contrato y la causa concreta de este ha sido asumida recientemente, al menos de manera indirecta, por la Sala 1ª del Tribunal Supremo²⁸¹.

(v) Excurso: las cláusulas de vencimiento anticipado y la subsistencia del contrato

La orientación propuesta podría contribuir a facilitar la cuestión de qué hacer después de declararse la nulidad, por abusiva, de una cláusula de vencimiento anticipado en contratos de préstamo hipotecario con consumidores²⁸². Hay que partir de la STJUE «*Abanca*». En ella, se han suscitado interesantes cuestiones sobre (i) si el contrato de préstamo puede o no subsistir sin la cláusula controvertida; y (ii)

²⁷⁶ No obstante, véase, BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, n. 18; GÓMEZ POMAR, 2019, p. 7; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. III.3 y IV; RUIZ MUÑOZ, 1993, pp. 111-112, 121.

²⁷⁷ SARAZÁ JIMENA, 1994, p. 44.

²⁷⁸ Cfr. BASEDOW, 2019, párr. 12; LINDACHER/HAU, 2013., párr. 54; SCHMIDT, 2013, párr. 10.

Informa del papel axial de la interpretación integradora del contrato aquí, CANARIS, 1996, párr. 1112.

²⁷⁹ Sobre interpretación del contrato, fin práctico de este, nulidad parcial, subsistencia e ineficacia, en Derecho español, véase RUIZ MUÑOZ, 1993., pp. 125-139.

²⁸⁰ MORALES MORENO, 1983, p. 1535.

²⁸¹ STS, 1ª, 11.9.2019, FD 8º [6, 7, 8 y 9] (MP: Vela Torres, RJ 2019\3343).

²⁸² Así lo reconoce también, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, p. 176.

cuál es la norma de integración ¿el artículo 693.2 LEC, reformulado por la Ley 1/2013²⁸³, o el 24 LCCI²⁸⁴? Se trata, en realidad, de dos falsos problemas. La primera cuestión constituye un falso problema ocasionado por la doctrina «Káslér», que obliga a analizar el perjuicio para el consumidor para decidir acerca de la subsistencia²⁸⁵. Se debe partir de que la nulidad de la cláusula de vencimiento provoca una laguna en el contrato que se tiene que integrar, con independencia de que el contrato pueda o no subsistir sin ella²⁸⁶. Ello conduce a la segunda cuestión planteada.

La pregunta sobre la norma de integración es relevante para los préstamos vencidos anticipadamente antes de la entrada en vigor de la LCCI²⁸⁷. Creo que ninguna de las normas antes mencionadas sirve para colmar la laguna que surge con la anulación de la cláusula; el artículo 693.2 LEC no sirve porque, a pesar de ser Derecho dispositivo, la posibilidad de reclamar la totalidad de lo adeudado por capital e intereses en caso de falta de pago de tres plazos mensuales no me parece que se pueda corresponder seriamente con aquello que el predisponente habría esperado que razonablemente aceptase el adherente, de acuerdo con la buena fe objetiva²⁸⁸. En cuanto al nuevo artículo 24 LCCI, la respuesta es algo más complicada y depende de la concepción que se tenga del vencimiento anticipado y su relación con la resolución del contrato. Yo creo — y, ello, en contra de una más que autorizada opinión al respecto²⁸⁹— que el vencimiento anticipado por impago de cuotas es algo sutilmente distinto a la resolución del préstamo por impago de cuotas²⁹⁰.

La diferencia reside en el presupuesto de uno y de otra, y que ha quedado bien trazada con el artículo 24 LCCI. Este precepto —aunque bajo la rúbrica «vencimiento anticipado»— informa de bajo qué condiciones se puede *resolver* un contrato de préstamo hipotecario con consumidores, por incumplimiento esencial del prestatario de su obligación de pago²⁹¹. Nos ahorra realizar la difícil valoración acerca de la esencialidad del incumplimiento en un contrato de préstamo, a los efectos del artículo 1124 CC (de modo similar al artículo 27 LAU). Esta idea se aprecia bien si se lee la Exposición de Motivos de la LCCI cuando indica que «mediante el nuevo régimen del vencimiento anticipado se garantiza que este solo pueda tener lugar cuando el incumplimiento del deudor es suficientemente

²⁸³ MARTÍN FABA, 2019, p. 19.

²⁸⁴ PANTALEÓN PRIETO, 2019a.

²⁸⁵ Véase, *supra* 3.4.c (ii): el juicio de subsistencia se ha de realizar después de la integración, y no antes.

²⁸⁶ Recientemente, ALFARO ÁGUILA-REAL, 2019, ha defendido (basándose en GSELL, 2019, p. 755; *supra* 3.4.c.(iii)) la necesidad de integrar en la cláusula de vencimiento anticipado por el grave desequilibrio que supone el contrato sin la cláusula para el predisponente. No obstante, hay que advertir que la autora alemana interpreta la noción de subsistencia desde un enfoque distinto al objetivo, más subjetivista que indaga si el mantenimiento del contrato conduce a un desequilibrio objetivo para una parte. En ese caso, cabría integrar con Derecho dispositivo, para ella. Pero este criterio lo propone de manera muy restrictiva —lo que ALFARO también indica—, reservándolo solo a casos de desequilibrios extremos para el predisponente, para evitar integrar con Derecho dispositivo (lo que ALFARO parece asociar a la reducción conservadora de la validez). Con estos mimbres, pueden surgir algunas dudas sobre si la eliminación de la cláusula de vencimiento genera el perjuicio grave que, en la tesis de GSELL, permitiría integrar; ello teniendo en cuenta (i) que este criterio se asemeja a los casos de lesión, más referidos a las prestaciones principales del contrato, y (ii) lo expuesto en este apartado sobre resolución y vencimiento.

²⁸⁷ Véase la D.T. Primera LCCI. No obstante, véase también, PANTALEÓN PRIETO, 2019b.

²⁸⁸ Véase, *supra* 3.4.b (ii) sobre la relación entre interpretación integradora y Derecho dispositivo.

²⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO, 2019a; y 2019b.

²⁹⁰ Véase, en la línea de distinguir ambas instituciones, BASOZABAL ARRUE, 2004, pp. 34-50; MORALES MORENO, 2014, pp. 1990-1991; MIQUEL GONZÁLEZ, 2017, sec. I.

²⁹¹ Coincido aquí con PANTALEÓN PRIETO, 2019a; y 2019b.

significativo en atención al préstamo contratado» (cursiva mía). En efecto, el artículo 24 LCCI distingue oportunamente entre si la «mora» (*rectius*, incumplimiento) se produce en la primera o segunda mitad de la duración del préstamo; con ello, confiere relevancia a si se están amortizando más intereses que capital (*ceteris paribus*, un sistema de amortización francés). Que la regla del artículo 24 LCCI positiviza, en realidad, la resolución del contrato por frustración del interés del acreedor también es clara si se atiende al plazo adicional de cumplimiento (*Nachfrist*) que añade como requisito. Desde su entrada en vigor, la regla del artículo 24 LCCI solo permite resolver el préstamo por impago de cuotas, si se cumplen sus requisitos.

De otro lado, el vencimiento anticipado tiene como presupuesto, al menos formalmente, también el impago de cuotas. En general, es una figura admisible en contratos negociados y que, en contratos con consumidores, se somete al control de abusividad basado en el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 82.1 TRLGDCU). Pero ni siquiera para los contratos sometidos a negociación creo que pueda decirse que vencimiento anticipado sea equivalente a resolución; tampoco que una cláusula de vencimiento anticipado sea equivalente a una cláusula resolutoria. Esta última califica, *ab initio*, como resolutorio, un incumplimiento que, de otro modo, no lo sería²⁹². Creo que el vencimiento anticipado encierra algo distinto a una resolución, pactada o no. Las cláusulas de vencimiento anticipado, en un contrato de préstamo, actúan como un mecanismo de liquidación fundamentado en el impago de una serie de cuotas que, además, evidencia un deterioro en la situación financiera y patrimonial del prestatario deudor, con el correlativo reflejo en la confianza del prestamista; no un incumplimiento esencial. Permiten que, en contratos con consumidores, el prestamista acuda a la ejecución hipotecaria para asegurar la recuperación de lo adeudado por el prestatario, sobre la base del riesgo o la amenaza latente de una no devolución del capital prestado y la pérdida de confianza (una especie de incumplimiento previsible; cfr. arts. 72 y 73 CISG)²⁹³. Por eso, su presupuesto real es distinto al de la resolución²⁹⁴. La diferencia se apreciaba muy bien en el Cdo. 33º de la Directiva 2008/48/CE, de 23 de abril, de contratos de crédito al consumo²⁹⁵. El legislador, con el artículo 24 LCCI, ha eliminado en realidad la facultad del vencimiento anticipado de los contratos de préstamo hipotecario con consumidores, dejando únicamente la posibilidad de resolverlos, regulando sus requisitos.

²⁹² Sobre el tipo autónomo de incumplimiento esencial que no se deduce de un examen a posteriori, sino de un acuerdo previo de las partes, RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, pp. 227-228.

²⁹³ Véase, MORALES MORENO, 2014, pp. 1973, 1976-1979, 1990-1991.

²⁹⁴ Ello se pone claramente de manifiesto al comparar la resolución por impago alemana (§ 498 BGB) con el derecho extraordinario de resolución del prestamista por empeoramiento, actual o eminente, de su situación financiera que ponga en peligro la devolución del préstamo (§ 490 BGB); permitiéndose resolver contratos por deterioro de la situación financiera del cliente, ante un impago de cuotas que no alcanzaría a posibilitar la resolución por impago, por no cumplir con los requisitos del § 498 BGB. Así se expone ciertamente en los comentarios a la normativa Nr. 19 de las *Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken*, véase BUNTE, 2017, párr. 51-52.

²⁹⁵ «Las partes contratantes deben tener derecho a poner fin, por el procedimiento habitual, a un contrato de crédito de duración indefinida. Además, cuando así lo disponga el contrato de crédito, el prestamista debe poder retirar al consumidor el derecho a disponer de cantidades con cargo a un contrato de crédito de duración indefinida, por razones objetivamente justificadas. Estas razones pueden ser, por ejemplo, la sospecha de un uso no autorizado o fraudulento del crédito o un aumento considerable del riesgo de que el consumidor no pueda hacer frente a su obligación de reembolsar el crédito. La presente Directiva no afecta a las normas nacionales del Derecho de contratos que regulan el derecho de las partes contratantes a poner fin al contrato de crédito por incumplimiento de contrato».

Sentada esta distinción —y siempre refiriéndome a los préstamos vencidos antes de la entrada en vigor de la LCCI— parece evidente que la laguna surgida tras la nulidad, por abusiva, de la cláusula de vencimiento no admite ser colmada con los resortes propios de la resolución del contrato (art. 1124 CC). Se ha de acudir a la interpretación integradora, partiendo de que del contrato en su conjunto y la buena fe objetiva (art. 1258 CC) se desprende la voluntad de incluir un mecanismo de liquidación anticipado, distinto del resolutorio y basado en el debilitamiento de la situación financiera del prestatario que se comienza a manifestar en el impago de cuotas. La pregunta pasa a ser cuál habría sido la voluntad del adherente, perceptible por el predisponente en unos tratos desarrollados con lealtad y buena fe, de acuerdo con la buena fe objetiva y teniendo en cuenta la naturaleza del negocio, respecto de la posibilidad de vencer anticipadamente el préstamo (lo que no es sino ver en qué condiciones la cláusula habría sido no abusiva); también se debe tener en cuenta el Derecho dispositivo vigente, que hoy nos facilita saber cuándo el préstamo puede resolverse por impago de cuotas (art. 24 LCCI). Pero, asumiendo que vencimiento y resolución son distintos, no puede entenderse que la voluntad hipotética de las partes al momento de celebrar el contrato en cuestión habría llegado a una cláusula de vencimiento anticipado en los mismos términos del artículo 24. Teniendo en cuenta todo ello, creo que la regulación contractual se habría aproximado a una solución que permitiría vencer anticipadamente el préstamo ante el impago de una serie de cuotas (i) menor a las que autorizan hoy a resolver por impago (art. 24 LCCI); (ii) que evidenciasen, junto con otros elementos de los que ahora no me corresponde ocuparme, el deterioro de la situación financiera del prestatario y el riesgo para el prestamista de ver incumplido definitivamente su derecho de crédito; y (iii) que razonablemente autorizasen al predisponente a ejecutar la garantía hipotecaria. Con estos mimbres, quizás tendría sentido una interpretación integradora que identificase que la voluntad presunta de los contratantes habría pasado por permitir el vencimiento anticipado del préstamo ante el impago de 5 o 6 plazos mensuales, si el retraso se produce en la primera mitad del préstamo, o de 7 o 8 plazos mensuales, si se produce en la segunda.

Creo que —con la **STS, 1ª, 11.9.2019**— el Tribunal Supremo ha terminado adoptando un enfoque no demasiado distinto al aquí propuesto; ello a pesar de asumir la doctrina «*Kásler*» (solo cabe integrar el contrato, cuando no puede subsistir sin la cláusula anulada). Como he indicado, la sentencia conecta la posibilidad de subsistencia del contrato de préstamo hipotecario con su causa concreta para estimar que el negocio no puede pervivir sin la cláusula. Por proceder de este modo, la Sala 1ª termina recurriendo a la interpretación integradora del contrato, acaso de manera inconsciente. Una vez reconocida la imposibilidad de subsistencia del contrato sin la cláusula, plantea un ejercicio de integración en el que invita a analizar «cuántas mensualidades de han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor»; en este contexto declara que el artículo 24 LCCI «puede ser un elemento orientativo». Sin embargo, la no diferenciación entre resolución del contrato y vencimiento anticipado, que yo estimo conveniente, le lleva a proponer un ejercicio de interpretación integradora que se confunde con la norma precitada, esto es, que sitúa la voluntad hipotética de las partes en los estándares valorativos del artículo 24 LCCI. Con ello, y para los procesos de ejecución en curso, crea una pauta de interpretación integradora según la cual pueden continuar su tramitación aquellos procedimientos en que con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se diese por vencido el préstamo por aplicación de la cláusula nula y en que los impagos del deudor revistan la gravedad del artículo 24 LCCI (FD 8º [11]). Esta solución es, desde luego, respetuosa con una visión que no diferencie entre vencimiento anticipado y resolución, pero no se acomoda a la distinción entre ambas figuras que se permitía hasta la entrada en vigor de la LCCI y que obligaba a buscar la voluntad hipotética de las partes, según la buena fe objetiva, de otra forma.

d. Régimen de ineficacia total derivado de la imposibilidad de subsistencia

El estudio de la subsistencia del contrato a la luz de la causa concreta en Derecho español conduce a su régimen de ineficacia. He indicado que, cuando el contrato no puede subsistir sin la cláusula, por no poderse integrar, se produce su desnaturalización de acuerdo con la finalidad perseguida por las partes. Esto se identifica con una ausencia sobrevenida de causa²⁹⁶. Que no se pueda ya dar cumplimiento a la finalidad práctica perseguida por ambos contratantes (causa concreta) equivale a una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento (art. 1182 CC) que justifica su resolución, debido a la frustración del fin del contrato (art. 1124 CC). El ejercicio de la resolución depende de la esencialidad del incumplimiento, lo que tiene que ver con la idea de mantenimiento del contrato en lo posible (subsistencia)²⁹⁷.

La imposibilidad de mantener el contrato por la caída de su causa concreta equivale a una afección al sinalagma y sus exigencias estructurales. Inmediatamente surge la siguiente cuestión ¿Debe tenerse en cuenta el reparto, también sinalagmático, de riesgos entre las partes, dispensado por la autonomía de la voluntad o el propio ordenamiento²⁹⁸? Es decir, ¿se debe conceder aquí algún papel a si una parte tiene que soportar el riesgo de cumplir el contrato sin la cláusula abusiva y según el resultado de la integración? A mí me parece que no, porque si el criterio es que la posición individual de una parte no es relevante a la hora de enjuiciar la posibilidad de subsistencia del contrato, no cabe introducir después este elemento por la vía del reparto contractual de riesgos²⁹⁹. Con ello se simplifica además la operativa en sede de condiciones generales de la contratación y consumo. Y que sea así no deslegitima un ápice la interpretación integradora del contrato como instrumento a considerar con carácter previo a la decisión acerca de la subsistencia del contrato; con la interpretación integradora no se altera la inicial asignación de riesgos del contrato —que es la única relevante—, sino que precisamente se intenta mantener o recomponer esta, que no es lo mismo³⁰⁰.

Dicho esto, el régimen de ineficacia total del contrato derivado de la imposibilidad de subsistencia aquí estudiado se tiene que encarrillar a través de alguna vía que permita la impugnación del contrato por caída de su causa concreta. El error vicio y la resolución por incumplimiento se antojarían como instrumentos admisibles³⁰¹. No obstante, ambos conceden una facultad al perjudicado para el ejercicio de la acción que no se compadece bien con la estructura de ineficacia que plantea el ordenamiento en

²⁹⁶ Si bien canaliza después la ineficacia total del contrato a través de la rescisión por lesión, estima que la naturaleza jurídica de la ineficacia —refiriéndose, eso sí, al artículo 10.4 II LCU— se trata de un caso de falta de causa sobrevenida, ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, p. 459. Véase, también, ALBIEZ DOHRMANN, 1994, p. 96.

²⁹⁷ Otros autores han defendido que la conservación del contrato alcanza hasta donde no resulta posible alcanzar el fin práctico perseguido por las partes concretado en el objeto material del contrato; de tal suerte que se produce la nulidad total del contrato cuando el objeto principal resulta indeterminable (RUIZ MUÑOZ, 1993, pp. 138-139, 141-143). Esta aproximación resulta errónea, a mi entender, pues parte de la confusión, antes mencionada y de algún modo incentivada por la literalidad del Código civil, entre causa del contrato y objeto de cada prestación en los negocios sinalagmáticos; de nuevo, DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 231. Además, hay que reparar en que una aproximación que vincula la imposibilidad del objeto del contrato (arts. 1272, 1273 y 1460 CC) se enfrenta hoy al reproche de que la imposibilidad inicial no determina, por sí, la insatisfacción del interés del acreedor, que puede verse colmado por otras vías (MORALES MORENO, 2012, pp. 9-10).

²⁹⁸ MORALES MORENO, 1980, p. 669.

²⁹⁹ No obstante, GSELL, 2019, p. 755.

³⁰⁰ Cfr., PARRA LUCÁN, 2015, p. 18.

³⁰¹ MORALES MORENO, 1983, p. 1536.

sede de condiciones generales y consumo³⁰². Del mismo modo, recurrir a la nulidad por ausencia de causa (art. 1275 CC) parece tan evidente como contradictorio con una noción de causa concreta que no solo acoge la dimensión objetiva de esta. Creo que la ineficacia total del negocio, cuando no puede subsistir, por verse afectada la causa concreta, se debe canalizar a través del régimen de la imposibilidad sobrevenida por frustración del fin del contrato³⁰³, como causa de resolución³⁰⁴. En tal caso, la ineficacia opera de manera automática; y no parece descabellado pensar que el legislador haya reconocido aquí una modalidad *sui generis* de extinción automática de la relación por imposibilidad, cuya esencia sería similar a la resolución (arts. 9.2 y 10.1 LCGC; 83 TRLGDCU y 6.1 Directiva)³⁰⁵. Que la ineficacia se produzca automáticamente parece conforme con que el contrato no pueda subsistir. Y creo que la solución que planteo es también coherente con un enfoque objetivo de la idea de subsistencia y resulta compatible con la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo sobre la doctrina de la causa³⁰⁶. En últimas, no creo que se deba vincular la ineficacia global del contrato expuesta con la clásica doctrina de la *rebus sic stantibus*, la excesiva onerosidad o la base del negocio, doctrinas que en España se han asociado, con más o menos intensidad, a la teoría de la cláusula *rebus sic stantibus*³⁰⁷. Resulta necesario trazar los lindes entre estos remedios, que no son del todo evidentes.

En primer lugar, porque el enfoque objetivo no casa bien con teorías, como la de la excesiva onerosidad («*hardship*»), que hacen descansar en una de las partes la decisión sobre el mantenimiento del contrato (cfr. art. 6.2.2 UNIDROIT)³⁰⁸. Esta aproximación podía tener sentido cuando el ordenamiento aún reconocía la «inequidad» como supuesto para la nulidad total³⁰⁹, pero no hoy. Además, cualquier valoración inherente a la excesiva onerosidad no es insensible a la cuestión sobre la distribución del riesgo entre las partes³¹⁰ que no rige del todo en materia de consumo y condiciones generales.

Si lo que se pretende es incluir aquí la teoría alemana de la base del negocio, cuyo fundamento es evidentemente objetivo (§ 313 BGB), esta solución se enfrenta al reproche de que en el espíritu de la legislación sobre condiciones generales y consumo no parece hallarse la posibilidad (adicional) de mantener el contrato mediante una adaptación o renegociación del mismo³¹¹. En efecto, reconocer la

³⁰² Cfr., PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2004, pp. 217-218.

³⁰³ De manera algo contradictoria con sus propias tesis, RUIZ MUÑOZ estima —bajo el artículo 10.4 II LCU— que la nulidad total exige que se dé al traste con el fin del contrato, es decir, que se distorsione la relación de equivalencia contractual de manera grave; lo que relaciona, de nuevo, con el objeto del contrato y la imposibilidad inicial (y ahí es donde discrepo) (1993, pp. 277-278).

³⁰⁴ CLEMENTE MEORO, 1998, p. 443. También, CARRASCO PERERA, 2017, p. 163.

³⁰⁵ En este sentido, el artículo 11.4 LCCI prevé un supuesto similar a la imposibilidad que faculta al prestamista a resolver, rescindir o modificar ulteriormente el contrato de préstamo cuando se demuestre que el prestatario ha ocultado o falsificado conscientemente la información relativa a su solvencia.

Sobre si la imposibilidad sobrevenida no imputable, siendo causa de resolución, actúa de forma automática o por voluntad de una parte, véase SAN MIGUEL PRADERA, 2004, pp. 142-162.

Contrario a una resolución automática, aun en el caso de imposibilidad sobrevenida, PANTALEÓN PRIETO, 1993, p. 1731.

³⁰⁶ Así, la STS 19.6.2009, citada críticamente por CARRASCO PERERA, 2017, pp. 157-158.

³⁰⁷ Su fundamento moderno entre nosotros parece recogerse en las SSTs, 1ª, 30.6.2014 (MP: Orduña Moreno; RJ 3526/2014); y 15.10.2014 (MP: Orduña Moreno; RJ 6129/2014).

³⁰⁸ SALVADOR CODERCH, 2009, pp. 30-32.

³⁰⁹ PAGADOR LÓPEZ, 1999, p. 712; SARAZÁ JIMENA, 1994, p. 52.

³¹⁰ PARRA LUCÁN, 2015, p. 18; SALVADOR CODERCH, 2009, pp. 27-29.

³¹¹ No obstante, véase, PAGADOR LÓPEZ, 1999, p. 708, 714 y 715.

posibilidad de aplicar aquí la doctrina de la base del negocio, conduciría a reconocer también la posibilidad de revisión del contrato (cfr. art. 1213 PM 2009). Solución esta que prácticamente vaciaría de contenido los artículos 9.2 y 10.1 LCGC, 83 TRLLGDCU y 6.1 Directiva, en cuanto que prevén la ineficacia global del contrato; pero difícilmente podría pensarse en que el contrato no pudiese subsistir tras su adaptación³¹². En el rechazo a la doctrina de la base del negocio es donde se aprecia también la idoneidad de la interpretación integradora del contrato como mecanismo tendente a la conservación de este, pues esta solo alcanza virtualidad cuando es capaz de llegar a una regulación contractual acorde a los derechos y obligaciones que se deducen de la propia naturaleza del contrato en cuestión³¹³. Distinto es que el TJUE termine aceptando esta posibilidad de adaptación del contrato mediante la base del negocio, como consecuencia de «Kásler» y su interpretación restrictiva respecto a la integración del contrato que, en realidad, prescinde de un verdadero enfoque objetivo al evaluar la subsistencia. Una cuestión prejudicial me parece aquí necesaria.

También se debe rechazar la aproximación que asociaba el régimen de ineficacia total del contrato con la rescisión por lesión³¹⁴; primero, porque ello podía tener sentido en un ordenamiento que aún conservaba referencias a la situación inequitativa para un contratante, pero no en uno que las ha eliminado por completo; a ello se suma que la lesión presupone un daño irrogado a una parte que el ordenamiento estima digna de protección, como consecuencia de la celebración de un contrato válidamente celebrado (art. 1290 CC); en ese caso, el contrato es «el daño». Esta tesis solo se compadecería con una visión *ius canonista* de la causa³¹⁵ que el ordenamiento español no ampara, como regla general (art. 1293 CC)³¹⁶.

e. De regreso a «Canal Satélite Digital»

Comencé este apartado refiriéndome al caso Canal Satélite Digital. Merece la pena regresar a él y valorar el fallo de la Audiencia y la Sala 1ª. Tal como lo veo, la Audiencia rechaza la restitución de las rentas abonadas por los usuarios en concepto de arrendamiento del descodificador echando mano de la interpretación integradora del contrato, porque —como ella misma indica— el terminal era necesario (condición de posibilidad) para el visionado de los contenidos suministrados; no así su arrendamiento³¹⁷. La expulsión de la cláusula que imponía al adherente arrendar el descodificador origina una laguna en la reglamentación contractual, que obliga a integrar (FD. 5º), pues la cesión pactada del uso oneroso de uno de los elementos necesarios para la ejecución del contrato (el terminal)

³¹² En este sentido, ULMER, 1982, p. 1130.

En contra, LÖWE, 1982, p. 154.

³¹³ Cfr., CANARIS, 1996, p. 1115.

³¹⁴ Defendida por ALFARO ÁGUILA-REAL, 1991, pp. 459-461. Pero hay que advertir que este autor argumenta únicamente con el artículo 10.4 II LCU que hablaba de una ineficacia fundamentada en una situación inequitativa.

³¹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, 1967, párr. 220.

³¹⁶ Como indiqué, las interpretaciones que adaptan el criterio (alemán) de la «inaceptable severidad» al enfoque objetivo sobre la base de que el perjuicio excesivo de uno equivale al beneficio excesivo del otro requieren de algo más que la desproporción entre las prestaciones de las partes para poder entender desnaturalizado el contrato por completo; y no caer en una mera desnaturalización por *laesio enormis* que tampoco el ordenamiento español recoge, como regla general. Véase, *Supra* 3.4.c (iii).

³¹⁷ Cuando afirma: «*tampoco se pone en duda que las operadoras puedan ceder los equipos descodificadores en régimen de arrendamiento o en virtud del título que estimen más oportuno si así lo desean y aceptan los abonados, lo que se censura es que se imponga la contratación del arrendamiento de los descodificadores o, dicho de otro modo, que no se pueda contratar el servicio si no se arrienda el descodificador*» (FD 3º).

deja de encontrar sustento en el clausulado. En realidad, la renta cobrada por el arrendamiento del descodificador era parte integrante del precio por la prestación del servicio; siendo estimable que, de haberse producido la cesión gratuita del aparato, el precio del contrato hubiera reflejado el uso del descodificador propiedad de la predisponente, incrementándose³¹⁸. Las cosas son mucho más sencillas, si se advierte que la solución que alcanza la Audiencia es producto de la interpretación integradora del contrato. Dado que el contrato precisaba, para su adecuada ejecución, un descodificador de imágenes, dos contratantes leales y honestos actuando de acuerdo a la buena fe objetiva habrían pactado que fuese el prestador de servicios quien proporcionase al cliente el descodificador en régimen de arrendamiento, toda vez que aquel está —por razón de su actividad y posición en el mercado— en mejores condiciones que el usuario de obtener uno a un precio competitivo (por lo menos, en el momento temporal en que se celebró el contrato, donde ni la televisión digital ni el uso de estos aparatos estaba tan extendido). Esta es, a mi juicio, la verdadera explicación detrás de la limitación de los efectos restitutorios de la declaración de nulidad de la cláusula controvertida.

Así se advierte lo inadecuado del razonamiento de la Sala 1ª, que identifica como aplicable al caso el sistema restitutorio para la nulidad del contrato (arts. 1303 y ss. CC), para después rechazar la restitución de cantidades apoyándose en la ausencia de enriquecimiento injustificado. En primer lugar, porque la restitución de prestaciones derivada de la nulidad contractual ni responde ni se fundamenta en la necesidad de conjurar el enriquecimiento injustificado de una parte a costa de la otra. Y, en segundo lugar, porque si se acepta que resulta aplicable el sistema restitutorio de la nulidad contractual, la razón por la que no se restituye reside, desde un punto de vista dogmático, en que las cláusulas anuladas amparaban una cesión onerosa del uso (arrendamiento del terminal), siendo el uso el objeto primario de restitución. Al no ser este uso restituible *in natura*, se estima entonces que el valor del mismo se corresponde con la renta periódica de alquiler que ha ido satisfaciendo el abonado (art. 1307 CC). En realidad, esta idea es la que subyace tras el fallo del Tribunal Supremo, si se tiene presente el inciso final de su argumentación (FD 9º).

Bajo esta óptica —y resultando innegable el hecho del uso del decodificador por parte de los usuarios— la única vía que permitiría la restitución de las cantidades abonadas en concepto de arrendamiento del terminal sería comprobar si la declaración de nulidad de las cláusulas controvertidas afectó a la onerosidad de la cesión del uso; si se entiende que la cesión del uso habría sido onerosa en cualquier caso, se podrá llegar a una solución como la alcanzada por el la Sala 1ª y la Audiencia. Trataré de explicarme. La clave estribaría en determinar si la nulidad de la cláusula que imponía al usuario el arrendamiento del descodificador de CSD puede tener como consecuencia que la cesión del uso sea gratuita. Pues bien, si disponer de un aparato descodificador constituía una condición de posibilidad para el contrato principal, no me parece que se pueda concluir, sin más, que la nulidad de estas cláusulas permita convertir su arrendamiento impuesto en una cesión gratuita de uso. Como he indicado, el predisponente en ningún caso habría cedido el uso a título gratuito, existiendo muchos visos para augurar que habría repercutido la cesión del uso al precio mensual cobrado por el servicio de suministro de contenidos. De todas formas, habría que estar a los usos del tráfico concreto (si se

³¹⁸ A este respecto, véase la STS, 1ª, 23.1.2019, (MP: Sarazá Jimena, RJ 2019/114), que ha declarado la transparencia de la cláusula que establece la comisión de apertura en contratos de préstamo hipotecario. En concreto, el Pleno de la Sala 1ª (FD 3º [9], [10] y [11]) considera que, en un contrato de préstamo, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo, sino que forma parte de este. De este modo, no se estaría propiamente ante la repercusión de un gasto, como ante el cobro de una partida que el banco pone a sus servicios.

realizan campañas de captación de clientela que exoneran del pago por el uso del descodificador³¹⁹) y a la concreta situación del mercado que existía en aquel momento.

f. La interpretación integradora y la restitución

De estos casos se infiere que la interpretación integradora puede desempeñar un papel relevante en Derecho español a la hora de limitar los efectos restitutorios derivados de la ineficacia de una condición general de la contratación en contratos con consumidores. Según lo expuesto, se trata de determinar, una vez eliminada la cláusula del contrato, si las atribuciones patrimoniales realizadas por el cliente consumidor, en aplicación de esta, se corresponderían con la voluntad presunta de las partes, atendiendo a la buena fe objetiva. Obsérvese que aquí aparece un paralelismo entre la buena fe objetiva que preside la interpretación integradora del contrato (art. 1258 CC) con la buena fe objetiva que nos informa acerca del desequilibrio de una cláusula y que, en últimas, ayuda a decidir acerca de su abusividad (art. 82.1 TRLGDCU). A través de la interpretación integradora, así aplicada, se limitan los efectos restitutorios que se producirían en abrupto. Pero repárese que ello no equivale a convalidar la cláusula, porque esta se elimina a futuro. Simplemente consiste en rellenar la laguna que surge en la regulación, respecto lo pagado, en un ejercicio que termina teniendo consecuencias restitutorias. Y hay que advertir también que esta operación, que de facto limita la restitución, impide que el contrato perezca o, por mejor decir, permite su subsistencia, en tanto que la causa concreta de este no se ve afectada. Creo que esta solución es más acorde con la Directiva³²⁰.

En el caso resuelto por la **SAP León, 1ª, 11.7.2018**³²¹ es claro. Se trataba de una cláusula que imponía al consumidor prestatario, en un contrato de préstamo hipotecario, el pago de una prima única anticipada para la contratación de un seguro vinculado de amortización del crédito por fallecimiento, como garantía de la entidad prestamista y el prestatario. El pago único de la prima se realizó al inicio del contrato, detrayendo del importe principal prestado una cantidad algo mayor de 8.000 euros. La cláusula que imponía el aseguramiento y el pago de la prima fue declarada intransparente, por no informar de que durante toda la vida del préstamo se afrontaría el coste financiero de una parte del capital formalmente prestado que no se recibía materialmente. En consecuencia, el prestatario reclamaba la devolución de la totalidad de la cantidad detrída del préstamo en concepto de prima. La Audiencia aceptó esta pretensión en aplicación del artículo 1303 CC, pero redujo de la restitución de la prima la porción proporcional al tiempo en que el seguro había operado, que califica de «consumida». Bien miradas las cosas, lo que hace la Audiencia, sin decirlo, es interpretar integradoramente el contrato. La nulidad de la cláusula de aseguramiento vinculado produce una laguna respecto a la cantidad detrída como prima única del seguro. En realidad, la prima formaba parte del precio del contrato; a cambio de ella se recibía una contraprestación consistente en cubrir en su caso la contingencia asegurada (el riesgo es la causa en el contrato de seguro; art. 4 LCS). Así pues, dos

³¹⁹ Y en el caso de que se considerase que la nulidad de las cláusulas convirtiese, de por sí, a la cesión del uso en gratuita, creo que la restitución tendría en cuenta la depreciación del terminal cedido, que debería asumir, como gasto, el cliente (cfr. arts. 481 y 1743 CC).

³²⁰ Ya fue sugerida, ciertamente, por BASOZABAL ARRUE, 2004, pp. 26-28. Este autor, refiriéndose a la integración con Derecho dispositivo, considera que «la pretendida restitución de lo entregado en virtud de una cláusula nula no puede ignorar la integración de la parte del contrato afectada por la nulidad». Recientemente la acoge, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, pp. 177-179.

³²¹ MP: Rodríguez López, JUR 2018/282786.

contratantes leales y honestos, actuando de buena fe al momento de contratar, habrían convenido que correspondía al prestatario abonar el coste de su aseguramiento³²².

No se me escapa que el TJUE ya ha conectado, hasta en tres ocasiones, el principio de no vinculación (art. 6.1 Directiva) con la «*restitución de los beneficios obtenidos indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor*» en virtud de la cláusula de que se tratase³²³. Y lo ha hecho en supuestos de falta de transparencia de cláusulas que, sin duda, afectaban a la causa concreta del contrato (cláusula del diferencial en préstamos referenciados a moneda extranjera; y cláusula suelo, como límite a la variabilidad del tipo de interés). Para fundamentar sus resoluciones, el TJUE se ha visto obligado a excepcionar (o, cuanto menos, matizar) el principio de que corresponde a los Estados miembros, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se materializan los efectos derivados de la nulidad de una cláusula, pese a que es pacífico que esta materia no está armonizada³²⁴. A mi parecer, la razón de ser de esta jurisprudencia descansa en haber declarado antes la excepcionalidad de la integración del contrato («*Kásler*»), en lugar de haberla admitido, como instrumento posible y natural a la hora de determinar las consecuencias derivadas de la nulidad de una cláusula, antes de realizar cualquier examen sobre la subsistencia³²⁵. Como no lo ha hecho, y ha optado por una solución de todo-nada, no le queda más que imponer la restitución en todo caso. Pero no está claro que esta solución sea enteramente conforme con la Directiva y no merezca en el futuro una revisión o matización por el TJUE.

g. Epílogo: la cláusula suelo, la cláusula multidivisa y la cláusula IRPH

El recorrido por la interpretación integradora —desde la no vinculación y con la subsistencia del contrato, como contrapunto— me permite analizar, a modo de epílogo, tres casos muy controvertidos en la jurisprudencia reciente de la Sala 1ª del Tribunal Supremo. En ellos, se ventiló en últimas la cuestión acerca de la restitución de cantidades derivada de una cláusula, por lo que permiten poner en práctica las ideas expuestas.

En primer lugar, estudiaré las cláusulas suelo, tras la **STS, 1ª, 9.5.2013**³²⁶. Hay que advertir que, sin el malentendido que supuso «*Banco español de crédito*», ya mencionado, no se comprenden los reparos de la Sala 1ª para excluir tajantemente la «integración y reconstrucción equitativa del contrato» (párr. 273), sobre la base de aquella resolución. No parece ilógico aventurar que, en el caso particular de las cláusulas suelo, el BGH habría alcanzado una solución muy similar a la que llegó la Sala 1ª del Tribunal Supremo en mayo de 2013. Eso sí, la vía técnico-jurídica para ello habría sido, sin duda, otra. La limitación en el tiempo de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo que efectuó la Sala 1ª —teniendo presentes las consecuencias económicas— se correspondió, más bien, con una interpretación integradora del contrato de préstamo hipotecario, antes que con una exégesis del artículo 1303 CC³²⁷. Me explicaré. Creo que la razón de ser de limitar en el tiempo los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo se basaron en que la buena fe objetiva y la

³²² No obstante, véase, refiriéndose a casos similares, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, p. 145.

³²³ SSTJUE 21.12.2016, «*Gutiérrez Naranjo*», párr. 66; 31.5.2018, c-483/16, «*Sziber*», párr. 34, 53, 54 (ECLI:EU:C:2018:367); y 14.3.2018, «*Dunai*», párr. 44.

³²⁴ *Supra* 3.3 y 3.4.f.

³²⁵ Se ha propuesto, como segunda excepción a la no integración, el caso en que las cantidades a pagar resultan ser crédito de un tercero, a propósito de la cláusula de gastos, CARRASCO PERERA, 2018, p. 4.

³²⁶ (MP: Gimeno Bayón Cobos; RJ 2013\3088.

³²⁷ Véase, PANTALEÓN PRIETO / GUILARTE GUTIÉRREZ, 2017. Cfr., MICKLITZ/REICH, 2014., p. 793.

voluntad hipotética de las partes que suscriben un préstamo a tipo de interés variable no podría conducir a un escenario donde, en muchas de las liquidaciones, la remuneración por la cesión del uso del dinero rondase el cero o fuese, incluso, negativa; es decir, convirtiendo el préstamo en una especie de comodato; salvo que se diga que el Derecho no protege la obtención de lucros (ni la cobertura de costes) y que el artículo 1755 CC es hoy una disposición razonable. Como digo, el problema radicó en la fundamentación jurídica utilizada por el Tribunal Supremo: la referencia, casi refleja³²⁸, al sistema restitutorio previsto para la nulidad contractual general explica la perplejidad y crítica generalizada con que la doctrina acogió este pronunciamiento³²⁹, al considerarlo incompatible con la *restitutio in integrum*. En efecto, las reticencias hacia la sentencia no se comprenden sin el prejuicio dogmático consistente en que la nulidad obliga a restituir íntegramente todo aquello que hubiere sido materia del contrato³³⁰, soslayando la necesidad de dotar a la restitución integral *ex* artículo 1303 CC —y los que le siguen— de un significado más profundo que tiene en cuenta el reparto de riesgos contractuales³³¹.

Como ya se ha apuntado, la verdadera *restitutio in integrum* —o reintegración del estado anterior— consiste, para el Derecho de consumo, en tratar de restaurar la situación equilibrada que habría tenido lugar entre las partes del contrato de no haberse incluido la cláusula abusiva o intransparente, para compensar la más débil posición del consumidor³³².

El segundo lugar corresponde a los casos de contratos de «hipoteca multidivisa» cuyas cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar ha sido declarada intransparente, en muchos casos, por no informar el predisponente sobre los riesgos asociados a dichas cláusulas. La **STS, 1ª, 15.11.2017**³³³ es paradigmática. En ella, tras declarar la falta de transparencia de las mencionadas cláusulas, la Sala 1ª ordena sustituir la cláusula en la que aparece el importe del préstamo en divisa por el mecanismo de cambio en euros, régimen que estaba previsto en el contrato; para esta operación tiene en cuenta lo dispuesto en el artículo 1170 CC. Con este proceder el contrato de préstamo *subsiste*. En realidad, lo que hace la Sala es interpretar integradoramente el contrato —lo que, en este caso, era bastante sencillo— sin descuidar, formalmente eso sí, la doctrina «Kásler» (párr. 53 a 55)³³⁴. De este modo, el contrato subsiste y se reconvierte en un préstamo hipotecario en euros, pero sin que se restituyan las cantidades abonadas en exceso a consecuencia de apreciación de la divisa. Lo pagado por los prestatarios queda, pagado; y el eventual exceso se compensa con el capital pendiente de amortización, imputándose según el régimen de amortización previsto en el contrato (cfr. art. 1173 CC).

³²⁸ Véase el párr. 283 STS, 1ª, 9.5.2013 (RJ 2013/3088, MP: Gimeno Bayón Cobos), donde el Tribunal Supremo asume, sin apenas reflexión, que el régimen restitutorio aplicable es el ofrecido por el artículo 1303 CC y el dogma clásico de que lo nulo no puede producir efecto alguno.

³²⁹ Al respecto, VENDRELL CERVANTES, 2018, p. 392.

³³⁰ ALFARO ÁGUILA-REAL, 2016, sec. I; CÁMARA LAPUENTE, 2016, pp. 4-5; CAÑIZARES LASO, 2016, p. 112; MIQUEL GONZÁLEZ, 2013, p. 249; MORENO GARCÍA, 2015, pp. 132-143; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2013, sec. III; PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2017, pp. 178-187. Otros autores consideraron que la decisión de la Sala 1ª de limitar los efectos podría constituir conculcar la prohibición de una interpretación *contra legem* del Derecho nacional sobre la base del Derecho europeo (ELIZALDE IBARBIA, 2015, p. 187).

³³¹ Esto explica que el artículo 1303 CC no se aplique en esta sede: *infra* 3.5.a.

³³² *Supra* 3.4.b (iv).

³³³ MP: Sarazá Jimena, RJ 2017/4730.

³³⁴ Comparte sustancialmente esta valoración, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2019, p. 177, 218-219.

El tercer supuesto es uno de futuro pronunciamiento por parte del TJUE. Se trata de la **cláusula «IRPH»**, que referencia el tipo de interés remuneratorio en un préstamo hipotecario pactado a interés variable al índice IRPH, y no al EURIBOR. De la evolución comparativa de ambos índices ha resultado que el Euribor se ha comportado mejor para los consumidores, es decir, que el IRPH ha determinado el abono de mayores intereses por los prestatarios consumidores de los que habrían pagado si su préstamo a interés variable hubiera referenciado al EURIBOR³⁵⁵. Se han elevado dos cuestiones prejudiciales al TJUE que — aun versando principalmente sobre la transparencia de la cláusula de interés variable referenciado al IRPH— incluyen una pregunta final acerca de las consecuencias de una eventual declaración de nulidad de dicha cláusula³⁵⁶. En ambas, se plantea la posibilidad de —una vez declarada la nulidad de la cláusula— integrar el contrato con la aplicación de cualquier otro índice de referencia (por ejemplo, el EURIBOR), en sustitución del anulado; y si ello sería conforme con el artículo 6.1 Directiva. En particular, destaca la alternatividad que plantea el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona³⁵⁷ entre (i) integrar el contrato, aplicando un índice sustitutorio del IRPH, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad; o (ii) dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario. Teniendo en cuenta lo expuesto hasta ahora, no tengo ninguna duda de la conveniencia de recurrir a la interpretación integradora del contrato, para el caso en que se declare la nulidad de la cláusula que referencia el tipo de interés variable al IRPH. De llegarse a tal punto, la interpretación integradora arrojaría una solución tal que —una vez anulada la cláusula de referencia del tipo de interés al IRPH— dos contratantes leales y honestos, actuando con arreglo a la buena fe objetiva, que hubiesen celebrado un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable habrían partido, valga la redundancia, de la variabilidad de este. Siendo esto así, la solución no puede consistir en devolver las cantidades pagadas en aplicación de la cláusula hasta convertir el préstamo en un mutuo³⁵⁸; tampoco en acudir directamente a otro índice variable del que nada se ha dicho acerca de su eventual falta de transparencia (como el Euribor). La salida creo que pasa por entender que la voluntad hipotética de las partes consistía en celebrar un contrato a tipo de interés variable, como el que recogieron los pagos realizados, si aquel reflejaba realmente una magnitud económicamente admitida por el Banco de España con la que el prestamista podía percibir un beneficio por la inversión; por más que, después, referenciar cláusulas a ese índice se reputase intransparente, que es otra cuestión. Y es que del Euribor no tenemos constancia de que sea transparente; solo de que durante los últimos años se ha comportado mejor que el IRPH para el prestatario, pero de ahí no se puede extraer la voluntad hipotética de las partes a su favor.

3.5. El régimen restitutorio aplicable tras la declaración de nulidad de una cláusula

He indicado que la interpretación integradora es el instrumento a considerar en primer lugar, cuando la expulsión de una cláusula del contrato origina una laguna. En el plano restitutorio, el recurso a la

³⁵⁵ La STS, 1ª, 14.12.2017 (MP: Vela Torres; RJ 2017/5167) ha considerado que la cláusula que referencia el tipo de interés variable al índice IRPH supera el control de transparencia.

³⁵⁶ Se trata de las peticiones de decisión prejudicial presentadas por el JPI de Barcelona 16.2.2018, C-125/18, «Gómez del Moral Guasch»; y de Reus 30.5.2018, C-352/18, «Cardus Suárez».

Recientemente, en sus Conclusiones Generales de 10.9.2019 (Asunto C-125/18, «Gómez del Moral»), el Abogado General Maciej Szpunar considera (párr. 110-124) que la cláusula IRPH cumple la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva. Como consecuencia de esta respuesta, el Abogado General ha omitido pronunciarse sobre las consecuencias que se derivarían de la declaración del carácter abusivo de la cláusula IRPH (párr. 128).

³⁵⁷ *Supra* nota anterior.

³⁵⁸ Ello supondría, de hecho, una sanción al predisponente, similar a la prevista para la causa torpe (art. 1306 CC) que, a mi entender, no juega aquí. Cfr., no obstante, CARRASCO PERERA, 2018, p. 2.

interpretación integradora tiene efectos sobre la restitución de cantidades, pues la limita cuando se llega a la conclusión de que la voluntad presunta de las partes se compadece con las atribuciones patrimoniales realizadas según la buena fe objetiva (art. 1258 CC). Sin embargo, en otros supuestos, la interpretación integradora no conducirá a un resultado limitativo de la restitución de cantidades, sino que la confirmará. Ello ocurrirá cuando la cláusula que justificaba los pagos a favor del empresario sea declarada abusiva por generar un desequilibrio importante contrario a las exigencias de la buena fe (art. 82.1 TRLGDCU) y la integración de la laguna resultante merced a la interpretación integradora confirme este extremo; es decir, que correspondía al predisponente soportar ese pago, de acuerdo con la voluntad presunta de las partes deducida de los elementos del contrato —que como ya se vio, en esta sede son más escasos— y la buena fe objetiva. En particular, se darán estas situaciones, cuando la cláusula anulada únicamente amparase la realización de uno o varios pagos puntuales a soportar por el adherente. Este tipo de cláusulas no suelen resultar determinantes para el contrato (subsistencia y causa concreta), si bien propician que el consumidor pague cantidades de manera abusiva. Los ejemplos son bastante abundantes y existe copiosa jurisprudencia al respecto. Así, en el caso de cláusulas que imponen al adherente el pago de un tributo, de una comisión inicial de entrada o una comisión de terminación³³⁹.

La nulidad de este tipo de cláusulas donde la interpretación integradora no corrige la restitución, sino que la confirma, coloca en primer plano a la restitución de prestaciones. A pesar de la doctrina reciente del TJUE, creo que el artículo 6.1 Directiva —y, en particular, la idea de «no vinculación»— no prevé directamente la adaptación de la situación patrimonial a las exigencias legales surgidas tras la declaración de nulidad de la cláusula, esto es, la **restitución**³⁴⁰; institución que garantiza mucho más de lo realmente pretendido por aquel precepto³⁴¹. Que esto sea así no empece para que no exista una «*communis opinio*» restitutoria; un consenso europeo en torno a la idea de que —tras la anulación de una condición general de la contratación que amparó la realización de pagos— existe un deber de restituir. Este consenso, que constituiría casi un principio común compartido por los ordenamientos de los Estados miembros bien se puede deducir del propio artículo 6.1 Directiva. Pero se debe concretar, «*lege (y Directiva) data*», dejando a los Estados el margen de apreciación necesario para su sistema jurídico³⁴², sin perder de vista con los objetivos tuitivos de la Directiva³⁴³. En nuestro caso, ello empuja

³³⁹ Así, la cláusula que permitía al predisponente en un contrato de swap repercutir al adherente los gastos de la resolución anticipada del contrato (**SAP Alicante, Sec. 8ª, 4.5.2011**; MP: Soriano Guzmán, AC 2011\1403); la cláusula de los gastos de emisión de la tarjeta de embarque por una compañía aérea (**STS, 1ª, 12.12.2011**; MP: Ferrándiz Gabriel, RJ 2012\37); la cláusula que imponía al viajero la obligación de acudir al aeropuerto con la tarjeta de embarque para poder viajar so pena de sufrir una penalización de 40 euros si necesitara reimprimirla en el mostrador de facturación por el personal de la compañía (**SJMer, 1, Barcelona 10.1.2010**; MP: Córdoba Ardao; AC 2011\7); o la cláusula relativa a las comisiones por devolución de efectos (**STS, 1ª, 23.6.2008**; MP: Ferrándiz Gabriel, RJ 2008/3228).

³⁴⁰ Lo más que, a mi entender, se desprende del artículo 6.1 Directiva es la necesaria interpretación de la idea de subsistencia del contrato —a que se ha tratado de dar sentido en este apartado—, que necesariamente obliga a conceder protagonismo a la interpretación integradora del contrato, como paso intermedio antes de decidir sobre la subsistencia y que, de hecho, puede tener efecto restitutorio, como se ha visto.

³⁴¹ Conclusiones Abogada General Trstenjak 6.12.2011 en «*Invitel*» (C/472/10), párr. 74.

³⁴² En este sentido, y para la institución jurídica de la prescripción, como limitación en el tiempo del ejercicio de un derecho y como principio común compartido por los ordenamientos europeos, véanse las Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 21.11.2007 en «*Hamilton v. Vllksbank Filder eG*», Asunto C-412/06, párr. 24.

³⁴³ Sobre la tensión entre la restitución gobernada por el Derecho nacional, su limitación a través de la prescripción por parte de los tribunales alemanes y la consecución de los objetivos de la Directiva, véase MICKLITZ/REICH, 2014, pp. 796-798.

a mirar al Derecho privado español y a las soluciones que verdaderamente sea capaz de ofrecer, hoy por hoy, ante el interrogante de cuál es el régimen restitutorio aplicable a la nulidad de una cláusula que auspició determinados pagos, una vez se determina la obligación de restitución. A continuación, exploraré tres vías distintas a este respecto.

a. La no aplicación del sistema restitutorio previsto para la nulidad del contrato

La restitución derivada de la declaración de nulidad de una cláusula que no forma parte ni determina el objeto principal del contrato no se conjuga a través del sistema restitutorio ideado para la nulidad del contrato (artículos 1303 y ss. CC)³⁴⁴. La regla restitutoria general prevista para la nulidad (art. 1303 CC) no se entiende sin el sistema español traslativo de la propiedad —basado en un negocio real (*traditio*) vinculado a una *iusta causa* (título)—donde la sola anulación no tiene efectos reales inmediatos, siendo necesaria la restitución para la readquisición efectiva de la propiedad por el transmitente³⁴⁵. Para esta readquisición, el Código reconoce una relación obligatoria restitutoria que parte del contrato anulado y su reparto sinalagmático de riesgos; no de la ley. Por ello, parece incorrecta la —tan extendida como poco criticada³⁴⁶— tesis de que, ante la nulidad del contrato, la restitución opera sin necesidad de petición expresa, «*por cuanto nace de la ley*»³⁴⁷. Así, el sistema restitutorio del artículo 1303 CC es adecuado cuando la nulidad afecta a una prestación principal del contrato³⁴⁸ (causa concreta) que impide su subsistencia; y sin poderse mantener³⁴⁹, gracias a la interpretación integradora. Por similares razones, tampoco parece extrapolable este sistema restitutorio a aquellos contratos no traslativos de la propiedad, donde la prestación principal consiste en la cesión del uso no restituible *in natura* (arts. 1307 y 1314 I CC): no se puede aislar la cláusula del contrato en que se inserta (y su sistema de riesgos), como si se tratase de una relación obligatoria completa. Ello explica que, ante la ineficacia de una cláusula, no se den los requisitos para recurrir al sistema restitutorio previsto para la nulidad contractual, ni siquiera con el argumento de que la cláusula ha impuesto obligaciones a ambas partes³⁵⁰. A lo anterior se añade que, si se aplicase el régimen derivado de la nulidad del contrato en términos estrictos y tal como lo entiende hoy el Tribunal Supremo, la restitución de cantidades operaría *ex lege*, sin necesidad de petición expresa; lo que tampoco casa bien con un sistema que impone al actor que solicita la

También la STJUE 21.11.2002, Asunto C-473/00, «Cofidis», párr. 35-37, sobre la fijación de un límite de tiempo en el Derecho nacional transcurrido el cual el juez no pueda apreciar el carácter abusivo de una cláusula.

³⁴⁴ No obstante, la mayoría de la doctrina española defiende la aplicación indubitada del artículo 1303 CC. Así, CAÑIZARES LASO, 2016, p. 110; DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, 2017, pp. 201-205; GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2015, sec. II.3; ZUMAQUERO GIL, 2018, pp. 180-181, 186.

³⁴⁵ Se anticipan algunas ideas en, RUIZ ARRANZ, 2019, pp. 300-303.

³⁴⁶ Recientemente, por todos y con cita jurisprudencial, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2019, pp. 148-151. La considera discutible, CARRASCO PERERA, 2017, p. 685. Estima claramente que la restitución no es consecuencia inherente a la nulidad, MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 246.

³⁴⁷ Por todas, STS, 1ª, 11.2.2003, FD. 2º (MP: Corbal Fernández; RJ 2003/1004).

³⁴⁸ A mi juicio, resulta erróneo sostener, sin matiz, que la ineficacia de una cláusula contractual exige destruir sus consecuencias y borrar sus huellas, como si no hubiesen existido, ni las unas, ni las otras; y anclar esta idea en el artículo 1303 CC. La verdadera *restitutio in integrum* que permite el Derecho de consumo es recuperar el equilibrio que existiría si no se hubiese incluido una cláusula abusiva. Cfr., sin embargo, la STS, 1ª, 9.5.2013, párr. 283 (RJ 2013/3088, MP: Gimeno Bayón Cobos).

³⁴⁹ En similar sentido, MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, sec. II.1. Y para las cláusulas suelo, BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, pp. 175-179.

³⁵⁰ En distinto sentido, BASOZABAL ARRUE, 2004, p. 25.

cesación el ejercicio simultáneo de la acción de devolución de cantidades cobradas con ocasión de la cláusula (cfr. arts. 53 III TRLGDCU y 12.2 LCGC).

b. La no aplicación del Derecho de enriquecimiento injustificado

Si se recuerda, uno de los argumentos empleados por la Sala 1ª en «*Canal Satélite Digital*» para rechazar la restitución de las cantidades abonadas en concepto de arrendamiento del descodificador fue en que se había producido enriquecimiento injustificado por parte de la predisponente; en la medida en que los pagos consistieron la adecuada contraprestación por el uso del terminal. Se debe criticar este argumento³⁵¹, pero primero conviene aclarar **qué significa técnicamente restituir en la medida del enriquecimiento**. Una restitución en la medida del enriquecimiento busca corregir el aumento patrimonial efectivo que experimenta el obligado a restituir una cosa específica obtenida por medio de una *datio* y que el ordenamiento no faculta a retener, pero tampoco permite reivindicar³⁵². Cuando la cosa subsiste *in natura*, el enriquecimiento a restituir se corresponde con ella; cuando la restitución *in natura* no resulta posible, la restitución se corresponde con el incremento o decremento patrimonial subsistente³⁵³. Así entendida, donde realmente cobra todo su sentido la restitución por enriquecimiento es ante la pérdida de la cosa a restituir, pues se reduce la restitución a la medida del enriquecimiento, favoreciendo al deudor de la restitución³⁵⁴, frente a la otra opción posible: restituir en la medida del valor de la prestación³⁵⁵.

La restitución derivada de la nulidad contractual no viene presidida por una idea de enriquecimiento que autorice a sacar conclusiones en el terreno restitutorio (a salvo de la mitigación contenida en el artículo 1304 CC, para la restitución del incapaz; y de los artículos 1186, 1158, 1897 CC)³⁵⁶. Para el Derecho de contratos, el enriquecimiento no es más que una medida de la extensión restitutoria, aplicable en algunos supuestos excepcionales, pero que no admite configurarse como sistema general autónomo de restitución, a diferencia de las relaciones obligatorias legales a partir del contenido de atribución³⁵⁷. Siendo esto así, no cabe sostener que el régimen restitutorio derivado de la nulidad de una condición general de la contratación mantenga relación alguna con el enriquecimiento injustificado; régimen que, por hipótesis, presupone la realización de una atribución patrimonial en dinero por parte del consumidor, y que poco informa sobre la condición de enriquecido del predisponente.

Me parece que se puede atinar mejor el régimen restitutorio para estos casos, dotándolo de un fundamento dogmático susceptible de ser utilizado en la práctica. Ello me conduce a explorar el sistema del cobro de lo indebido, como modelo aplicable *de lege lata*, a la espera de que el legislador incorpore un sistema específico de restitución para estos casos.

³⁵¹ No obstante, lo comparten, BECH SERRAT, 2019, pp. 139-140; VENDRELL CERVANTES, 2017b, pp. 319-320.

³⁵² D'ORS PÉREZ-PEIX, 2002, pp. 57-58, 60, 64-63; JANSEN, 2016, p. 141.

³⁵³ D'ORS PÉREZ-PEIX, 2002, p. 57; LACRUZ BERDEJO, 1975, p. 504.

³⁵⁴ D'ORS PÉREZ-PEIX, 2002, pp. 59-60.

En Derecho alemán, se aprecia esta idea en el § 818.3 BGB, según el cual el deber de restitución cesa cuando el deudor de la restitución deje de estar *enriquecido*. La doctrina dominante asocia esta prebenda al *accipiens* de buena fe (VON CAEMMERER, 1954, p. 368; LARENZ/CANARIS, 1994, p. 258; LOEWENHEIM, 2007, pp. 18-19; WIELING, 2007, p. 7).

³⁵⁵ Véase, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, 1989, pp. 65, 67-68; y, sobre todo, CARRASCO PERERA, 1988, pp. 92-118.

³⁵⁶ En contra, BECH SERRAT, 2019, pp. 145-153, 168-181.

³⁵⁷ BASOZABAL ARRUE, 1998, pp. 68-88; VENDRELL CERVANTES, 2012, pp. 1129-1142.

c. *El régimen del cobro de lo indebido como modelo aplicable de lege lata*

Cuando la cláusula anulada no determina ni pone en riesgo la causa concreta del contrato (fin común de ambos), sino que simplemente amparó la realización de una atribución patrimonial en dinero, la restitución encuentra mejor acomodo en el sistema previsto para el cobro de lo indebido³⁵⁸. El cobro de lo indebido no se corresponde del todo con el enriquecimiento injustificado³⁵⁹, porque este régimen diferencia entre la buena o la mala fe del *accipiens* a la hora de regular la extensión de la restitución. En el caso de buena fe, la responsabilidad restitutoria es menor, precisamente porque se restituye en la medida del enriquecimiento (art. 1897 CC)³⁶⁰. Que este régimen no parezca el inicialmente pensado para actuar en sede de condiciones generales de la contratación no creo que sea obstáculo para proponer su aplicación analógica a este contexto; si además se tiene en cuenta que el pago puede haberse realizado por razón de una deuda existente que después se extingue («cosa que nunca se debió», en término del artículo 1901 CC) o haberse entregado mayor cantidad que la debida («*indebitum ex re*»³⁶¹), y que el concepto de pago se entiende en sentido amplio³⁶², lo que hoy debe comprender el predisuesto por una condición general³⁶³.

Recientemente, el Pleno de la Sala 1ª del TS ha afirmado que el efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 Directiva no es directamente reconducible al sistema restitutorio derivado de la nulidad del contrato (arts. 1303 y ss. CC), en supuestos de nulidad de la denominada «**cláusula de gastos**» en préstamos hipotecarios³⁶⁴. El motivo que aduce es que el artículo 1303 CC presupone la existencia de prestaciones recíprocas; situación que no concurre en estos supuestos. Esta idea —que, en lo esencial, comparto— conduce al Pleno a tipificar la situación como de «*enriquecimiento injusto*», para corregir desplazamientos patrimoniales inadecuados, y a vincularla, en últimas, con el pago de lo indebido. En particular, decide subsumir el supuesto bajo el artículo 1896 CC, para cuando el *accipiens* es de mala fe. Entiende que «*la calificación de la cláusula [de gastos] como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente*»; lo que conduce a que el banco tenga que restituir las cantidades abonadas por el cliente a terceros en aplicación de la cláusula anulada, junto con el interés legal. No deja de resultar sorprendente que el Pleno considere, sin más, que la declaración de abusividad de una cláusula contractual conduce a reputar al predisponente que la incluyó en el contrato como de *mala fe*, a los efectos del artículo 1896 CC. Como veremos, no es posible afirmar que cualquier inclusión de una

³⁵⁸ BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, pp. 180-184; Sobre la aplicación analógica del pago de lo indebido, cfr. MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019, sec. VI.

³⁵⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, 1989, p. 73; BECH SERRAT, 2019, pp. 123-138; LACRUZ BERDEJO, 1975, p. 503. En el mismo sentido, con matices, OROZCO MUÑOZ, 2015, pp. 62-63.

En contra, BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, p. 180. Véase también, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1987, pp. 112-113.

³⁶⁰ BASOZABAL ARRUE, 1998, p. 213.

³⁶¹ SANTOS BRIZ, 1984, p. 74. En este sentido, BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, pp. 178, 181, 183.

³⁶² SÁNCHEZ GÓMEZ, 2009, p. 2145.

³⁶³ La STS, 1ª, 3.11.2006, FD 6º (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2007/683) apunta en esta dirección cuando califica lo pagado por los consumidores en concepto de derechos de alta para el suministro del gas (cláusula reputada nula, por abusiva) de «*indebido y restituible*».

³⁶⁴ STS, 1ª, 19.12.2018, FD 2º [3] (MP: Vela Torres; RJ 2018/5455). Se trataba de un supuesto donde, tras la declaración de nulidad de la cláusula de gastos en un contrato de préstamo hipotecario, se solicitaba la restitución del interés legal, desde el momento en que los gastos fueron abonados. Las SSTs, 1ª, 23.1.2019, FD 4º [2] (MP: Sarazá Jimena, RJ 2019/11; MP: Vela Torres, RJ 2019/90, 91, 92 y 93) han confirmado la doctrina.

cláusula en un contrato de adhesión permite calificar al predisponente como de mala fe —a los efectos que se quieran—, si después esa cláusula resulta ser nula, por abusiva.

En las sentencias sobre «cláusula de gastos», el Pleno vincula la restitución derivada de la nulidad de una condición general de la contratación al **enriquecimiento injustificado**; y, acto seguido, acude a la regla del artículo 1896 CC. El artículo 1896 CC recoge una restitución en la medida del valor de la cosa, con frutos o intereses, similar a la contemplada en el artículo 1307 CC (o el artículo 645 CC). Esta restitución no es una restitución en la medida del enriquecimiento, como la prevista por el artículo 1897 CC, para cuando el *accipiens* es de buena fe y recibe cosa cierta y determinada³⁶⁵. En realidad, con la aplicación del artículo 1896 CC, el Pleno no recurre al enriquecimiento injustificado más que para explicar intuitivamente la necesidad de restituir³⁶⁶.

(i) El error en el pago como requisito

El intento de aplicación del sistema restitutorio propio del cobro de lo indebido hace saltar automáticamente el resorte del error en el pago como elemento del tipo que justifica la obligación de restituir. Esta es la principal razón por la cual se considera extraño recurrir al pago de lo indebido en supuestos restitutorios derivados de la nulidad de una cláusula predispuesta³⁶⁷. Sin embargo, se viene relativizando el error excusable a que alude el artículo 1895 CC, a fin de evitar que el *accipiens* retenga aquello que no le corresponde por la sola impericia del que yerra³⁶⁸. También desde atrás es pacífico que el artículo 1895 no distingue entre error de hecho y de derecho³⁶⁹, lo que significa que deben tener cabida, en una interpretación generosa del precepto acorde con los tiempos (art. 3.1 CC), los casos donde el error se proyecta sobre la admisibilidad de una condición general de la contratación que después se reputa nula, por abusiva (error de derecho). Finalmente, no debe pasarse por alto que, si el demandante, que pagó indebidamente y reclama la restitución —en nuestro supuesto, el consumidor adherente— prueba el «*indebitum*», se presume el error (art. 1901 CC)³⁷⁰; y, probado el error, queda además acreditada la inexistencia de obligación (art. 1900 CC)³⁷¹. Hay entonces buenas razones para pensar que el «*indebitum*» se corresponde aquí con la nulidad, por abusiva, de la cláusula que justificaba la realización del pago: decretada la nulidad de la cláusula el pago admite ser considerado como erróneo.

De una manera bastante similar se ha canalizado, desde el **Derecho inglés**, la restitución de cantidades derivada de la nulidad de una condición general de la contratación. En concreto, a través del

³⁶⁵ LACRUZ BERDEJO, 1975, p. 510.

La restitución del artículo 1897, a contrario, incluye la de los frutos, como acertadamente sostiene BASOZABAL ARRUE, 1998, pp. 212-213.

³⁶⁶ Rechaza, con acierto, que la acción de repetición de lo pagado indebidamente sea una acción de enriquecimiento en sentido estricto, SANTOS BRIZ, 1984, p. 76.

³⁶⁷ BASOZABAL ARRUE, 2004, pp. 25-26.

³⁶⁸ LACRUZ BERDEJO, 1975, p. 506; SANTOS BRIZ, 1984, p. 77.

³⁶⁹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, 1991, p. 1957; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 1987, p. 111.

Frente a ello, la doctrina de la codificación, donde sí se imponía tal distinción (GARCÍA GOYENA, 1852, p. 247).

³⁷⁰ Véase, LACRUZ BERDEJO, 1975, p. 516; BECH SERRAT, 2019, p. 233.

³⁷¹ Así, STS, 1ª, 10.2.2009, FD 4º (MP: García Varela; RJ 2009/270). En la doctrina, prescinde abiertamente del requisito del error, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, 1989, p. 78.

Sobre la relación entre los artículos 1900 y 1901 CC, véase LACRUZ BERDEJO, 1975., pp. 515-517.

denominado **error de derecho** del consumidor³⁷². Un ejemplo se contiene en *Global Ltd. v Finney*³⁷³, resuelto el 30 de abril de 2010 por el *County Court* de Lambeth (Londres). Los hechos son los siguientes. *Finney* (en adelante, «F»), propietario de un inmueble, contrató con *Global Ltd.* (en adelante, «G»), una sociedad dedicada a intermediación inmobiliaria y la gestión de propiedades, para que encontrase un arrendatario para el inmueble. El contrato incluía una cláusula de comisión según la cual a G le correspondía el 10% de la renta a pagar por el arrendatario a F, «al inicio de cada arriendo o renovación». G encontró un arrendatario y cargó a F con el 10% estipulado en aquella cláusula. Más adelante, el arrendatario suscribió una renovación del contrato que implicaba un aumento de la renta. Con ello, G facturó a F una nueva comisión por renovación, también del 10% sobre la renta ahora incrementada. F cuestionó la procedencia de esta nueva comisión, pero finalmente la abonó a G, quien le espetó que era conforme con lo pactado. No fue hasta una segunda renovación del contrato, donde G facturó nuevamente la comisión a F, cuando F se negó a pagar, argumentando que la cláusula que le imponía el abono de la comisión era abusiva, en atención a la legislación inglesa sobre consumo (*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999/2083*³⁷⁴) y apoyándose en la falta de transparencia de la cláusula y en una interpretación *contra proferentem* de la misma. Ante ello, G demandó a F reclamándole el pago de la citada comisión; a lo que F reconvino exigiendo el reintegro de las cantidades anteriormente pagadas como consecuencia de la aplicación de la cláusula de comisión. El juzgado falló a favor de F, considerando abusiva la cláusula³⁷⁵ y, por tanto, no vinculante. Como consecuencia de ello, F estaba legitimada a exigir el reembolso de las comisiones pagadas durante la vigencia de la cláusula anulada; ello en aplicación de la doctrina emanada del decisivo caso *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council*³⁷⁶, resuelto por la *House of Lords* el 29.7.1998.

Este caso forma parte del grupo de supuestos donde un municipio contrata un swap de tipos de interés con una entidad financiera que después resulta ser nulo por *ultra vires*, es decir, por exceder del poder de obligarse con que cuentan las entidades locales. Debido a la nulidad del Swap, el banco reclamaba los pagos realizados por razón de este. En aquella oportunidad, la *House of Lords* abolió la denominada doctrina del «**error de derecho**» —doctrina que impedía restituir los pagos realizados con motivo de un error legal o un error sobre el efecto jurídico de las circunstancias bajo las cuales se paga³⁷⁷— al considerar que no existían, desde la perspectiva del *solvens*, diferencias significativas entre quien paga por un error de hecho y quien lo hace con referencia a las cuestiones jurídicas que rigen al momento del pago. En la resolución de aquel supuesto se discutió si realmente los pagos habían sido realizados por error del banco que los reclamaba, pues lo que había ocurrido es que con la sentencia operaba un cambio legislativo que convertía en ilícitos unos pagos de los que previamente no se había discutido su

³⁷² WHITTAKER, 2015, párr. 314.

³⁷³ [2010] 4 WLUK 591.

³⁷⁴ Esta norma fue derogada por la *Consumer Rights Act* de 2015. Al respecto, WHITTAKER, 2015, párr. 5 y 199.

³⁷⁵ En particular, el juzgado estimo que la cláusula no especificaba qué se había de entender por renovación del arrendamiento, ni explicaba las circunstancias con arreglo a las cuales podía considerarse que se había producido una renovación. Asimismo, entendió que un consumidor que recurre durante doce meses a un agente de la propiedad inmobiliaria para encontrar un arrendatario no espera razonablemente que se haya obligado a pagar comisiones de renovación de manera indefinida. A juicio del juzgado, una estipulación de semejante contenido oneroso debería haber sido subrayada por el predisponente o, al menos, haberse redactado de manera clara y comprensible.

³⁷⁶ [1999] 2 A. C. 349.

³⁷⁷ Sobre la doctrina del «mistake of law», su crítica y su progresivo rechazo en el *common law*, véase VIRGO, 2015, párr. 44-46.

procedencia. No sin división entre sus miembros, la Cámara entendió que los pagos habían tenido lugar por error³⁷⁸.

(ii) La buena y la mala fe del predisponente. La extensión restitutoria

Analizado el requisito del error del que paga, hay que referirse a la buena fe, si se quiere trazar un régimen restitutorio alternativo para el supuesto de anulación de una cláusula predispuesta. La buena fe o la mala fe del *accipiens* es el elemento determinante la hora de determinar las consecuencias restitutorias del cobro de lo indebido. En caso de mala fe (art. 1896 CC), la obligación de restituir (art. 1895 CC) se complementa con un régimen indemnizatorio³⁷⁹ por el interés legal, tratándose de capitales, o los frutos percibidos o debidos percibir, tratándose de un bien específico. La pérdida de la cosa a restituir se canaliza, en buena lógica, mediante la restitución del valor de la prestación (cfr. art. 1307 CC). En contraposición, la buena fe del *accipiens* modula la obligación general de restituir la cosa (art. 1895 CC) en la medida de su enriquecimiento subsistente, para el caso de pérdida, deterioros, accesiones o venta de aquella. Se trata de una regla que favorece al *accipiens* de buena fe, pues persigue mantenerlo indemne³⁸⁰. La calificación del *accipiens* como de buena o mala fe no es, por tanto, una cuestión baladí. Tradicionalmente, la buena fe del *accipiens* se ha interpretado como la ignorancia del carácter indebido del *pago* que recibe, al tiempo que se asociaba la mala fe al conocimiento del carácter indebido del pago y a la actuación con la conciencia de dañar el derecho de otro³⁸¹. Esta es una interpretación de la buena o mala fe en un sentido subjetivo, toda vez que se proyecta sobre una representación mental errónea del *accipiens*, basada en la creencia de que el pago que realiza el *solvens* no es indebido. A mí me parece que esta aproximación es inadecuada y que se contradice con el fundamento del cobro de lo indebido, cuya regulación coloca el foco en la figura del *accipiens* y no en la del *solvens*. El error, entendido como falsa representación mental al realizar el pago, pesa sobre el *solvens*. Sin embargo, la buena o mala fe se proyecta sobre el *accipiens* que lo recibe. El error es «en el pago» (arts. 1895, 1900 y 1901 CC), no «en el cobro». Por ello, acaso tenga sentido que el Código hable de «cobro» y no de «pago»³⁸². La buena o mala fe del que cobra no se puede hacer pivotar sobre un error suyo referido al hecho del pago; excepción hecha del artículo 1899 CC que precisamente regula un supuesto de pago indebido *ex persona a parte debitoris*³⁸³. Creo que la modulación de la restitución organizada en torno a la buena o mala fe del *accipiens* requiere una interpretación distinta, objetiva, que atienda más al acto de cobrar, por parte de aquel, antes que al hecho del pago, por parte del *solvens*.

A mi juicio, la buena a que se refiere el artículo 1897 CC es la «buena fe objetiva». Se trata de determinar si la conducta del *accipiens* se ajusta a una diligencia media en cuanto al carácter indebido del pago (ausencia de culpa o negligencia)³⁸⁴. En nuestro ordenamiento, la distinción entre la buena fe en sentido subjetivo y la buena fe en sentido objetivo es menos nítida que en los sistemas de corte germánico, donde se emplean dos expresiones distintas³⁸⁵. La buena fe subjetiva se proyecta sobre la esfera interna

³⁷⁸ Véase, VIRGO, 2015, párr. 48-49.

³⁷⁹ Véase, BALLARÍN HERNÁNDEZ, 1991, p. 1958; LACRUZ BERDEJO, 1975, p. 510.

³⁸⁰ BALLARÍN HERNÁNDEZ, 1991., p. 1960; LACRUZ BERDEJO, 1975, pp. 509-510; SANTOS BRIZ, 1984, p. 83.

³⁸¹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, 1991, p. 1958; LACRUZ BERDEJO, 1975., pp. 508-509; SANTOS BRIZ, 1984, p. 80.

³⁸² No obstante, y con algún esfuerzo, como él mismo reconoce, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, 2007, pp. 112-113.

³⁸³ LACRUZ BERDEJO, 1975, p. 511.

³⁸⁴ Al respecto, con cita de doctrina y jurisprudencia, SÁNCHEZ GÓMEZ, 2009, p. 2146.

³⁸⁵ MIQUEL GONZÁLEZ, 1994, pp. 831, 834.

del sujeto y se manifiesta en una creencia o ignorancia, más o menos exteriorizada (cfr. artículos 433, 434, 435, 451, 452, 1940, 1950, 1951 CC)³⁸⁶. Mientras tanto, la buena fe objetiva alude a un estándar de conducta que comporta una serie de exigencias³⁸⁷; se pregunta por la regla que debía observarse en un determinado supuesto³⁸⁸; e impone deberes de comportamiento cuya inobservancia acontece de manera negligente³⁸⁹, por culpa. Así, la mala fe empleada del cobro de lo indebido se debe relacionar con la negligencia del *accipiens* respecto al acto del cobro. El *accipiens* que cobra de buena fe lo hace sin culpa, esto es, sin infracción del deber objetivo de cuidado que le incumbe. Tiene sentido que esto sea así, porque el artículo 1896 CC, como se ha visto, reconoce una responsabilidad indemnizatoria del *accipiens* que, en nuestro derecho, pasa por la culpa. Y, a contrario, tiene sentido acudir a una restitución en la medida del enriquecimiento (art. 1897 CC), cuando se prescinde de la culpa.

- Algunos ejemplos de aplicación a las condiciones generales de la contratación

La cuestión, en este punto, es cómo se traslada la idea anterior a la percepción de cantidades fundamentada en una condición general de la contratación que después se anula. La actuación del *accipiens* predisponente puede atender a dos hechos. Bien a la *inclusión* de una concreta condición general de la contratación en el clausulado de sus contratos de adhesión; bien a su *mantenimiento*. Me explicaré. Para que el predisponente sea de buena fe se requiere que no haya actuado con culpa o negligencia al incluir, en la fase precontractual, una cláusula abusiva en su elenco de condiciones generales, es decir, una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, cause, en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato (art. 82.1 TRLGDCU)³⁹⁰. Pues bien, actuará con culpa (i) si, al *incluirla*, fuere evidente o palmario que la cláusula de que se trate no supera las exigencias del control de abusividad (sobre todo, arts. 85-91 TRLGDCU); o (ii) si —habiéndola incluido de buena fe— la mantiene y pretende cobrar cantidades con base en ella, tras de haberse consolidado una línea jurisprudencial en su contra que, al menos, plantee serias dudas al respecto³⁹¹. En tales casos, la conducta del predisponente es de mala fe, por infringir un deber objetivo de cuidado que el ordenamiento le imponía observar y la restitución se canaliza a través del artículo 1896 CC. Concurriendo buena fe del predisponente en la inclusión de una cláusula en el contrato, la restitución se regirá por el artículo 1897 CC.

No siempre concurre culpa del lado del predisponente, por el mero hecho de incluir en el contrato una condición general que después se reputa abusiva o intransparente. Así, no parece posible reprochar negligencia alguna al predisponente que incluyó con una cláusula inicialmente no sospechosa que

³⁸⁶ MIQUEL GONZÁLEZ, 1994, pp. 836-837.

³⁸⁷ En Derecho alemán, se aprecia bien esta idea en el § 242 BGB al disponer que «el deudor se obliga a realizar la prestación tal y como resulta exigible por la buena fe, teniendo en cuenta los usos del tráfico».

³⁸⁸ MIQUEL GONZÁLEZ, p. 835.

³⁸⁹ MIQUEL GONZÁLEZ, p. 836.

³⁹⁰ Idea extendida en Alemania a propósito de la *culpa in contrahendo* del predisponente. Así, BASEDOW, 2019, párr. 49; FUCHS, 2016, p. 532; PFEIFFER, 2013a, p. 386.

³⁹¹ Otro tanto de lo indicado vale para las **cláusulas intransparentes**, aunque para estas últimas haya que matizar. Cuando la nulidad de la cláusula acontece por un problema de transparencia material de la misma, y no de abusividad, la actuación culposa del predisponente no se manifiesta en la cláusula en sí misma, sino en su falta de concreción, determinabilidad y opacidad, que impiden al adherente consumidor conocer realmente el contenido real de la obligación que imponen. Naturalmente, esta idea conduce al concepto de transparencia material, que no termina de ser perfilado nítidamente entre nosotros; lo que excede del objeto de este trabajo. Advierte de las imprecisiones del control de transparencia sustantiva, VENDRELL CERVANTES, 2018, pp. 433-438.

imponía pagos al cliente, pero que después se declara abusiva merced a un giro jurisprudencial más o menos «brusco»³⁹². En tal caso, y en línea con lo expuesto, solo habrá mala fe, en el momento del cobro, si el empresario *mantiene* (o no elimina) la cláusula y, además, pretende seguir percibiendo cantidades gracias a ella, a pesar de haberse consolidado una línea jurisprudencial clara su contra.

El juicio sobre la buena o mala fe del predisponente al momento de incluir una cláusula determinada en sus contratos se debe realizar con sumo cuidado sin perder de vista el estado jurisprudencial de la cuestión en relación con esa cláusula. No es lo mismo que una cláusula sea reputada abusiva por una sentencia de instancia, que que la abusividad se consagre en doctrina de la Sala 1ª del TS. Como digo, se trata de evaluar la conducta del empresario al incluir la condición general en su clausulado o al mantenerla tras una serie de pronunciamientos judiciales³⁹³.

Conviene indicar que el juicio sobre la concurrencia o no de buena fe objetiva (culpa) en el predisponente a la hora de incluir la cláusula al contrato es distinto del juicio de abusividad que se realice sobre esa misma cláusula. Esta diferencia —que se ha puesto de manifiesto en los intentos que, entre nosotros, han surgido para justificar la procedencia de indemnizaciones por *culpa in contrahendo* frente al predisponente en supuestos de nulidad total del contrato³⁹⁴— resulta axial. Porque una cosa es que un predisponente se comporte de manera no diligente al momento de decidir si incluye o no en su clausulado un determinado tipo de cláusula y otra, bien distinta, que esa cláusula, una vez incorporada al contrato, pueda resultar abusiva, en cuanto a su contenido o intransparente³⁹⁵. En este sentido, la derogada Orden Ministerial de 5.5.1994 sancionaba la validez y legalidad de la *inclusión* de una determinada cláusula en un contrato de préstamo hipotecario; pero esto nada tiene que ver ni con la redacción de esa cláusula ni con su contenido³⁹⁶.

El acervo jurisprudencial de los últimos años nos ofrece **algunos ejemplos** en los que la actuación del predisponente a la hora de incorporar un determinado tipo de cláusula al contrato admite considerarse como culposa. Un ejemplo de mala fe del predisponente en la inclusión de una cláusula se atisba en el

³⁹² En Alemania, este ha sido el caso de las cláusulas de reforma final, en contratos de arrendamiento [*supra* 2.2]. La jurisprudencia del BGH respecto a ellas ha oscilado bastante. No en vano, la jurisprudencia reciente del BGH a propósito de estas cláusulas ha sido descrita como un «tornado» (BEYER, 2008, p. 2065). Por eso, su declaración de nulidad en sentencia no se ha visto acompañada de un reconocimiento de la culpa del predisponente por su inclusión en el contrato. En este sentido, pueden consultarse las SSBGH 5.4.2006 - VIII ZR 152/05 (LG Nürnberg-Fürth), NJW 2006, 2115; y 12.9.2007 - VIII ZR 316/06 (LG Bremen), NJW 2007, 3776.

³⁹³ En este sentido, se debe partir de que una sentencia no tiene fuerza normativa general y que, desde luego, no es vinculante para el futuro (cfr. arts. 117.1 CE, 1 y 5 LOPJ). En este sentido, respecto del registro de condiciones generales (art. 84 TRLGDCU), MIQUEL GONZÁLEZ, 2013, p. 230. El mismo autor reconoce, a renglón seguido, que lo contrario puede regir para las acciones colectivas. Sobre la difícil cuestión acerca de la extensión de los efectos de una sentencia dictada en un proceso colectivo, VENDRELL CERVANTES, 2017a, pp. 69-81. Aunque, a mi juicio, puede haber diferencias entre el problema del efecto de cosa juzgada ante la abusividad simple y ante la falta de transparencia sustantiva.

³⁹⁴ Véase, PAGADOR LÓPEZ, 1999, pp. 717-720; RUIZ MUÑOZ, 1993, pp. 281-285. Menciona tangencialmente la *culpa in contrahendo* en esta sede, PERDICES HUETOS, 2002, p. 533. Favorable a la admisión de esta responsabilidad, de acuerdo con el Derecho contractual europeo y pese a su no reconocimiento expreso en la Directiva 93/13, JANSEN, 2018a, párr. 9.

³⁹⁵ Claramente en sentido opuesto, PERTÍNEZ VÍLCHEZ, 2017, p. 183.

³⁹⁶ Véase la STS, 1ª, 2.3.2011, FD 2º [1] (MP: Seijas Quintana; RJ 2011/1833), respecto de la obligación de notificar previamente la variación del tipo de interés.

caso resuelto por la **STS 3.11.2006**³⁹⁷. Se trataba de la cláusula que imponía a los usuarios el pago de determinadas cantidades en concepto de derechos de alta derivados de los costes generados por gastos administrativos en la contratación y de revisión de las instalaciones interiores con anterioridad a la conexión del servicio. Esta cláusula se incluía en el contrato sin individualización de los concretos costes puestos a cargo de los consumidores, pues no se especificaba por separado el importe correspondiente a los gastos administrativos y a la revisión; además, contravenía el modelo reglamentariamente establecido. Tampoco habría demasiados reparos en considerar culposa la conducta del predisponente en el caso de la **STS, 1ª, 17.6.2010**³⁹⁸; resolución que se pronunció sobre la **abusividad de la cláusula «M»**, predispuesta por Caja Rural de Valencia en el marco de un contrato de depósito de inversión, la cual imponía el devengo de una eventual retribución o comisión a favor de la entidad, a aplicar sobre el capital depositado, que se aplicaría en caso de caída de la cotización de las acciones, de acuerdo con unos parámetros. La inclusión en el contrato de una cláusula de estas características —que después terminó siendo reputada abusiva— permite calificar la conducta de la Caja como culposa, si se tiene en cuenta que la normativa ya disponía que en ningún caso se habrían de cargar comisiones o gastos por servicios que no hubieran sido efectivamente prestados al cliente; y que la propia CNMV había calificado su inclusión como de «mala práctica bancaria»³⁹⁹. Por último, en los casos de «**cláusulas de redondeo al alza del tipo de interés**» cabría calificar la conducta del predisponente como no culposa en la inclusión de la cláusula. En aquellos supuestos, muchas de las cláusulas se incorporaron durante los años noventa del siglo pasado⁴⁰⁰, permitiéndose normativamente su inclusión con bastante laxitud (Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994); la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, en su D. A. 12ª, autorizó su inclusión, siempre que el redondeo se pactase al intervalo más próximo⁴⁰¹. Con todo, que la cláusula de redondeo no estableciese, en realidad, el precio del contrato, ni se encaminase a retribuir contraprestación alguna genera lógicas dudas sobre la diligencia de las entidades en su definitiva inclusión⁴⁰².

- La STS 9.5.2013 y la buena fe del predisponente

Si bien he expuesto que la STS 9.5.2013, sobre las cláusulas suelo limitó los efectos de la restitución con base en la interpretación integradora del contrato, resta realizar una puntualización sobre el papel que aquel pronunciamiento otorgó a la buena fe de las tres entidades predisponentes demandadas, al incluir en sus contratos la cláusula suelo⁴⁰³. Una lectura detenida de esta resolución —y en particular

³⁹⁷ MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2007/683.

³⁹⁸ MP: Xiol Ríos; RJ 2010/5407.

³⁹⁹ Hay que tener presente que el artículo 1896 CC condena al *accipiens* a indemnizar daños y perjuicios. En este sentido, la STS 17.6.2010 reconoció, junto con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la Caja en aplicación de la cláusula «M», una indemnización de daños —fundada en la compatibilidad del sistema restitutorio del artículo 1303 CC con las normas generales sobre resarcimiento de daños (art. 1101 CC) y las de liquidación del estado posesorio (arts. 451 y ss. CC)— para permitir la restitución adicional de las cantidades invertidas en la celebración de unos contratos subsiguientes de compra de acciones, ofrecidos como solución para conjugar las pérdidas derivadas del primer contrato de inversión. Sobre esta consecuencia indemnizatoria adicional, véase GONZÁLEZ PACANOWSKA, 2011, sec. III.

⁴⁰⁰ MARIMÓN DURÁ, 2011, sec. 1.

⁴⁰¹ Véase STS, 1ª, 4.11.2010, FD 2º (MP: Ferrándiz Gabriel; RJ 2010/8021).

⁴⁰² Véase, STS, 1ª, 2.3.2011, FD 3º [2] (MP: Seijas Quintana; RJ 2011/1833). También, MARIMÓN DURÁ, 2011, sec. 5.

⁴⁰³ No deja de resultar sorprendente que únicamente un autor, hasta donde me consta, haya valorado la posibilidad de dar cabida a la buena fe de las entidades en la aplicación de las denominadas cláusulas suelo, como elemento

de su párrafo 293— invita a pensar que la concepción de buena fe que maneja la Sala 1ª es objetiva y no subjetiva⁴⁰⁴. Con la inclusión de la cláusula suelo en el clausulado, las entidades no infringieron, hasta entonces, ningún deber objetivo de cuidado, es decir, no actuaron de manera culposa (mala fe)⁴⁰⁵. Antes bien, adaptaron su conducta a las exigencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994. Y aunque el acatamiento de la normativa no basta para excluir hoy la culpa⁴⁰⁶, sí cabe sostener que, incluyendo la cláusula suelo, las predisponentes actuaron conforme con los cánones de pericia exigibles en aquel tiempo, comportándose conforme a los usos del sector hasta aquel momento, pues las cláusulas suelo se toleraban en el mercado y la propia jurisprudencia había descartado expresamente la abusividad de las mismas en 2008 y 2009⁴⁰⁷. La STS 9.5.2013 es relevante, porque supuso un cambio jurisprudencial «brusco»⁴⁰⁸ que alteró el paradigma sobre el que se venía operando. Su ejemplo ilustra además sobre la posibilidad de que se pierda la buena fe objetiva del predisponente, cuando persiste en el empleo de una determinada cláusula, una vez se ha consolidado una determinada línea jurisprudencial en su contra.

- Extensión restitutoria en caso de buena fe del predisponente y enriquecimiento injustificado

Más atención merece el supuesto en que el predisponente sea considerado de buena fe (no culpa) a la hora de incluir una cláusula en el contrato que después se reputa nula, por abusiva. En ese caso, la restitución se produce en la medida del enriquecimiento subsistente (art. 1897 CC). Hay que tener presente que, en sede de condiciones generales, la atribución patrimonial que, de ordinario, reciba el predisponente será en dinero. Tratándose de dinero, resulta complicado hablar de enriquecimiento injustificado, ya que se trata de una cosa fungible⁴⁰⁹. El predisponente recibe, en realidad, un capital (cfr. art. 1896 CC) y tendrá que restituir la misma cantidad. La devaluación monetaria es aquí irrelevante⁴¹⁰. Si el capital recibido por el *accipiens* vale menos, no puede acogerse este a un supuesto enriquecimiento subsistente para no restituir el mismo nominal recibido. La pérdida de valor del dinero

que permite matizar la restitución. Así, VENDRELL CERVANTES, 2018, p. 394. En contra, BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, pp. 183-184; CAÑIZARES LASO, 2016, p. 111; ELIZALDE IBARBIA, 2016, p. 186; MIQUEL GONZÁLEZ, 2013, p. 250.

⁴⁰⁴ Cfr., sin embargo, STS, 1ª, 25.3.2015 (MP: Baena Ruiz; RJ 2015/735), que se refirió a una concepción psicológica de la buena fe del predisponente, que ignoraba que la información suministrada no cubría íntegramente la exigida y fijada a posteriori por la STS, 1ª, 9.5.2013 (MP: Gimeno Gayón Cobos; RJ 2013/3088).

⁴⁰⁵ En contra, BELLO TORRES/FARIÑA FARIÑA, 2017, p. 184.

⁴⁰⁶ Así, STS, 1ª, 18.3.2016, FD 5º (MP: Pantaleón Prieto; RJ 2016/983): «La apreciación de la culpa es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El mero cumplimiento de las normas reglamentarias de cuidado no excluye, por sí solo, el denominado “reproche culpabilístico”».

⁴⁰⁷ VENDRELL CERVANTES, 2018, n. 42. En este sentido, y sin que sea necesario reproducir las valoraciones de la STS, 1ª, 9.5.2013, el Alto Tribunal admitió, como dato, que su inclusión en los contratos a interés variable respondía a razones objetivas apuntadas por el Banco de España (el coste del dinero y los gastos de estructura necesarios para producir y administrar los préstamos); que no se trataba de cláusulas inusuales o extravagantes (casi el 97% de los préstamos hipotecarios sobre la vivienda estaban formalizados a interés variable; y que su utilización fue tolerada largo tiempo por el mercado (su peso alcanzaba caso al 30% de la cartera ya antes de 2004).

⁴⁰⁸ Sobre el debate, mantenido en el Derecho inglés, acerca de la influencia en el deber de restitución de un cambio legislativo motivado por una sentencia a propósito del caso *Kleinwort Benson Ltd v Lincoln City Council* [(1999) 2 A. C. 349, 381], véase VIRGO, 2015, párr. 48.

⁴⁰⁹ BALLARÍN HERNÁNDEZ, 1991, p. 1959; D'ORS PÉREZ-PEIX, 2002, p. 60-62; LACRUZ BERDEJO, 1975, pp. 509-510.

⁴¹⁰ Cfr. BALLARÍN HERNÁNDEZ, 1991, p. 1961.

es un daño que, en su caso, tendrá que indemnizarse cuando el *accipiens* sea de mala fe, vía intereses legales que la compensan. El predisponente tampoco puede acogerse a la pérdida del enriquecimiento con el argumento de que los pagos indebidamente obtenidos del cliente se han destinado a cubrir costes necesarios para prestar el servicio a que se refería el contrato y que, en consecuencia, ha dejado de estar enriquecido.

La praxis alemana proporciona una solución adecuada en estos casos, que pasa por establecer qué parte contractual asume el riesgo del cálculo de los costes y su incremento. Indudablemente ese riesgo corresponderá, las más de las veces, al empresario predisponente. Paradigmática resulta la **SBGH 25.10.1989**⁴¹¹, que se ocupó de un caso de restitución de prestaciones en el marco de un contrato de *leasing* de un equipo informático para una clínica dentista, celebrado en julio de 1980. La empresa arrendadora había adquirido previamente, por compra, el equipo informático y por razón del contrato de *leasing*, contando con una garantía del vendedor en la que aseguraba que este se entregaba nuevo y listo para su uso. El rendimiento del equipo no fue satisfactorio para la arrendataria en el contrato de *leasing*; lo que condujo a la arrendadora, en marzo de 1981, a dar por resuelto el contrato de compraventa que le vinculaba a la vendedora del equipo y a solicitar uno nuevo, para cederlo a la arrendataria de nuevo. El equipo de sustitución proporcionado tampoco satisfizo las exigencias de la arrendataria y esta dejó de abonar las cuotas del *leasing* a partir de mayo de 1983. Finalmente, se resolvió el contrato de compraventa del equipo que había sido celebrado con vistas al *leasing* posterior y, en consecuencia, se declaró la caída de la base del negocio de este último contrato. La caída de la base del negocio determinó que la arrendadora quedase obligada a restituir las cuotas abonadas por la arrendataria durante la vida del contrato, que no podían entenderse compensadas con el uso, habida cuenta del nulo aprovechamiento económico del equipo. El BGH sentenció que la restitución del contrato de *leasing* celebrado no alcanzaba al precio ni a los costes del contrato de compraventa previo, pagados por la arrendadora, toda vez que se rompería el sinalagma restitutorio de este segundo contrato. En este sentido, el BGH añadió que tampoco podía la arrendadora hacer valer una pérdida de enriquecimiento concretada en los gastos que le había supuesto obtener el equipo informático a través de la compraventa inicial, compensando con ello la restitución de las cuotas del *leasing* a que estaba obligada (§ 818.3 BGB). La razón descansaba en que la arrendadora es quien asume el riesgo de la resolución del contrato de compraventa celebrado por razón del *leasing*.

Y de ningún modo puede el *solvens* adherente argumentar que la restitución del predisponente, en la medida del enriquecimiento, alcance el rendimiento que las cantidades abonadas han reportado al *accipiens*. Ello no se corresponde con la idea de dejar indemne al *accipiens*, que actúa sin culpa. Además, obligaría a adivinar el destino inversor del capital en cada caso, sin que esté claro si todos los posibles rendimientos que un capital genere son susceptibles de considerarse provechos⁴¹². El beneficio del predisponente de buena fe consistirá, sobre todo, en que no se le imponga la restitución de intereses del capital obtenido⁴¹³, cuando la atribución patrimonial que justificase la cláusula anulada consistía en un pago dinerario.

⁴¹¹ VIII ZR 105/88 (Celle); NJW 1990, 314.

⁴¹² Los rendimientos pueden derivarse de la inversión directa del capital, del ahorro de intereses o de la reinversión del capital en la propia unidad productiva del predisponente. Habría que analizar caso por caso, lo que excede de este trabajo. Véase, HAGMANN, 2007, pp. 130-146.

⁴¹³ A pesar de ello, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha excluido tajantemente la modulación de los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, condenando conforme al artículo 1303 CC al pago de los intereses devengados por las respectivas atribuciones patrimoniales restituibles. Véanse, por todas, las SSTs, 1ª,

(iii) Recapitulación y conclusión intermedia

El régimen del cobro de lo indebido es el recurso técnico más adecuado para canalizar, *de lege lata*, la restitución derivada de la nulidad de una condición general que amparó la realización de atribuciones patrimoniales dinerarias a favor del predisponente. Esta vía se aplica, a mi juicio, cuando la ineficacia de la cláusula no genera una laguna que afecte a la ejecución del contrato. Que no se origine una laguna en ese sentido coloca en un segundo plano a los instrumentos de integración y obliga a pergeñar el recurso técnico restitutorio aplicable. Tal como lo veo, *de lege lata*, el más adecuado se corresponde hoy con el sistema del cobro de lo indebido, que distingue según la buena y mala fe del *accipiens*. A estos efectos, la mala fe del *accipiens* predisponente se identifica con una actuación que infringe el deber objetivo de cuidado que concierne al empresario al incluir determinadas cláusulas en sus contratos de adhesión, lo que lo sitúa en un módulo indemnizatorio, debiendo intereses. En caso de buena fe — inclusión de la cláusula sin culpa del predisponente— la restitución del predisponente se dosifica a través del enriquecimiento injustificado.

d. Breves apuntes sobre la restitución derivada de la cláusula de gastos

Voy a detenerme brevemente en las consecuencias restitutorias derivadas de la nulidad, por abusiva, de la cláusula de gastos en contratos de préstamo hipotecarios. La litigiosidad en torno a esta restitución ha sido ingente y no me detendré en ella⁴¹⁴. De lo que se trata de identificar el expediente restitutorio a aplicar. Desde diversas aproximaciones se ha considerado que el consumidor que reclama la devolución de las cantidades abonadas en aplicación de la cláusula puede recuperar del banco predisponente todo lo pagado, sin que quepa recurrir al Derecho dispositivo⁴¹⁵; también que el adherente tiene una acción de reembolso *ex* artículo 1145 I CC para reclamar, como deudor solidario en la relación interna, la cuota abonada⁴¹⁶. Esta segunda tesis parte de que banco y consumidor son deudores solidarios frente a los terceros que perciben las cantidades en concepto de gastos⁴¹⁷.

En mi opinión, también la restitución de cantidades abonadas por el prestatario consumidor en aplicación de esta cláusula admite reconducirse a través del régimen del cobro de lo indebido. Si bien existían pronunciamientos anteriores, puede decirse que la abusividad de esta cláusula fue declarada por primera vez en la STS, 1ª, 23.12.2015⁴¹⁸. En aquella resolución, la Sala 1ª distinguió entre cada una de las partidas de gasto (gastos de constitución de la escritura, tributos, seguro de daños y costes preprocesales) que la cláusula imponía al prestatario consumidor y declaró la abusividad de la cláusula en todos los casos (arts. 89.2 y 3 TRLGDCU). A pesar de la generalidad formal de la cláusula al imputar los

30.1.2018, FD 3º [3] (MP: Orduña Moreno; RJ 2018/283) o 24.2.2017, FD 3º [5] (MP: Vela Torres; RJ 2017/602). Más recientemente, STS 26.3.2019, FD 3º (MP: Marín Castán; JUR 2019\113108).

Este impertérrito proceder para con las cláusulas suelo no deja de resultar contradictorio con el reciente enfoque planteado para la cláusula de gastos.

⁴¹⁴ Para un minucioso estudio de las líneas jurisprudenciales, véase, MARÍN LÓPEZ, 2018, pp. 209-249.

⁴¹⁵ Véase el interesante razonamiento de MARÍN LÓPEZ, 2018, pp. 208-209.

⁴¹⁶ CARRASCO PERERA, 2018, pp. 4-5.

⁴¹⁷ Para el arancel notarial, véase, MARÍN LÓPEZ, 2018, pp. 57-59. Lo acepta, CARRASCO PERERA, 2018, p. 1. En relación con este gasto, me parece forzado entrever aquí una obligación solidaria, por más que así se reconozca en la Norma 6ª Anexo II RD 1426/1989, pues depende de si se considera que la elevación a público de la escritura beneficia al prestamista, al prestatario o a ambos (MARÍN LÓPEZ, 2018, p. 59). Es decir, la respuesta a la cuestión restitutoria se hace depender de calificar previamente a la obligación como solidaria; de lo contrario, no cabe la acción de reembolso *ex* artículo 1145 I CC.

⁴¹⁸ MP: Vela Torres, RJ 2015/5714.

gastos al cliente, se debe partir de un concepto europeo autónomo de cláusula y dividirla en tantas cláusulas (reales) como partidas de gasto en ella se contienen. En relación con cada gasto, habrá que evaluar la actuación culposa de las entidades en atribuírselo por completo al adherente, teniendo en cuenta el Derecho vigente en el momento de su inclusión, así como la jurisprudencia de la Sala. 3ª del TS⁴¹⁹. De este modo, se puede determinar la buena o mala fe del predisponente para cada cláusula concreta.

El caso de la cláusula de gastos es particular, pues la atribución patrimonial en dinero que ampara la cláusula no la recibe la entidad financiera predisponente, sino un tercero (el notario o la Agencia Tributaria) y el régimen del cobro de lo indebido se refiere a quien «acepta» dicho cobro. Vayamos por partes. Para el predisponente de buena fe en la inclusión de un determinado gasto dentro de la cláusula formal, el artículo 1897 CC ordena restituir en la medida del enriquecimiento. La restitución así planteada nos facilita las cosas gracias a una interpretación extensiva de este precepto, pues el enriquecimiento —en tanto que referido al patrimonio— se manifiesta también como cancelación de una deuda⁴²⁰. Con el pago del gasto el predisponente ha visto cancelada una deuda que, según el ordenamiento, a él correspondía abonar en parte, y, en consecuencia, tiene que restituir. Si la restitución lo es en la medida del enriquecimiento, perfectamente puede concretarse tanto en un cobro como en la cancelación de una deuda⁴²¹.

Los problemas se hacen más evidentes cuando reputamos de mala fe al banco predisponente, por haber actuado culposamente al atribuir, por entero, un concreto gasto al adherente. Aquí se hace más complicado escapar de la literalidad del artículo 1896 CC, pues se refiere al que «acepta un pago indebido» (y el banco no percibió cantidad alguna). No obstante, hay que recordar que el precepto impone una responsabilidad indemnizatoria (interés legal y frutos *percipiendi*). Por eso, si se entiende que hubo culpa del lado del predisponente al incluir una cláusula material que imputaba un determinado gasto por completo al adherente, parece lógico obligarle a reparar el daño causado al consumidor que abonó más de lo que le correspondía. Esta reparación se debe traducir en colocar al predisponente en la situación en que se hallaría si el predisponente hubiese pagado su cuota correspondiente del gasto, con los intereses del anticipo.

4. Conclusiones

1. La única reacción a la nulidad de una cláusula abusiva que el TJUE ha excluido es la reducción conservadora de la validez («*Banco español de crédito*»). La integración del contrato, si surgen lagunas, resulta compatible con la Directiva y, por ello, también lo es la interpretación integradora del contrato que atiende, en última instancia, a la voluntad hipotética de las partes, de acuerdo con la buena fe objetiva. Por este motivo, la modificación abrupta del artículo 83 TRLGDCU supuso un error o una precipitación. En este marco, la interpretación integradora se erige como el instrumento más adecuado al que recurrir cuando la expulsión de una condición general de su clausulado origina una laguna. Con ella se obtiene, «desde cero», una regulación comprensiva de los intereses de ambas partes que, desde luego, no es perjudicial para el adherente consumidor.

⁴¹⁹ Lo que en muchos casos dista de estar claro, como pusieron de manifiesto las SSTs, 3ª 27.11.2018 (MP: Rodríguez-Zapata Pérez, RJ 2018/5092 y RJ 2018/5093; MP: Espín Templado, RJ 2018/5195) y sus Votos Particulares.

⁴²⁰ Cfr., D'ORS PÉREZ-PEIX, 2002, p. 57.

⁴²¹ En distinto sentido, CARRASCO PERERA, 2019, pp. 3, 5-6.

2. El dilema entre integrar con arreglo a la ley dispositiva o al propio contrato es falso. La interpretación integradora indaga la voluntad hipotética de las partes. Para ello acude a la solución a que llegarían dos contratantes leales y honestos, actuando conforme a la buena fe objetiva, teniendo en cuenta el contrato celebrado. Su relación con la ley dispositiva no es de subordinación. La ley dispositiva solo será admisible, como instrumento integrador, cuando se corresponde con un resultado aceptable desde la interpretación integradora, teniendo en cuenta el contrato celebrado y su causa concreta.

3. La interpretación integradora del contrato, en tanto que parte del propio edificio contractual y de su naturaleza, no puede guardar una relación meramente testimonial o de cierre con la cuestión acerca de si el contrato puede o no subsistir (además, desde un enfoque objetivo) sin la cláusula anulada. La operación más acorde con el espíritu de la Directiva es aquella que coloca a la interpretación integradora inmediatamente después de la eliminación de la cláusula preredactada de que se trate, cuando esta produce una laguna. Solo después de haber tratado de interpretar integradoramente el contrato, —de acuerdo a la buena fe objetiva y teniendo en mente todos los datos del contrato que pueden dar cuenta de la voluntad presunta de las partes, que la hay, aunque atenuada— tiene lugar el juicio sobre su capacidad de subsistir objetivamente.

4. A la hora de decidir sobre la subsistencia del contrato, se maneja un enfoque objetivo y no subjetivo. Esto significa que no se tiene en cuenta si una parte queda en una situación más ineconómica o el cumplimiento del contrato le resulta menos beneficioso o más difícil. El enfoque objetivo se centra en si el contrato queda o no desnaturalizado, es decir, si puede seguir ejecutándose de acuerdo con su propia causa concreta. El enfoque objetivo tiene en cuenta la posición de ambas partes y es más flexible que aquel que se basa en la inaceptable severidad o excesiva desproporción del contrato para una parte (§ 306.3 BGB). Si bien este criterio admite ser reconducido a un enfoque objetivo —interpretándolo en clave de desnaturalización y teniendo en cuenta que el perjuicio de una parte esconde el beneficio excesivo de la otra— presenta el inconveniente de conducir a una especie de rescisión por lesión, difícil de justificar, y que requiere en todo caso de una efectiva desnaturalización (la sola desproporción entre prestaciones no es suficiente). Además, puede no dar respuesta a todos los casos, como sí lo hace un enfoque objetivo planteado en términos más amplios y que se deriva del artículo 6.1 Directiva.

5. La interpretación integradora se relaciona estrechamente con la idea de subsistencia del contrato (art. 6.1 Directiva). Cubrir la laguna resultará necesario para que el contrato pueda seguir ejecutándose sin la cláusula, de acuerdo con su naturaleza, y, en muchos casos, equivaldrá a impedir la ineficacia absoluta del contrato, por no poder subsistir sin ella. Por ello, si se produce una laguna, el primer paso es colmarla con la interpretación integradora. La interpretación integradora trata de evitar que se desnaturalice el contrato, tal como las partes lo ha confeccionado, convirtiéndose precisamente en otro de distinta naturaleza. Por eso, recurrir a ella para cubrir las lagunas y permitir su mantenimiento determina que el enfoque a manejar a la hora de decidir si el contrato puede o no subsistir sea uno objetivo, según sus requisitos.

6. La posibilidad de «subsistencia» del contrato, sin la cláusula y una vez buscada su integración (interpretación integradora), se canaliza a través del Derecho nacional. En España, ello conduce a los elementos esenciales del contrato y, en particular, a la noción de causa, para decidir si efectivamente el contrato soporta o no la eliminación de la cláusula, cuando no se puede integrar. La causa se ha de entender aquí como causa concreta, es decir, como la finalidad común perseguida por ambos contratantes, que no se opone a lo que el ordenamiento permite y ampara social y económicamente.

Así entendida, la subsistencia tamizada a través de la causa, se relaciona estrechamente con la interpretación integradora, que atiende y busca reconstruir dicha finalidad común.

7. La ineficacia global del contrato constituye una consecuencia excepcional que solo acaece cuando —expulsada la cláusula y siendo infructuoso el resultado de la interpretación integradora— el contrato ha quedado desnaturalizado. En Derecho español, ello sucederá cuando la nulidad de la cláusula afecta a la causa concreta del contrato, tal como lo quisieron las partes y la regulación contractual remanente ya no sea consistente como acuerdo contractual entre las partes (pérdida de su causa concreta). Es decir, cuando no sea posible evitar que el contrato se desnaturalice por la vía de la interpretación integradora (por ejemplo, los intereses remuneratorios en un préstamo). No es descabellado pensar que el legislador reconoce aquí un régimen *sui generis* de extinción automática del contrato similar a la resolución.

8. La interpretación integradora del contrato, como instrumento al que recurrir tras la nulidad, puede presentar consecuencias restitutorias en aquellos casos donde la cláusula en cuestión había amparado la realización de atribuciones patrimoniales a favor del predisponente. En tales casos, la interpretación integradora tiene un efecto limitativo de la restitución.

9. En otros casos, ocurre que una cláusula anulada justificó la realización de prestaciones a favor del predisponente —o le permitió no afrontar deudas que el ordenamiento jurídico le impone— pero la interpretación integradora de la laguna generada no matiza o delimita la restitución de prestaciones, según la buena fe objetiva y la voluntad presunta de las partes; es decir, cuando el predisponente no puede retener las cantidades percibidas en aplicación de la cláusula, según la interpretación integradora del contrato. En tal caso, surge la cuestión de cómo ha de articularse la restitución de cantidades derivada de la nulidad. Como se ha expuesto, se debe descartar aplicar el régimen restitutorio ideado para la nulidad del contrato (arts. 1303 CC a 1314 CC), así como el propio de la acción de enriquecimiento injustificado. Ninguno de ambos expedientes restitutorios aprehende por completo la realidad del fenómeno estudiado. Sí lo hace el sistema previsto para el cobro de lo indebido (arts. 1895 a 1901 CC).

10. *De lege lata*, el régimen restitutorio previsto en el cobro de lo indebido representa el expediente que mejor se adapta a las exigencias derivadas de la nulidad de una condición general de la contratación, así como a la ponderación de los intereses en juego. Y es que, según se ha visto, el cobro de lo indebido valora la conducta del *accipiens* a la hora de imponer una determinada extensión restitutoria (o indemnizatoria, en su caso), en los artículos 1896 y 1897 CC. Su aplicación a las condiciones generales de la contratación pasa por identificar la buena fe a que se refiere el artículo 1897 CC con la observancia de la diligencia debida por parte del empresario en la *inclusión* de una cláusula en sus contratos predispuestos; en contraposición a la mala fe que equivaldría a incluir una cláusula culposamente.

11. Que no exista armonización europea acerca de la restitución de cantidades derivadas de la aplicación de una cláusula abusiva no significa que la Directiva se oponga a que una normativa nacional se ocupe de regular de manera suficiente exhaustiva esta materia (art. 8 Directiva)⁴²²; lo que *de lege ferenda* se debe proponer (y urge) para el Derecho español, habida cuenta de que —pese a su concordancia— el cobro de lo indebido constituye un régimen que, en ocasiones, requiere una interpretación extensiva para su aplicación a muchos de los supuestos. Así se demuestra ante la cláusula de gastos. Una futura regulación de la restitución de prestaciones derivada de la declaración

⁴²² Así, Conclusiones de la Abogada General Trstenjak de 6.12.2011 en «*Invitel*», párr. 76 y 98.

de nulidad de una condición general de la contratación tendrá que tener presente el actual régimen del cobro de lo indebido; no para transcribirlo por completo, pero sí como recurso técnico de referencia. En su caso, tendrá que explicar en qué y por qué se separa de este régimen. No se me escapa que toda regulación que se plantee habrá de tener presente las directrices del TJUE en la materia, cuya dirección ahora parece clara; pero el legislador nunca puede (solo) limitarse a codificar el estado actual (jurisprudencial) de las cosas, sino que debe ir más allá y encontrar reglas más seguras y previsibles en su aplicación, para lo que cuenta —y debe contar— con los avances de la ciencia jurídica. Si la ciencia jurídica quiere seguir siendo tal, si quiere seguir siendo dogmática, no puede rehuir del papel central de desarrollo del Derecho que le corresponde y debe abandonar el rol de intérprete-comparsa de las decisiones judiciales que parece haber adoptado⁴²³. La solución al problema de la ineficacia de una condición general de la contratación en un contrato con consumidores y la restitución de cantidades no puede hallarse en la suma de las distintas respuestas jurisprudenciales ofrecidas en los numerosos grupos de casos resueltos; exige, antes bien, una (re)ordenación o (re)planteamiento dogmático, que sienta unas bases teóricas generales, que brinden soluciones más claras, seguras y consistentes con nuestro Derecho privado.

5. Bibliografía

Klaus, ALBIEZ DOHRMANN (1994), «La repercusión de la nulidad «dentro» y «fuera» del contrato», en José Ramón Ferrandiz Gabriel (dir.), *Cuadernos de Derecho Judicial. El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 61-111.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (1991), *Las condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid.

- (2015a), «Más sobre intereses moratorios abusivos», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>; fecha de consulta: 11 marzo 2019).

- (2015b) «El Tribunal de Justicia decide mediante auto una cuestión prejudicial sobre intereses moratorios y vencimiento anticipado», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/>; fecha de consulta: 14 de marzo de 2019).

- (2016), «La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas-suelo», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-justicia-la-retroactividad-la-nulidad-las-clausulas-suelo/>; fecha de consulta: 15 de marzo de 2019).

- (2019), «Cuando el TJUE obliga a modificar el BGB», *Derecho Mercantil España* (<https://derechomercantilesana.blogspot.com/2019/10/cuando-el-tjue-obliga-modificar-el-bgb.html>; fecha de consulta: 4 de noviembre de 2019).

Esther ARROYO AMAYUELAS (2016), «No vinculan al consumidor las cláusulas abusivas del Derecho Civil al Procesal y entre la prevención y el castigo», en Arroyo Amayuelas, E; Serrano de Nicolás, Á., *La europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, pp. 65-96.

⁴²³ Me remito aquí a las acertadas críticas de Nils JANSEN, 2018b, pp. 627 y ss.

Hermann-Josef BUNTE (2017), «§ 24. Kündigungsrechte der Bank (Nr. 19 AGB-Banken)», en Schimansky, H., Bunte, H-J, Lwoski, H-J (eds.), *Bankrechts-Handbuch*, C. H. Beck, München.

José Antonio ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ (1989), *El enriquecimiento sin causa*, 2ª ed., Comares, Granada.

Rafael, BALLARÍN HERNÁNDEZ (1991), «Del cobro de lo indebido», en Paz Ares, C., Díez-Picazo y Ponce de León, L., Bercovitz Rodríguez-Cano y Salvador Coderch, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, vol. II, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1955-1970.

Jürgen BASEDOW (2019), «§ 306 BGB. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit», en Säcker, F. J; Rixecker, R.; Oetker, H.; Limperg, B. (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. II, 8.ª ed.

Xabier BASOZABAL ARRUE (1998), *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Cititas, Madrid.

- (2004), *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2017) «¿Interpretación integradora del contrato con condiciones generales abusivas? (Un diálogo entre amigos)», en José Miguel Embid Irujo, José María Miquel González, Antonio Manuel Morales Moreno (dirs.) *Estudios jurídicos. Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*, pp. 69-91

Josep Maria, BECH SERRAT (2019), *El enriquecimiento injustificado en el ámbito del contrato*, Aranzadi, Cizur Menos.

Leticia BELLO TORRES, L.; Rebeca FARIÑA FARIÑA (2017), «Algunas consideraciones sobre el régimen general de las cláusulas suelo y la fundamentación jurídica de la obligación de restituir las cantidades indebidamente cobradas por los bancos ¿Derecho de contratos o cobro de lo indebido?», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, n.º 2, pp. 153-190.

Dietrich BEYER (2008), «Schönheitsreparaturen: Was ist den Vermietern nach den „BGH-Tornados“ noch geblieben?», *NJW*, pp. 2065-2072.

Frank BOCKHOLDT (2006), «Die Übertragbarkeit rücktrittrechtlicher Wertungen auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gegenseitiger Verträge», *Archiv für die zivilistische Praxis*, vol. 206, pp. 769-894.

Michael BRÄNDLE (2017), «»Dreijahreslösung« wirkt endgültig», *Versorgungswirtschaft*, n.º 3, p. 77.

Ulrich BÜDENBENDER (2000), «Die Berücksichtigung der Gegenleistung bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge», *Archiv für die zivilistische Praxis*, n.º 200, pp. 627-683.

- (2017), «Preisänderungen in Energielieferungsverträgen mit Tarif- und Grundversorgungskunden», *NJW*, pp. 299-302.

Ernst VON CAEMMERER (1954), «Bereicherung und unerlaubte Handlung», en Hans Dölle, Max Rheinstein, Konrad Zweigert (eds.) *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. 1, pp. 334-401.

Jorge CAFFARENA LAPORTA (1985), «El requisito de la identidad del pago en las obligaciones genéricas», *ADC*, Vol. 38, nº 4, pp. 909-940.

Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016», *InDret*, 1/2017 (www.indret.com).

Claus Wilhem CANARIS (1996), «Die Problematik der Sicherheitenfrigabeklauseln im Hinblick auf § 9 AGBG und § 138 BGB», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, nº 26, pp. 1109-1123.

Ana CAÑIZARES LASO (2016), «Efectos restitutorios de la nulidad de una cláusula suelo», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, nº 4, pp. 103-123.

Carolina DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ (2017), *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios con consumidores*, Tirant lo Blanc, Valencia.

Ángel, CARRASCO PERERA (2019), «Dos resoluciones del Tribunal Supremo sobre la nulidad de la cláusula de gastos y restitución del enriquecimiento sin causa», *CESCO*, (www.revista.uclm.es/index.php/cesco).

-(2018), «Cláusula de gastos notariales en la hipoteca y modo de integrar la nulidad», *CESCO* (www.revista.uclm.es/index.php/cesco).

-(2017), *Derecho de contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor.

-(1988) «Restitución de provechos (y II)», *ADC*, Vol. 41, nº 1, pp. 5-151.

-(1987), «Restitución de provechos I», *ADC*, Vol. 40, nº 4, pp. 1055-1148.

Federico DE CASTRO Y BRAVO (1967), *El negocio jurídico*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.

Mario CLEMENTE MEORO (1998), *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Álvaro D'ORS PÉREZ-PEIX (2002), «Del enriquecimiento sin causa. Leyes 508, 509 y 510», en Manuel Albaladejo García, Silvia Díaz Alabart (eds.) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XXXVIII, vol. 2.º, Edersa, Madrid, pp. 51-73.

Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1987), «La doctrina del enriquecimiento injustificado», en *La doctrina del enriquecimiento injustificado: discurso leído el día 14 de diciembre de 1987, en el acto de su recepción como académico de número*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid.

-(2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 6ª. ed., Civitas, Madrid.

Francisco ELIZALDE IBARBIA (2015), «The Rain in Spain Does Not Stay in the Plain – Or How the Spanish Supreme Court Ruling of 25 March 2015, on Minimum Interest Rate Clauses, affects European Consumers», *EuCML*, vol. 4, nº 5, pp. 184-187.

Volker EMMERICH, «Die Verwendungen des Mieters», *NZM*, pp. 49-54.

Andreas FUCHS, «Vor § 307 BGB. Vorbemerkungen zur Inhaltskontrolle», en Peter Ulmer, Hans Erich Brandner, Horst-Diether Hensen (eds.) *AGB Recht Kommentar*, 12.ª ed., pp. 468-537.

Florencio GARCÍA GOYENA (1852), *Concordancias motivos y comentarios del código civil español*, vol. IV, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial a cargo de F. Abienzo, Madrid.

María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (1999), «Artículo 10. Efectos», en Ignacio Arroyo Martínez, Jorge Miquel Rodríguez (eds.) *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, pp. 97-105.

Fernando GÓMEZ POMAR (2019), «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret*, 2/2019 (www.indret.com).

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (2011), «Sentencia de 17 de junio de 2010. Acción colectiva de cesación», *CCJC*, n.º 86 (http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ia78e57208b2111e08132010000000000&srguid=i0ad6adc60000016c420ee69a4b13aabd&src=withinResuts&spos=4&epos=4&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=).

- (2015), «Artículo 83 TRLGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*, 2.ª ed. (https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fcodigos%2F155298356%2Fv2.5&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016045a8e13575500708#sl=e&eid=c142fa59e11985fc062d462313d8b37d&eat=a-A.83-1&pg=49&ppl=&nvgS=false).

Friedrich Graf v. WESTPHALEN (2012), «Zum Bestehenbleiben „skelettierter“ Verträge», *NJW*, pp. 1770-1773.

- (2013), «Verbraucherschutz nach zwei Jahrzehnten Klauselrichtlinie», *NJW*, pp. 961-966.

- (2018), «Schönheitsreparatur-AGB vor ihrem Unionsrichter: Die Klauselrichtlinie als Stolperstein für das „Kompensationsmodell“ des BGH», *NZM*, n.º 24, pp. 1001-1008.

- (2019), «Neue Urteile des EuGH zur Klausel-Richtlinie 93/13/EWG und ihre Auswirkungen auf das AGB-Recht», *EuZW*, n.º 3, pp. 121-127.

Barbara GRUNEWALD (2004), «Saldotheorie und neues Rücktrittsrecht», en Franz Häuser, Horst Hammen, Joachim Hennrichs, Anja Steinbeck, Ulf R. Siebel, Reinhard Welter (eds.) *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, pp. 34-39.

Beate GSELL (2019), «Grenzen des Rückgriffs auf dispositives Gesetzesrecht zur Ersetzung unwirksamer Klauseln in Verbraucherverträgen», *JZ*, n.º 74, pp. 751-758.

Beate GSELL; Matthias FERVERS (2019), «Ergänzende Vertragsauslegung bei der AGB-Kontrolle im unionsrechtlichen Kontext», *NJW*, n.º 36, pp. 2569-2754.

Birke HAGMANN (2007), *Gewinnherausgabe im Rahmen des Nutzungsherausgabeanspruchs gemäß § 818 I 1. Alt. BGB*, Peter Lang, Frankfurt a. M.

Helmut HEINRICHS (1996), «Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes Umsetzung der EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen durch den Bundesgesetzgeber», *NJW*, pp. 2190-2197.

Phillip HELLWEGE (2007), «§§ 305-310. Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen. Teil II.», en Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann (eds.) *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, vol. II.2, pp. 1441-1474.

Nils JANSEN, «Gesetzliche Schuldverhältnisse», *Archiv für die zivilistische Praxis*, n.º 216, pp. 112-233

- (2018a), «Art. 6:204: Effects of Unfair Contract Terms», en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (eds.), *Commentaries on European Contract Laws*, pp. 971-977.

- (2018b), «Rechtsdogmatik, Rechtswissenschaft und juristische Praxis. Zum gesellschaftlichen Ort und wissenschaftlichen Selbstverständnis universitärer Rechtsdogmatik», *AöR*, nº 143, 4, pp. 623-658.

Rudolph von JHERING (1857), «Unsere Aufgabe», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, vol. I, pp. 1-52

- (1885) *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Eine Weihnachtsgabe für das deutsche Publikum*, Breitkopf und Härtel, Leipzig.

Hein KÖTZ (2009), *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Björn KRÄMER (2018), *Preisanpassungsklauseln im Spannungsverhältnis zwischen wirtschaftlicher Erforderlichkeit und rechtlicher Zulässigkeit*, V & R, Göttingen.

Gunther KÜHNE (2015), «Rechtsfolgen unwirksamer Preisanpassungsklauseln in Energielieferungsverträgen», *NJW*, pp. 2546-2548.

José Luis LACRUZ BERDEJO (1975), «El pago de lo indebido», en *Homenaje a Roca Sastre*, vol. II, Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Madrid, pp. 501-517.

Albert LAMARCA MARQUÉS (2008), *Código civil alemán y Ley de introducción al Código civil*, Marcial Pons, Madrid.

Karl LARENZ, K. (1980), *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5ª ed., C. H. Beck, München.

- (1991), *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6ª ed., Springer, Berlin.

Karl LARENZ; Claus-Wilhelm CANARIS (1994), *Lehrbuch des Schuldrechts*, 13ª ed., II/2, C. H. Beck, München.

Walter LINDACHER; Wolfgang HAU (2013), «§ 306 BGB. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit», en Hau Wolf, Walter F. Lindacher, Thomas Pfeiffer (eds.) *AGB-Recht Kommentar*, 6.ª ed., pp. 235-263.

Ulrich LOEWENHEIM (2007), *Bereicherungsrecht*, 3ª ed., C. H. Beck, München.

Stephan LORENZ (2009), «Geschäftsführung ohne Auftrag und Bereicherungsausgleich bei Vornahme nicht geschuldeter Schönheitsreparaturen», *NJW*, pp. 2576-2577.

Walter LÖWE (1982), «Folgerungen aus der Verwerfung der Tagespreisklausel in den Neuwagen-Verkaufsbedingungen durch den Bundesgerichtshof», *Betriebs-Berater*, n.º 3, pp. 152-158.

Phillipe MALINVAUD; Dominique FENOUILLET; Mustapha MEKKI (2017), *Droit des obligations*, 14ª ed., Lexis Nexis, Paris.

Rafael MARIMÓN DURÁ (2011), «La declaración de nulidad de la cláusula de redondeo en préstamos hipotecarios con consumidores», *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 282 ([http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ibd41bed0084e11e284460100000000000&srguid=i0ad6adc60000016c41f25aba876b1def&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#](http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ibd41bed0084e11e28446010000000000&srguid=i0ad6adc60000016c41f25aba876b1def&src=withinResuts&spos=2&epos=2&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=#)).

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2018), *La nulidad de la cláusula de gastos en los préstamos hipotecarios*, Reus, Madrid.

Kurt MARKERT (2012), «BGH , Urteil vom 14.3.2012 – VIII ZR 113/11 : Energieversorgungsvertrag mit Sonderkunden; Ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit einer Preisänderungsklausel», *ZMR*, nº 7, pp. 521-524.

- (2017), «Ist die »Dreijahreslösung« des BGH wirklich endgültig?», *Versorgungswirtschaft*, nº 4, pp. 109-177.

José María MARTÍN FABÁ (2019), «STJUE de 26 de marzo de 2019 sobre vencimiento anticipado del crédito hipotecario», *CESCO*, (www.revista.uclm.es/index.php/cesco).

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO (2019), «Devengo de intereses por gastos indebidamente abonados en contratos de préstamo hipotecario con consumidores: el efecto restitutorio del art. 6.1 de la Directiva 93/13, el enriquecimiento injusto y la aplicación analógica del art. 1896 Cc», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n.º 153 (<https://proview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fperiodical%2F128121976%2Fv20190153.1&titleStage=F&titleAcct=i0adc41900000016045a8e13575500708#sl=p&eid=f77b889755f7b9a285c4a78f3f06dabd&eat=a-215008986&pg=RR-10.1&psl=&nvgs=false>).

Gerald MÄSCH (2019), «§ 306 Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Sellier - de Gruyter, Berlin.

Dieter MEDICUS; Sebastian LORENZ (2014), *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 17ª ed., C. H. Beck, München.

Hans W. MICKLITZ; Norbert REICH (2012), «„Und es bewegt sich doch“? – Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen», *EuZW*, pp. 126-128

- (2014), «The Court and the sleeping beauty: the revival of the unfair contract terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, vol. 51, pp. 771-808

José María MIQUEL GONZÁLEZ (1994) «Buena fe (D.º Civil)», en Alfredo Montoya Melgar (dir.) *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, pp. 831-847.

- «D. A. 1.ª, 3 LCGC» (2002), en Ménéndez Menéndez, A; Díez Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, pp. 892-964.

- (2013), «Condiciones generales abusivas en los préstamos hipotecarios», *RJUAM*, n.º 27, pp. 223-252.

- (2015a), en Pantaleón Prieto, «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>; fecha de consulta: 11 de marzo de 2019).

- (2015b), en ALFARO ÁGUILA-REAL, «Más sobre intereses moratorios abusivos», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>; fecha de consulta: 11 de marzo de 2019).

- (2017), «Las cláusulas de vencimiento anticipado en el contrato de préstamo hipotecario», en Prats Albentosa, L., Tomás Martínez, G. (coords.), *Culpa y responsabilidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

Antonio Manuel MORALES MORENO (1980), «El alcance protector de las acciones edilicias», *ADC*, Vol. 33, nº 3, pp. 585-686.

- (1983), «El propósito práctico y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro», *ADC*, Vol. 36, nº 4, pp. 1429-1546.

- (2012), «Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa», *ADC*, Vol. 65, nº 1, pp. 5-28.

- (2014), «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago», en Díez Picazo, L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, Vol. 2, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 1957-1993.

Lucía Moreno GARCÍA (2015), *Cláusulas suelo y control de transparencia*, Marcial Pons, Madrid.

Martín OROZCO MUÑOZ (2015), *El enriquecimiento injustificado*, Aranzadi, Cizur Menor.

Javier PAGADOR LÓPEZ (1998), *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Marcial Pons, Madrid.

- (1999), *Condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas*, Marcial Pons, Madrid.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (1993), «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, Vol. 46, nº 4, pp. 1719-1746.

- (2015a), «Más sobre la integración del contrato tras la anulación de la cláusula abusiva de intereses moratorios», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del->

contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/; fecha de consulta: 11 de marzo de 2019).

- (2015b), Parte comentarios, en ALFARO ÁGUILA-REAL, «Más sobre intereses moratorios abusivos», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>; fecha de consulta: 11 de marzo de 2019).

-- (2019a), «La sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia sobre cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/la-sentencia-de-la-gran-sala-del-tribunal-de-justicia-sobre-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>; fecha de consulta: 31 de marzo de 2019).

- (2019b), «En materia de cláusulas de vencimiento anticipado abusivas», *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/en-materia-de-clausulas-de-vencimiento-anticipado-abusivas/>; fecha de consulta: 7 de junio de 2019).

Fernando PANTALEÓN PRIETO / Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (2017), «Respeto institucional», *El País* (https://elpais.com/economia/2017/01/13/actualidad/1484335072_549003.html; fecha de consulta: 13 de enero de 2017).

María de los Ángeles PARRA LUCÁN (2015), «Riesgo imprevisible y revisión de los contratos», *InDret*, 4/2015, www.indret.com.

Miguel PASQUAU LIAÑO (2000a), «Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 271-312.

-(2000b), «Disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.2 LGDCU», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.) *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 771-794.

Antonio PERDICES HUETOS (2002), «Artículo 10. Efectos.», en en Ménendez Menéndez, A; Díez Picazo y Ponce de León, L. (dirs.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, pp. 519-547.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Cizur Menor.

- (2013), «La restitución de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de cláusulas suelo en contratos de préstamo hipotecario tras la STS 9 de mayo de 2013», *Diario La Ley*, n.º 8154.

-(2017), *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- (2019), *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Thomas PFEIFFER (2013a), «§ 307 BGB. Inhaltskontrolle», en Hau Wolf, Walter F. Lindacher, Thomas Pfeiffer (eds.) *AGB-Recht Kommentar*, 6.ª ed. pp. 267-386.

- (2013b), «Artikel 6 Richtlinie 93/13/EWG. Rechtsfolgen; Kollisionsrecht», en Hau Wolf, Walter F. Lindacher, Thomas Pfeiffer (eds.) *AGB-Recht Kommentar*, 6.ª ed., pp. 2416-2429.

Bruno RODRÍGUEZ ROSADO (2013), *Resolución y sinalagma contractual*, Marcial Pons, Madrid.

Herbert ROTH (2007), «Rücktrittsrecht und Leistungskondiktion», en Andreas Heldrich, Jürgen Prölss, Ingo Köller (eds.) *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, pp. 1131-1148.

Antonio Ismael RUIZ ARRANZ (2019), «Frutos en la restitución contractual y normas posesorias: Un debate a zanjar», en Ataz López, J.; García Pérez, C. (coords.) *Estudios sobre la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, pp. 289-317.

Miguel RUIZ MUÑOZ, (1993), *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*, Lex Nova, Valladolid.

Pablo SALVADOR CODERCH (2009), «Alteración de circunstancias en el art. 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *InDret*, 4/2009 (www.indret.com).

Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA (2004), *Resolución por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid.

Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ (2009), «Del cobro de lo indebido», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *Comentarios al código civil*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 2145-2153.

Jaime SANTOS BRIZ (1984), «Del cobro de lo indebido», en Albaladejo García, M; Díaz Alabart, S. (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo XXIV, Edersa, Madrid pp. 74-92.

Rafael SARAZÁ JIMENA (1994), «La nulidad en los contratos de adhesión», en José Ramón Ferrandiz Gabriel (dir.), *Cuadernos de Derecho judicial. El negocio jurídico. La ineficacia del contrato*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 13-57.

Harry SCHMIDT (2013), «§ 306 BGB. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit», en Peter Ulmer, Hans Erich Brandner, Horst-Diether Hensen (eds.) *AGB Recht Kommentar*, 12.ª ed., 2016, pp. 396-458.

Huber SCHMIDT (2019), «§ 306 BGB. Rechtsfolgen bei Nichteinbeziehung und Unwirksamkeit», en Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth, Wolfgang Hau, Roman Poseck (eds.) *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 49.ª ed.

Michael Stürner (2013), «Amtsprüfung im Mahnverfahren und Unzulässigkeit der Vertragsanpassung bei missbräuchlicher Verzugszinsklausel. Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 14.6.2012, Rs. C-681/10.», *ZEUP*, pp. 671-680.

Katharina UFFMANN (2010), *Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- (2015), «Informationspflichten und ergänzende Auslegung bei Preisanpassung in Energielieferverträgen», *NJW*, pp. 1215-1218.

Peter ULMER (1982), «Der Kaufpreis für Neuwagen bei Unwirksamkeit der Tagespreisklausel», *Betriebs-Berater*, nº 19, pp. 1125-1132.

Carlos VATTIER FUENZALIDA (1987), «La interpretación integradora del contrato en el Código civil», *ADC*, Vol. 40, nº 2, pp. 495-524.

Carles VENDRELL CERVANTES (2012), «La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen», *ADC*, Vol. 65, nº 3, pp. 1107-1244.

- (2017a), «Los efectos de las sentencias dictadas sobre acciones colectivas en materia de cláusulas abusivas respecto de las acciones individuales posteriores: jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 47, pp. 69-81.

- (2017b) «El enriquecimiento injustificado en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo», en Del Olmo García, P.; Basozabal Arrue, X. (dirs.), *El enriquecimiento injustificado en la encrucijada: historia, derecho comparado y propuestas de modernización*, pp. 283-337.

- (2018) «Jurisprudencia europea y española sobre protección del consumidor hipotecario: hitos, lecciones prácticas y cuestiones pendientes», en Juan José Ganuza, Fernando Gómez Pomar (coords.), *Presente y futuro del mercado hipotecario español: un análisis económico y jurídico*, pp. 371-481.

Graham VIRGO, «Restitution», en Beale, H. (ed.), *Chitty on contracts*, vol. II, 32ª ed., pp. 2093-2243.

Christiane WENDEHORST (2012), «§ 812 Herausgabeanspruch», en Heinz Georg Bamberger, Herbert Roth (eds.) *Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, vol. 2, 3ª ed.

Simon WHITTAKER (2015), «Consumer contracts», Beale, H. (ed.), *Chitty on contracts*, vol. II, 32ª ed., pp. 883-1290.

Joseph WIELING (2009), *Bereicherungsrecht*, 4ª ed., Springer, Berlin-Heidelberg.

Manfred WOLF; Jörg NEUNER (2016), *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, C. H. Beck, München.

Wolfgang WURMNEST (2019), «§ 307 BGB Inhaltskontrolle», en Säcker, F. J.; Rixecker, R.; Oetker, H.; Limperg, B. (eds.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8ª ed., C. H. Beck, München.

Laura ZUMAQUERO GIL (2018), «La nulidad de la cláusula de gastos de los préstamos hipotecarios», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, nº 2, pp. 149-191.