



Revista de Derecho

ISSN: 0121-8697

ISSN: 2145-9355

Fundación Universidad del Norte

Rincón Andreu, Gerard

La integración contractual del préstamo multidivisa en el Derecho de consumo europeo*

Revista de Derecho, núm. 55, 2021, Enero-Junio, pp. 47-78

Fundación Universidad del Norte

DOI: <https://doi.org/10.14482/dere.55.347.94>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85169965004>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

UDEM redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc

Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

La integración contractual del préstamo multidivisa en el Derecho de consumo europeo*

*Contractual Integration of Multi-Currency
Loans in European Consumer Law*

GERARD RINCÓN ANDREU

Profesor de Derecho Civil, Universidad Santiago de Cali. Profesor colaborador del Grado de Derecho, Universitat Oberta de Catalunya. Doctorando en Derecho y magíster en Estudios Jurídicos Avanzados, especialidad en Derecho Privado, Universitat de Barcelona. Magíster en Abogacía, Universitat Autònoma de Barcelona. Graduado en Derecho, Universitat Pompeu Fabra. Abogado col. 42.677 del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Investigador del Grupo de Investigación GICPODERI. gerardrincon@usc.edu.co.

* Este artículo corresponde a una parte del trabajo final del máster en Estudios Jurídicos Avanzados, con especialidad en Derecho Privado, cursado por el autor en la Universidad de Barcelona durante el período académico 2016-2018.

Resumen

El derecho de consumo viene evolucionando a marchas forzadas, vislumbrándose cierta labor hermenéutica, no del todo consistente, debido a la necesidad de cumplir con el principio básico de protección al consumidor. Si bien la solución jurídica consolidada nos lleva a declarar la anulabilidad del clausulado multidivisa, este artículo pretende reflexionar sobre si la interpretación teleológica y hermenéutica para llegar a la solución actual es coherente con nuestro ordenamiento positivo. Por consiguiente, expondremos como se están socavando los propios fundamentos del derecho contractual clásico, concretamente: la doctrina de la nulidad y los principios de conservación del negocio jurídico e integración contractual.

PALABRAS CLAVE

Derecho de consumo, cláusulas abusivas, integración contractual, nulidad, anulabilidad.

Abstract

Consumer law has been evolving at an accelerating pace, with a certain hermeneutic task, not entirely consistent, due to the need to comply with the basic principle of consumer protection. Although the consolidated legal solution leads us to declare the relative nullity of the multi-currency clauses, this research paper aims to reflect on whether the teleological and hermeneutic interpretation to reach the current solution is consistent with our legal order. Therefore, we will expose how the legal grounds of classic contractual law are being undermined, specifically: the doctrine of nullity and the principles of conservation of legal business and contractual integration.

KEYWORDS

Consumer law, unfair terms, contractual integration, nullity, relative nullity.

I. INTRODUCCIÓN

En primer lugar, a fin de centrar el objeto de estudio, expondré brevemente la “naturaleza jurídica” del contrato bancario multidivisa, identificando los elementos esenciales que lo conforman. En segundo lugar, analizaremos cómo se configura la nulidad como forma de invalidez para los contratos en sede de derecho de consumo, partiendo ya de la tendencia expansiva de la anulabilidad en materia contractual general.

Concretamente, la cuestión objeto de estudio radica en que el clausulado multidivisa declarado nulo corresponde a elementos esenciales del contrato –objeto y causa–, por lo que correspondería, *a priori*, declarar la nulidad absoluta. Sin embargo, parece uniforme la doctrina del Tribunal Supremo (TS) español, siguiendo las directrices del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), la cual posibilita una integración del régimen contractual para evitar la nulidad total del contrato –por error en el consentimiento o abusividad–, con el objetivo de no perjudicar al consumidor. Por tanto, entrevemos una anomalía en la tradicional institución de la nulidad y quizás un cambio hacia una interpretación más amplia del propio principio de conservación del negocio jurídico, ostentando este una mayor flexibilidad o disponibilidad en supuestos de derecho de consumo.

El método utilizado para el desarrollo de este estudio es el propio de la investigación jurídica de carácter hermenéutico. Se tiene en cuenta tanto la interpretación teleológica como el método descriptivo, a fin de precisar el objetivo de la norma jurídica y desvelar el sistema de relaciones que establece con el resto del entramado jurídico, analizando las motivaciones teleológicas que han llevado a una normativa y jurisprudencia de derecho de consumo a dar un giro a la teoría general de la nulidad contractual.

Por tanto, en el marco del préstamo multidivisa, pretendo analizar a partir de la doctrina y la evolución de la jurisprudencia comunitaria y del Tribunal Supremo si procedería, en algún supuesto, la nulidad radical sin posibilidad de sanación. Asimismo, exponer el alcance del principio de conservación del negocio jurídico: primero, dentro de la clásica teoría general de la contratación y, consiguientemente, desde una visión crítica, en el ámbito del derecho especial de consumo.

En síntesis, pretendemos exponer los fundamentos jurídicos que habilitan la nulidad relativa cuando la abusividad afecta al clausulado multidivisa como elemento esencial del contrato. Asimismo, el objetivo general de esta investigación será el de vestir la teoría de la “prohibición de reducción conservadora de la validez de las cláusulas abusivas” como la mejor vía para conseguir una integración contractual más acorde con el principio de conservación del negocio jurídico.

II. “NATURALEZA JURÍDICA” Y OPERATIVA DEL PRÉSTAMO MULTIDIVISA

Antes de entrar en el fondo de la investigación, es necesario exponer en qué consiste el contrato multidivisa, su “naturaleza jurídica” y conocer su operatividad en el mercado financiero. Para ello, como comenta Raga et al. (2016, p. 483) es conveniente traer a colación la STS, Sala 1ª, Sec. Pleno, 323/2015, de 30 de junio, que declara que lo que se ha denominado coloquialmente “hipoteca multidivisa” es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa. En esta divisa extranjera, entre varias posibles, a elección del prestatario, el índice de referencia sobre el cual se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euríbor, en concreto, el Líbor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

Para Navas (2015, p. 13), el esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al modo convencional y una particular forma de determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización que, en términos muy generales, puede realizarse en divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria.

Se supone que, en términos muy simples, el atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro¹, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo².

Por ende, los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, teniendo el riesgo de fluctuación de la moneda una doble incidencia. Asimismo, el empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización (comprensiva de capital e intereses); puesto que, además, se aplica para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódicas,

¹ Este tipo de productos se comercializaron en un momento económico en el que el euro estaba muy apreciado frente a monedas como el yen y el franco suizo, y el Euríbor muy alto, frente a los intereses más bajos que ofrecían las citadas monedas extranjeras, lo que convertía el préstamo, a primera vista, en atractivo, como apunta Vázquez García (2017, pp.197-198).

² STS, Sala 1ª, Sec. Pleno, 323/2015, de 30 de junio, FJ 7.º.

puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo (Vázquez García, 2017, pp. 33-34).

Respecto a la “naturaleza jurídica”, fue cuestión controvertida la inicial aplicación a esta clase de préstamos de la normativa sobre servicios de inversión³, concretamente de la Directiva 2004/39/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 (MiFID)⁴ relativa a los mercados de instrumentos financieros, la cual obliga a las entidades financieras a seguir un cauce específico para los inversores minoristas de estos servicios⁵.

Sin embargo, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo se ha visto superada por la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312-14), la cual establece, en relación con el préstamo multidivisa, que: a) no tiene por objeto la venta de un activo financiero; b) una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero; c) las operaciones de determinación de la cuota que debe abonar el prestatario de un préstamo multidivisa no pueden calificarse como servicio de inversión; d) de manera que la entidad bancaria no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar, establecidas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39/CE (MiFID)⁶.

Acerca del préstamo multidivisa, el mismo está conformado por las siguientes cláusulas: “capital del préstamo”, “amortización”, “intereses ordinarios” y “determinación del tipo de interés variable”. Dichos pactos no son meras cláusulas accesorias del contrato, sin las cuales este puede

³ A estos efectos, la ya mencionada sentencia del Pleno del TS 323/2015, de 30 de junio, estableció que un préstamo multidivisa no solamente es “un instrumento financiero”, sino, además, “un instrumento financiero derivado”.

⁴ *Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo*. DOUE númº. 145, de 30 de abril de 2004.

⁵ Antes de profundizar en las Directivas de Derecho comunitario concernientes en materia de cláusulas abusivas, es menester diferenciar entre Directiva y Reglamento como dos actos jurídicos de la UE de distinto alcance. Al respecto, el art. artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en sus respectivos 2º y 3º apartado rezan: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”; en cambio, “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”.

⁶ De hecho, a raíz de esta resolución del TJUE, el Tribunal Supremo, en su sentencia Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, ha venido adoptando la misma posición.

subsistir, sino que son parte esencial del mismo; concretamente, forman parte, ni más ni menos, del objeto y causa del contrato.

Asimismo, tanto la jurisprudencia del Alto Tribunal como del TJUE coinciden en afirmar que las cláusulas multidivisa son definitorias del “objeto principal del contrato”. Así, la STS 608/2017 de 15 de noviembre y la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 (caso Andriuc), describen que, en este tipo de contratos, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por tanto, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo⁷.

A pesar de ello, el debate sobre los elementos esenciales puede devenir estéril en cuanto a la declaración de nulidad por la no superación del doble control de transparencia, pues la práctica demuestra que se controla todo (Carrasco Perera, 2007, p. 182). No obstante, a efectos del régimen de nulidad aplicable, consideramos que lo que no debe ser intrascendente es si la abusividad afecta a un elemento esencial o a un elemento accesorio, puesto que, en principio, las consecuencias serían distintas: para el primero, la nulidad; para el segundo, la anulabilidad.

III. TENDENCIA HACIA LA CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD COMO FORMA DE INVALIDEZ

Interesa profundizar en la distinción entre nulidad y anulabilidad, alejándonos del férreo y estéril debate doctrinal para conceptualizar la ineficacia, invalidez e inexistencia; aunque compartiendo la opinión del sector doctrinal que considera que la apreciación y distinción de las categorías de ineficacia e invalidez resulta innecesaria a efectos prácticos (Ramón Fernández, 2012, pp. 64-66). No obstante, aclaramos que si bien el término “inexistencia” se utiliza como sinónimo de nulidad radical (Ramón Fernández, 2012, p. 80), cuando se menciona el término “invalidez”, se relaciona con un supuesto de anulabilidad.

⁷ Concretamente, el apartado 35 de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc), afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el artículo art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan.

Sin embargo, existe una confusión entre ambas categorías, cuyo origen se encuentra en la imprecisión terminológica del Código Civil español (en adelante, CC)⁸, que en el artículo 1301, en vez de indicar “acción de anulabilidad”, la dicción del precepto es “acción de nulidad”. Los preceptos del CC que regulan la nulidad de los contratos no se atienen a la dicotomía entre nulidad absoluta y relativa, y no se refieren solo a esta última. Así pues, vemos cómo el CC español, aunque distingue dos tipos de invalidez, los designa con la misma palabra (“nulidad”), exponiendo con cierta nitidez las causas de uno de ellos —el que hemos llamado “anulabilidad”— (Clavería, 2007, p. 77).

Además, cabe destacar que estamos ante la ausencia en nuestro derecho de regulación específica sobre la nulidad parcial, visto que su admisión puede deducirse de diversos preceptos del CC⁹. El Tribunal Supremo bien enfatiza al respecto que “a diferencia de otros, como el italiano y el portugués, que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido)”¹⁰.

Ahora bien, la ambigüedad terminológica del artículo 1301 CC al referirse a la “acción de nulidad” ha sido precisada doctrinal y jurisprudencialmente en el sentido de distinguir entre los supuestos de nulidad radical o absoluta y entre los constitutivos de nulidad relativa o anulabilidad¹¹. Históricamente, el Tribunal Supremo, desde sentencias de 30 de noviembre de 1909 y de 21 de junio de 1927, siempre ha tenido en cuenta tal distinción (Rosa Lucena, 2014). Conviene destacar la recién STS, Sala 1ª, 2/2018, de 10 de enero, que hace una excelente síntesis entre ambos tipos de nulidad, exponiendo tanto los criterios doctrinales como la evolución jurisprudencial al respecto, destacando las características de la anulabilidad y acercando que este “es el régimen de invalidez al que el legislador ha dotado de la regulación más completa”. Ciertamente, en materia de nulidad en el ámbito de contratos bancarios con consumidores, los tribunales distinguen entre nulidad absoluta o relativa, entrando a justificar la opción de la anulabilidad debido a sus consecuencias jurídicas tendentes a la conservación del contrato.

⁸ Código Civil. (1889). *Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil*. Gaceta de Madrid núm. 206.

⁹ Así lo razona la SAP Barcelona, Sec. 14ª, 158/2017, de 22 de marzo: “ante la ausencia en nuestro Derecho de una norma sobre la nulidad parcial, visto que su admisión puede deducirse de diversos preceptos del CC como ocurre con los art. 1155 (la nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal); 1476 (nulidad del pacto que exime al vendedor de responder de la evicción), 1691 (nulidad del pacto que excluye a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas), 1826 (nulidad del pacto por el que el fiador queda obligado a más que el deudor principal) (...)”.

¹⁰ STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo.

¹¹ STS, Sala 1ª, 843/2006, de 6 de septiembre.

Es importante la distinción entre nulidad de pleno derecho y anulabilidad, la cual señala, al mismo tiempo, una “gradación” de invalidez. Como veremos, la nulidad es aquella imperfección del contrato que impide a este producir sus efectos propios, mientras que la anulabilidad es aquella otra imperfección menos enérgica –derivada, sobre todo, de determinados vicios de capacidad o de voluntad– que da lugar a una acción de nulidad o de impugnación, la cual, si es ejercitada con éxito, produce la destrucción del acto con fuerza retroactiva (Castán, 2008, p. 796).

Lo cierto es que no se puede desconocer la importancia de definir la esencia última de la nulidad y anulabilidad, de lo que dependerá la determinación de la sanción que resulte apropiada en supuestos concretos, observándose cómo el tratamiento procesal puede resultar determinante y se desenvuelve, en ocasiones, al margen de las cuestiones sustantivas (Egusquiza, 1999, p. 25).

A priori, la causa que origina la nulidad y la anulabilidad será el elemento que permita diferenciar ambas figuras (Bercovitz, 2008, p. 139). Mientras que las causas de nulidad son de derecho necesario e indisponibles y atentan contra el orden público, las causas de anulabilidad atentan contra los intereses de un particular y son disponibles y subsanables para las partes (Casasayas, 2017, p. 136). Asimismo, la nulidad como forma de invalidez –a diferencia de la inexistencia– presupone, por lo menos, que el negocio exista como supuesto de hecho y que, por tanto, exista una figura exterior de sus elementos eventuales capaz de engendrar algún efecto secundario, negativo o divergente, aunque esta figura se revele luego inconsciente ante un análisis más profundo (Betti, 2000, pp. 408-410).

Aunque tradicionalmente el Tribunal Supremo manifestó una robusta inercia conducente a la nulidad de pleno derecho, así como también la doctrina concebía la nulidad como regla general de invalidez, con la vista puesta en el artículo 6.3 CC; son cada vez más los casos en los que no se descarta o se admite abiertamente una anulabilidad atípica o no textual, en atención normalmente a criterios de carácter práctico o funcional (Pasquau, 1997, p. 97). Es más, se observa que buena parte de los problemas que suscita la aplicación de la nulidad en las relaciones contractuales descubren una cierta huida hacia el régimen de la anulabilidad (Egusquiza, 1999, p. 93). En este sentido, el derecho de consumo no será más que una muestra de la expansión de la anulabilidad más allá de los casos previstos por el legislador, imponiéndose como principio general frente a la nulidad absoluta¹².

¹² La mayoría de autores, como Pasquau (1997, p. 92), reconocen que “se ha llegado a afirmar, incluso, que en materia contractual la anulabilidad es el régimen típico, la regla general”. Esta misma línea es la que ratifica Carrasco Perera (2017, pp. 648-649) al expresar que “la anulabilidad es un régimen expansivo, y ha de servir de marco regulatorio analógico para otros supuestos de ineficacia negocial donde concurra identidad de razón. Esta fuerza expansiva se proyecta sobre el extremo que cuando la forma está exigida por la ley en beneficio de uno solo de los contratantes, habrá que sostener que el régimen adecuado es el de la anulabilidad, generalizando de esta forma la solución que para un caso singular contiene, por ejemplo, el art. 100.1 TRLGDCU, previéndose que podrá ser anulado el contrato celebrado sin que se haya facilitado al consumidor la copia del contrato celebrado o la confirmación del mismo”.

Para ello, era preciso superar la concepción de inexistencia y nulidad de pleno derecho que parecen imponer los artículos 1300 y 1310 CC, proponiendo un criterio de distinción entre nulidad y anulabilidad basado en consideraciones “funcionales” de adaptación a la finalidad perseguida por el legislador al sancionar con la ineficacia, más que en criterios lógicos propios de la concepción organicista del acto jurídico, de tal modo que fuera posible propugnar el régimen de anulabilidad también para ciertos casos en los que la irregularidad consiste en la falta de algún elemento esencial del contrato (Pasquau, 1997, pp. 92-93). En esta tesis, defendida principalmente por Gordillo (Pasquau, 1997, p. 93), encontramos una buena argumentación para entender la aplicación de la anulabilidad en los contratos multidivisa. Esto es así en cuanto para dichos contratos se propugna la anulabilidad en aras de evitar un ulterior perjuicio a la parte débil, ajustándose mejor a la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la protección de los intereses particulares de los consumidores¹³.

Como expone Pasquau (1997, pp. 92-93), citando a Gordillo, analizando los caracteres funcionales de las categorías de nulidad y anulabilidad, se advierte como una, la nulidad, resulta apropiada para la defensa del interés público, y la otra, la anulabilidad, se ajusta mejor a la protección de intereses particulares. En definitiva, el criterio de distinción entre la nulidad y la anulabilidad no vendría dado por el tipo de defecto, sino por el interés público o privado que está en juego, es decir, por consideraciones funcionales, no estructurales.

Por último, y compartiendo la opinión de López Beltrán (1995, pp. 22-23), la decisión a la hora de calificar un negocio como nulo o anulable no se adopta, al menos no se adopta siempre, siguiendo esquemas rigurosamente lógicos. Es posible que de este modo se solucione acertadamente el conflicto de intereses planteado en cada caso concreto, pero es indudable que de alguna manera pone en peligro la seguridad jurídica que exige la coherencia del sistema.

IV. SUPUESTA IMPOSIBILIDAD DE ANULABILIDAD DEL CLAUSULADO MULTIDIVISA

A la vista de que las cláusulas multidivisa no son meras cláusulas accesorias del contrato, sino que son parte esencial del mismo, debemos plantear, aunque solo sea por sentido común, la supuesta imposibilidad de declarar la nulidad relativa de dicho clausulado porque sin el mismo el contrato no puede subsistir. Todo ello sin entrar a valorar las posibles acciones que habilitarían la nulidad de dicho clausulado (ya sea por error-vicio o por la no superación del doble control de transparencia); pues esto, por complejidad y extensión, bien nos llevaría a la redacción de un artículo aparte.

¹³ De hecho, en el ámbito del consumo, Álvarez Lata (2004, p. 79) incluso afirma que es factible la extensión analógica de la anulabilidad de casos previstos por el legislador a otros que no lo están, pero que son semejantes, atendiendo a la finalidad perseguida, en particular, si se trata, como es nuestro caso, de otorgar protección a una persona determinada –el consumidor– a la que se señala por el legislador como portador de la acción.

A saber, el artículo 1261 del CC establece los elementos esenciales de la contratación, disponiendo en su redactado que “No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes. 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato. 3.º Causa de la obligación que se establezca”. Concretamente, como expresado en el primer epígrafe, el clausulado multidivisa forma parte, ni más ni menos, del objeto y causa del contrato, al reconocerlas la propia jurisprudencia comunitaria como definitorias del objeto principal del mismo.

El Tribunal Supremo, mediante su STS, Sala 1ª, 864/1997, de 10 octubre¹⁴, entre otras, ha definido el objeto como “aquella realidad sobre la que el contrato incide y en relación a la que recae el interés de las partes o la intención negocial o móvil esencial del contrato”. Así, es evidente que el objeto de este contrato de préstamo (que cumple los requisitos de los artículos 1271, 1272, 1273 CC) recae sobre el importe entregado por la entidad prestamista a los prestatarios, esto es, un determinado importe en divisa extranjera.

Sobre dicho extremo se ha pronunciado nuestro más alto tribunal en la STS, Sala 1ª, de 4 de diciembre de 1986 (RJ 1986/7219), según la cual se veda la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, por no ser las mismas escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y, por tanto, la nulidad de aquellas solo tiene sentido instando la nulidad del contrato en su integridad.

Siguiendo la misma línea jurisprudencial, la STS, Sala 1ª, 485/2000, de 16 de mayo, fijó que “la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía”. Además, esta misma resolución deja claro que la nulidad parcial es de contemplación casuística, y “solo puede tomarse en consideración cuando conste que el contrato se habría celebrado sin la parte nula y cuando la nulidad no trasciende a la totalidad del negocio”.

Más recientemente, la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 13ª, se pronunció, en la Sentencia 255/2015, de 10 de julio, sobre esta misma cuestión, y en concreto sobre un préstamo multidivisa, siguiendo, para su resolución, cierta doctrina fijada por el Tribunal Supremo:

En el presente supuesto, la cláusula primera, en la que se concierta el préstamo en divisas y se calcula su importe, y la segunda donde se fija la duración del contrato y se establece la posibilidad de modificar en los diferentes vencimientos del préstamo en euros o en otras divisas, lo que afectaría, a su vez, al interés, son cláusulas de carácter esencial y no puede modificarse lo querido por las partes, por una integración del contrato referenciando el préstamo al euro como divisa natural y a un

¹⁴ Con cita a la STS, Sala 1ª, de 5 junio de 1978 (RJ 1978/2219).

tipo de interés determinado, con las demás peticiones que en el suplico de la demanda se efectúan. Y ello porque el carácter esencial de las cláusulas impugnadas afecta a todo el negocio, y su supresión modificaría por completo la estructura del préstamo que no puede subsistir modificándolo en los términos solicitados por la demandante (...).

Así, en este caso, la AP de Madrid resuelve que la supresión íntegra de las cláusulas financieras de carácter multidivisa dejaría el contrato desprovisto de la fijación de dos elementos imprescindibles del préstamo: “la recepción de dinero u otra cosa fungible por el prestatario y la obligación de este de devolver al prestamista otro tanto de la misma especie y calidad (art. 1753 CC)”.

Por lo tanto, tras la exposición anterior, podríamos considerar un hecho indubitado que, de estimarse la solicitud de nulidad del consumidor y, en consecuencia, declararse nulas dichas cláusulas, el contrato devendrá necesariamente nulo en su totalidad, y no en parte, por recaer en elementos esenciales del contrato como es el objeto y la causa del mismo.

En definitiva, la jurisprudencia admite la nulidad parcial cuando la nulidad recae sobre un elemento accesorio o cuando no alcance a la esencia del negocio; si bien lo que no puede ser admisible es que, con base en la nulidad parcial, se modifique lo querido por una de las partes; puesto que todo parece indicarnos que una nulidad parcial solo puede afectar a lo accesorio y no a lo esencial.

Del mismo modo, quiero poner de manifiesto mi visión crítica sobre la admisión de la anulabilidad de la estipulación de opción multidivisa, por ser simple y llanamente incongruente. Conviene enfatizar que la cláusula de opción multidivisa es, precisamente, una potestad del prestatario de devolver el préstamo en alguna otra moneda, por lo que a mi juicio es absurdo solicitar la nulidad de una propia estipulación facultativa. Asimismo, jamás podrá considerarse cláusula abusiva una facultad potestativa del prestatario, porque no impone ninguna condición obligatoria del empresario al consumidor.

En cualquier caso, en la mayoría de *litis* no consta ni el ejercicio de la opción, ni la solicitud de información para realizarla, no dejando de sorprender que el consumidor, al interponer acción de nulidad, pretenda un préstamo “normal” en euros y referenciado al Euríbor, cuando ello era una posibilidad que claramente contemplaba el préstamo hipotecario suscrito. Igualmente, no hay explicación alguna del porqué el prestatario nunca interesó antes el cambio, pudiendo hacerlo en cada periodo trimestral, cuando era evidente que conocía el notable ascenso que se producía en su cuota con la recepción de las liquidaciones. El impetrador siempre puede alegar que la entidad ni le advirtió ni le ofertó el cambio, mas el contenido de las aludidas liquidaciones ya debía ser advertencia para el prestatario y, recordemos, él era el optante y no la entidad prestamista.

Asimismo, en la hipótesis de nulidad de la estipulación de opción multidivisa, el principio de conservación del contrato implicaría llegar a la antinomia de mantener el resto de pactos del prés-

tamo y, en definitiva, que este se devolviera exclusivamente en divisa extranjera y solo en divisa extranjera, pero nunca la nulidad de la cláusula transformaría el préstamo en otro diferente. Los tribunales no confeccionan nuevos contratos, si acaso declaran nulo un pacto determinado, pero, como regla general, lo que no entra en el campo de la disponibilidad del procedimiento es que si se prestaron yenes japoneses o francos suizos ahora se devuelvan euros.

En este sentido, incluso en sede de derecho de consumo, Blanco García-Lomas (2014, pp. 30-46), en cita a Pazos Castro, entiende que lo que prohíbe la norma comunitaria es que el juez cree derecho integrando el contrato tras la desaparición de la cláusula contractual declarada abusiva, en cuanto la modifique o la sustituya por otra.

En atención a lo anterior, es indiscutible que existen límites a las potestades de reconstrucción del contrato. Como predica Carrasco Perera (2017, p. 682), en general, la nulidad del contrato o de la cláusula no permite que el interesado en el mantenimiento del contrato (incluso si se trata del sujeto protegido –consumidor– por la norma en que se funda la nulidad) solicite una corrección o modificación del mismo, especialmente si afecta a los elementos esenciales de la relación, por más que la modificación fuera razonable a la vista de los términos de la nulidad.

Como expone Betti (2000, pp. 82-83), “respecto a la iniciativa privada el orden jurídico no tiene más que una función *negativa*, limitadora y ordenadora, y no es concebible que pueda sustituir al individuo en el cometido que es propiamente suyo, o sea, el dar existencia a aquello que es el *contenido* del negocio jurídico”. Este autor prosigue haciendo una neta distinción entre el contenido del negocio y los efectos jurídicos de él, disponiendo que

el contenido preceptivo del negocio se somete a la competencia dispositiva de los individuos, dentro de la órbita en que ésta es admitida y circunstanciada por la ley; los efectos jurídicos, en cambio, reciben su disciplina exclusivamente de la ley, están reservados a su competencia normativa.

V. LA SOLUCIÓN DE LA ANULABILIDAD AL AMPARO DEL PRINCIPIO DE CONSERVACIÓN DEL NEGOCIO JURÍDICO

El principio de conservación del negocio jurídico constituye un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico. Debe señalarse que se ha puntualizado su función interpretativa tras el reconocimiento de esta regla, no solo como un criterio de interpretación, sino también como un auténtico principio general del derecho¹⁵.

¹⁵ Así lo señala la STS, Pleno, 827/2012, de 15 de enero de 2013.

En palabras de Díez-Picazo (2007, p. 499), se ha observado que en sede interpretativa el principio de conservación se refiere, literalmente, solo a las cláusulas y no al entero contrato (cfr. art. 1284 CC: “alguna cláusula”), pero para extender la norma al contrato entero basta pensar que si al derecho le interesa el mantenimiento de un pacto, con mayor razón debe interesarle el mantenimiento del entero negocio, pudiendo llevar la exigencia del mantenimiento del contrato a la privación de valor útil de alguna de sus cláusulas.

En este sentido, como bien señala Vattier (2007, p. 38), la conservación del contrato tiene por finalidad evitar la anulación del mismo, obligándose una parte a cumplir el contenido y modalidades con las que la otra había creído celebrar el contrato o asegure alcanzar un resultado sustancialmente análogo o aceptable por esta última.

Vázquez García (2017, p. 122) destaca el alcance general del principio de conservación como canon hermenéutico de la totalidad del contrato, con proyección en el tratamiento de la eficacia contractual que se derive. En este sentido, en los términos de la STS, Pleno Sala Civil, 827/2012, de 15 de enero de 2013, este principio no solo se ha consolidado como un canon hermenéutico, sino también como un elemento instrumental decisivo en la construcción de un renovado derecho contractual europeo conforme a lo dispuesto en los principales textos de armonización, como la Convención de Viena, los Principios de Derecho Europeo de la Contratación (PECL) y, particularmente, la propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos. De modo que la conservación de los contratos se erige como un auténtico principio informador de nuestro sistema jurídico que comparte, entre otros extremos, el dar una respuesta adecuada a las vicisitudes que presenta la dinámica contractual desde la preferencia y articulación de los mecanismos que anidan en la validez estructural del contrato y su consiguiente eficacia funcional, facilitando el tráfico patrimonial y su seguridad jurídica.

Además, la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotii* o tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido¹⁶.

Véase cuando Betti (2000, p. 410) destaca que “es nulo el negocio que, por falta de algún elemento esencial, es inapto para dar vida a aquella nueva situación jurídica que el derecho apareja al tipo legal respectivo, en conformidad con la función económico-social que le es característica”. Pues bien, ya se desprende de esta afirmación vertida en el marco de la teoría general de la contra-

¹⁶ SSTS, Sala 1ª, 488/2010, de 16 de julio; 261/2011, de 20 de abril; 301/2012, de 18 de mayo, 616/2012, de 23 de octubre.

tación, que para operar la nulidad absoluta no es suficiente con faltar un elemento esencial, sino que sin el mismo el contrato no sea apto para seguir siendo válido en una nueva situación jurídica.

Es aquí donde precisamente encontramos la labor científica argumentativa y de construcción jurídica en cuanto a distinguir entre elemento esencial como elemento definitorio del objeto principal del contrato, y elemento esencial como parte inescindible del negocio jurídico. Así pues, la nulidad parcial operará, amparada por el principio *favor negotii*, i) siempre que los contenidos contractuales afectados sean divisibles o separables del resto, y ii) haya base para afirmar que aún siguen concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede, por tanto, subsistir¹⁷.

Esa tendencia hacia la anulabilidad en la práctica judicial, respaldada por la doctrina científica mayoritaria, conlleva que esta también sea la solución respecto del concreto contrato bancario objeto de estudio. Solo cabe leer la SAP de Barcelona, Sec. 14ª, 158/2017, de 22 de marzo, la cual enjuiciando un supuesto de hipoteca multidivisa, resalta que “las Audiencias de distinta forma, pero todas ellas, se muestran favorables a reconocer la nulidad parcial; pues entienden que, aun sin la parte afectada, el contrato puede subsistir al mantenerse el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar”¹⁸.

A modo de corolario, en cuanto a la subsistencia del contrato, lo relevante será diferenciar entre elemento esencial o elemento inescindible de su objeto y causa. También se ha indicado que no cabe identificar “objeto principal” con “elemento esencial”¹⁹. Aquí, una vez más la construcción doctrinal va más allá del propio cuerpo normativo del Código Civil, el cual recoge en su artículo 1300 que los contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 (consentimiento, objeto y causa) pueden ser anulados. Por esta razón, parece simple la tarea exegética mediante la cual, haciendo una interpretación literal, cuando concurran los elementos esenciales de la contratación, el negocio jurídico podrá ser susceptible de nulidad relativa. *Sensu contrario*, cuando el contrato carezca de alguno de estos elementos, no será susceptible de anulabilidad, sino de nulidad radical.

¹⁷ Como se deduce de la doctrina plasmada en la popular STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo sobre cláusulas suelo y la STJUE, asunto C-23/13, de 30 de abril de 2014.

¹⁸ Así, cita múltiples sentencias, como la SAP de Valladolid, Sec. 3, de 12 de enero de 2017 (JUR 2017, 62032); la SAP de Barcelona, Sec. 1ª, de 27 de noviembre de 2015 (JUR 2016, 28795); la SAP de Zamora, Sec. 1ª, de 3 de enero de 2017 (JUR 2017, 24969); la SAP de Huelva, Sec. 2ª, de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 40254); la SAP de Guadalajara, Sec. 1ª, de 21 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 18662); la SAP (sic), Sec. 14, de 19 de diciembre de 2016 (JUR 2017, 26789).

¹⁹ STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo, FJ 16.º.

Sin embargo, no nos podemos acoger al sentido común de nuestra norma sustantiva y tenemos que recorrer nuevamente a la jurisprudencia, la cual nos confirma que la declaración de nulidad de alguna de las cláusulas que contienen un elemento esencial de la contratación no supone, automáticamente, la imposibilidad de subsistencia del contrato. Así pues, ahora, más que la poda de un elemento esencial, será la imposibilidad de subsistencia del negocio jurídico el único elemento capaz de provocar una nulidad radical.

En síntesis, se ha impuesto la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, que considera que la cláusula multidivisa no forma parte inescindible de su objeto y causa. En consecuencia, no nos encontramos ante una condición esencial, toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euríbor), el negocio puede subsistir, de manera que no hay motivo para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

VI. LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL EN EL PRÉSTAMO MULTIDIVISA

Precisamente para la supervivencia del contrato a partir del principio de conservación del negocio jurídico hay que tener en cuenta la importancia de la interpretación de los contratos. Además, el concepto de interpretación de los contratos debe deslindarse de otros conceptos que son afines pero no coincidentes, como son la integración y la conversión.

Si por interpretación entendemos la determinación del sentido y alcance de una norma jurídica, la interpretación del contrato no es sino idéntica determinación con respecto a la reglamentación intersubjetiva, que nace de una voluntad coincidente sobre un objeto y con un concreto fin económico-social (López y López, 2017, p. 11).

Así pues, como apunta López y López (2017, p. 15), la interpretación del contrato encierra una cuestión de derecho que tiene dos distintas vertientes. Una, consistente en la calificación del contrato, o determinación del tipo contractual, lo que conllevará la aplicación de una u otra reglamentación jurídica; otra, la integración del contrato, operación que resulta a veces necesaria teniéndose en cuenta que la interpretación no puede resolver nada porque nada quisieron al respecto los contratantes, o bien porque quisieron de manera inhábil para alcanzar la realización del propósito común, y el derecho aún favorece la conservación de ese propósito.

Concretamente, la integración tiene por finalidad determinar los efectos totales del contrato cuando estos no han sido plenamente completados por las partes. Las partes incluyen unas previsiones concretas en el contrato, pero si con ellas no determinan todos los efectos del mismo, con la integración se completan aquellas previsiones. Así, la integración se apoya en la calificación y esta en la interpretación, con un encadenamiento lógico y sucesivo (O'Callaghan, 2016).

La integración del contrato tiene como finalidad buscar reglas de la disciplina contractual que la declaración de voluntad no provee o proporciona, suponiendo un conjunto de heterodeterminaciones, al menos en sus caracteres más esenciales. La norma que se refiere a la integración del contrato es el artículo 1258 CC, que nos pone en conexión con auténticas fuentes de normas objetivas (López y López, 2017, pp. 16-17). No es desdeñable el hecho de que la jurisprudencia confirma que la protección específica de la normativa de consumidores es un desarrollo del artículo 1258 CC y que este precepto contiene una norma de control de validez de los pactos contrarios a la buena fe (Carrasco Perera, 2017, pp. 758-759).

De hecho, este precepto se constituye como una regla de integración contractual diseñada para colmar lagunas en la regulación pactada por las partes, para encontrar reglas jurídicas cuando estas son requeridas por el contrato tal como ha sido querido por las partes, y la persistencia de una laguna tuviera que ser considerada como un “fracaso” del plan convenido. Además, dicho sea de paso, se apela a este artículo 1258 CC como regla de integración (especialmente ocurre con la buena fe), para llegar a resultados que serían obvios igualmente sin su invocación (Carrasco Perera, 2017, pp. 473-478).

Precisamente se tomará la buena fe, que entroniza dicho artículo 1258 CC, como parámetro de interpretación contractual, apreciando la STS, Sala 1ª, 367/2016, de 3 de junio que los contratos obligan a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe. Esta sentencia prosigue indicando en su Fundamento Jurídico 5.º lo siguiente:

Para ello, puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente. (...) Así, el artículo 1.258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato.

Respecto de la posibilidad de moderación e integración judicial de las cláusulas abusivas, resulta que la normativa comunitaria en materia de consumo y su despliegue jurisprudencial por el TJUE ha impuesto posteriormente una diferenciación de dicho régimen en función de que nos encontremos o no ante un contrato de consumo. Esta diversificación finalmente ha resultado acogida legalmente por nuestro ordenamiento mediante el vigente artículo 83 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n.º. 287, de 30/11/2007), (en adelante, TRLGDCU)²⁰; si bien comparte con

²⁰ A este artículo 83 TRLGDCU, por medio de la disposición final 8 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, se le añade un último párrafo: “Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (BOE n°. 89, de 14/04/1998) (en adelante, LCGC)²¹ – artículos 9.2 y 10– el principio de conservación del contrato a partir de las disposiciones subsistentes, que ha establecido la imposibilidad de la moderación judicial de una cláusula abusiva salvo en contrato celebrado bajo condiciones generales de la contratación que no lo sea de consumo (Castillo, 2016, pp. 93-95).

Como que la búsqueda de la “voluntad conjetural o hipotética” como fundamento de la integración sería entrañar una cuestión de calificación muy difícil de atinar, la integración se reconduce en una gran medida a cuestiones de entendimiento del sentido y alcance de heterodeterminaciones operantes sobre el contrato, a través de normas de derecho objetivo, lo que supone salir de la interpretación del contrato como declaración de voluntad (López y López, 2017, p. 20). En consecuencia, quizás nos hemos apartado un poco de la casuística, y todo ello, como dice López y López (2017, pp. 18-19), ha llevado a los tribunales a fabricar un *standard* abstracto para toda persona razonable, apartándose de la auténtica voluntad subjetiva de cada individuo en el momento de la génesis contractual.

Con todo, como añade Carrasco Perera (2017, p. 479), es importante destacar que la función de integración no se limita a colmar lagunas de los elementos naturales o accesorios del contrato de que se trate. Existen igualmente en derecho dispositivo usos y reglas de la buena fe disponibles para integrar elementos esenciales del contrato.

Como sabemos, el efecto fundamental de la nulidad parcial consiste en la amputación de la cláusula viciada del contrato y la supervivencia del resto del negocio; ello demanda, necesariamente, la integración de la parte afectada por la nulidad (Álvarez Lata, 2004, p. 55). Por esta razón, ya venimos diciendo que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia de la tutela de las iniciativas negociales de los particulares, señalando, además, como en ciertos sectores dicho principio de *favor negotii* ha sido expresamente acogido. Así ocurre con las condiciones generales de la contratación o con las cláusulas abusivas en los contratos concertados con los consumidores²².

En este punto lo importante es ver cómo no habrá que aplicar únicamente las normas generales del Código Civil (básicamente el artículo 1258 CC). También interesa el análisis de cómo se confiere al juez facultades moderadores respecto de los derechos y obligaciones de las partes para que subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor.

²¹ Como está señalado en el Preámbulo de la presente Ley 7/1998, esta “tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación”.

²² STS, Sala 1ª, 241/2013, de 13 de mayo.

Como expondremos más detenidamente en el siguiente epígrafe, para llegar a la solución de la nulidad parcial es decisiva la normativa sustantiva específica sobre consumo, por lo que véase cómo el artículo 65 TRLGDCU ya nos impone la integración de los contratos en beneficio del consumidor, al disponer literalmente que “los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”.

Por su parte, el artículo 10 LCGC, sobre el alcance de la nulidad, determina en su apartado segundo que “la parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el art. 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo”.

Como expone Álvarez Lata (2004, p. 58), el juzgador podrá entender más equitativo la reducción de la cláusula que su sustitución por el derecho dispositivo, en aras de reequilibrar y moderar los derechos y obligaciones de las partes. Es más, se desprende del mayor alcance que tiene el principio de conservación contractual en derecho de consumo, que solo si la labor integradora no alcanzara resultados satisfactorios, por provocar un desequilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes, la solución debería pasar por la ineficacia del contrato en su totalidad.

A pesar de todo, y a colación de lo anterior, el alcance del principio *favor negotii* en el préstamo multidivisa va mucho más allá, por ejemplo, que en las hipotecas con cláusulas suelo, dado que las implicaciones no son las mismas. La eliminación de la barrera limitadora del interés variable (suelo o techo) no conlleva la misma labor integradora que en el contrato multidivisa. Fíjense que en el primero se puede mantener operativo el contrato pese a la poda de la cláusula suelo, porque se seguirá operando en euros con referenciación al Euríbor, como ya se venía previendo y aplicando, pero sin la barrera limitadora.

En mi opinión, la estimación de la nulidad del clausulado multidivisa deja sin elemento esencial inescindible el negocio jurídico, quedando sin objeto ni causa (no habrá precio fijado para la contraprestación ni intereses para el reembolso del préstamo). En este caso sí que es imprescindible aplicar, además del principio de conservación del contrato, la solución de la integración mediante una sustitución de la cláusula, introduciendo nuevas estipulaciones distintas de las contratadas por las partes.

Al fin, el propio juzgador no solo mantiene el contrato, sino que transforma la cláusula en euros y la referencia al Euríbor, porque no podría este pervivir sin la sustitución del clausulado que ha declarado nulo. Prueba de ello es que los artículos 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio (CCo) exigen la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

VII. INCIDENCIA DE LA NORMATIVA RELATIVA AL DERECHO DE CONSUMO

Tradicionalmente, y en un marco de relaciones contractuales no presididas por la multiplicidad y la universalidad, el principio rector en derecho de obligaciones contractuales era el de *pacta sunt servanda*, al responder a la concepción del contrato entre partes en igualdad de condiciones. Con todo, esta concepción pactista, plenamente respetuosa con la autonomía de la voluntad, entró en crisis cuando se incorporaron a la realidad comercial las condiciones generales de la contratación (Blanco García-Lomas, 2014). Por dicho motivo, nos encontramos ante una nueva realidad contractual, en la cual, como indica la STS, del Pleno de la Sala Civil, de 9 de mayo de 2013, hemos pasado del diálogo individualizado al “monólogo de predisposición”.

Dado que la negociación en masa y no individualizada de los contratos se caracteriza por la desigualdad de la parte adherente (parte débil), el legislador comunitario consideró necesario abandonar el carácter liberal de la regulación contractual e introducir un cierto intervencionismo estatal para restablecer el equilibrio comercial. A estos efectos, el legislador comunitario ha querido otorgar una sobreprotección al consumidor, ocupante de una posición débil en la contratación adhesiva o en masa²³.

La incidencia de la normativa especial de consumo es tal, que las mismas se apartan de los principios establecidos en el Código Civil y conforman un derecho contractual singular presidido por principios distintos, en particular, por el principio de protección del consumidor que lleva a desviaciones de ciertas reglas de los contratos de derecho común²⁴. Esto es, por ejemplo, si el CC entroniza el principio de autonomía privada, que presupone, además, la igualdad de las partes contractuales; las leyes especiales de consumo parten de la premisa inversa: la desigualdad de partes y la configuración del consumidor como contratante débil, necesitado de protección adicional²⁵. Es decir, si en derecho civil es caudal el artículo art. 1255 CC sobre la libre autonomía de las

²³ Las leyes especiales de consumo son el máximo exponente de la intervención del Estado social en las relaciones jurídico-privadas; al efecto, además, dan cumplimiento al principio constitucional de protección del consumidor del artículo art. 51 de la Constitución española (CE) y del artículo art. 153 del antiguo Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE). Se trata de un principio de orden público de protección, subsumible en la categoría de orden público económico (Álvarez Lata, ob. cit., 2004, pp. 23-24).

²⁴ Como señala (Álvarez Lata, 2004, pp. 38-39), citando a Pena López: “la legislación especial de consumo podría, como derecho especial, y en la medida de lo posible, auto-integrarse sobre la base de sus principios y normas, antes de acudir a la vis expansiva supletoria del Código Civil, ex art. 4.3 CC”.

²⁵ Esta desigualdad entre partes contratantes en derecho de consumo la explica de forma diáfana la STS, Pleno Sala Civil, 241/2013, de 9 de mayo, cuando indica que “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha declarado de forma reiterada que el sistema de protección que establece la Directiva 93/13/CEE se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de

partes, en las leyes de consumo, por el contrario, se buscan fórmulas para restablecer el equilibrio contractual de partida, a través de normas imperativas que regulan las condiciones contractuales que se imponen a los consumidores, jugando importancia el criterio de justo equilibrio de las prestaciones (Álvarez Lata, 2004, p. 24).

Como antedicho, el legislador comunitario otorga una sobreprotección al consumidor sin querer eliminar el negocio jurídico que une a este con el predisponente, salvo que este no pueda subsistir sin la cláusula declarada nula. Definida así la ineficacia diseñada para el derecho de consumo, argumenta Blanco García-Lomas (2014) que no podemos acudir a la categoría tradicional de ineficacia contractual. En este sentido, la nulidad diseñada por la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 (en adelante, Directiva 93/13/CEE)²⁶, puede incluirse de lleno en el concepto de ineficacia en sentido estricto, diferenciándose de la invalidez contractual²⁷.

Por dicho motivo, al estar dentro de la categoría de ineficacia contractual en sentido estricto, la nulidad de pleno derecho referida en el artículo art. 83 TRLGDCU no responde a la definición y efectos de las categorías clásicas de nulidad total y nulidad relativa²⁸. Por ello, no podemos encajar la declaración de nulidad de una cláusula multidivisa en las categorías previstas en el artículo art. 1300 CC (nulidad y anulabilidad), ya que estas hacen referencia a una ineficacia que proviene desde dentro del negocio jurídico, cuando, como he señalado, la nulidad preconizada por la Directiva 93/13/CEE viene impuesta a un negocio intrínsecamente válido (Blanco García-Lomas, 2014).

De Castro, . En el supuesto de la nulidad funcional, el objetivo es depurar aquellos aspectos que incumplen las medidas o controles valorativos establecidos para garantizar la corrección de la cláusula y que su inserción en el contenido contractual se realice de manera transparente y leal²⁹.

Por todo ello, Blanco García-Lomas (2014) predica, acertadamente, una categoría genuina de nulidad, propia del derecho de consumo, en que la nulidad total del contrato vulneraría los principios de conservación de los contratos y de protección del consumidor.

antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas”.

²⁶ Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. DOCE númº. 95, de 21 de abril de 1993.

²⁷ Álvarez Lata (2009) argumenta esta distinción de la forma siguiente: el concepto de invalidez se imbuye cuando el vicio es intrínseco al negocio (defectos en sus elementos constitutivos o ilicitud), mientras que concurre ineficacia en sentido estricto cuando por otra razón el negocio no produce efectos, por circunstancias extrínsecas, incluso por un no querer de las partes.

²⁸ Autores como Miquel González (2007, pp.139-162) muestran su rechazo a que la “nulidad de pleno derecho” en derecho de consumo sea una ineficacia semejante a la que representa para la doctrina dominante la anulabilidad. Más Mas esa ineficacia no se aleja en esto de otra construcción de la anulabilidad, que sostiene que la sentencia en el caso de la anulabilidad no es constitutiva.

²⁹ SAP Pontevedra, Sec. 1ª, 316/2015, de 22 de septiembre.

El derecho de consumo establece como consecuencia de esta declaración de nulidad la “expulsión” de la cláusula abusiva, si bien esto no determina *per se* y de forma automática la nulidad de todo el contrato. Por consiguiente, amparándose en el principio de conservación del negocio jurídico, el resto de reglamentación contractual permanece vigente, siempre que el contrato pueda subsistir sin dicha cláusula, pues así lo establecen expresamente los artículos 10 LCGC y 83 TRLGDCU (García-Villarrubia, 2016).

De hecho, la posibilidad de nulidad parcial de los contratos y la vigencia del principio *favor negotii* tiene favorable acogida en nuestra jurisprudencia –como se ha expuesto en el Ep. II: “Tendencia hacia la configuración de la nulidad como forma de invalidez”–. Del mismo modo, permítanme reiterar que en ciertos sectores dicho principio ha sido expresamente acogido. Así ocurre en derecho de consumo, con las condiciones generales de la contratación (art. 9.2 LCGC) o con las cláusulas abusivas en los contratos concertados con los consumidores (art. 83 TRLGDCU)³⁰.

Por esta razón, cuando se trata de contratos en los que se han insertado condiciones generales nulas, la legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir³¹. A tal efecto, conviene reseñar lo dispuesto por el artículo 9.2 LCGC, previendo lo siguiente:

La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

La LCGC, en su redacción original³², también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 lo siguiente:

Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo.

³⁰ SAP Barcelona, Sec. 14ª, 158/2017, de 22 de marzo, y STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo.

³¹ STS, Sala 1ª, 241/2013, de 9 de mayo, FJ 16.º, al argumentar en su ordinal 266 acerca del principio *utile per inutile* en condiciones generales.

³² En referencia a la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (vigente hasta el 1 de diciembre de 2007).

En la actualidad, la previsión de la norma nacional concuerda con lo previsto en la Directiva 93/13/CEE, cuyo vigésimo primero considerando indica que

(...) 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 que, 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.

De manera análoga, en el artículo 6.1 de dicha Directiva europea se dispone que

Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor (...) 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.

Además, la normativa de consumo también incide en la procedencia de integrar el contrato con consumidores en caso de nulidad parcial. El artículo 83 TRLGDCU, respecto a la nulidad de las cláusulas, trata de restablecer el equilibrio interno del contrato admitiendo su integración. Así lo disponía el primer párrafo del antiguo artículo 83.2 LGDCU, a cuyo tenor “la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva”³³.

Asimismo, se otorgó al juez facultades para inmiscuirse en el contrato y moderar su contenido, estando habilitado para integrar el contrato modificando el contenido de la estipulación abusiva, puesto que en un primer momento, el segundo apartado del artículo 83.2 LGDCU³⁴ dispuso explícitamente que a estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Finalmente, reservó la nulidad para supuestos en los que no era posible la reconstrucción equitativa para ambas partes, al recoger el párrafo tercero del citado precepto que “sólo 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”.

A la fecha, esta es la previsión que hace el citado artículo 83 TRLGDCU, la cual conviene reproducir:

³³ Esto ya deviene del artículo art. 10. bis de la anterior Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, introducido por la Disposición Adicional 1.3 de la LCGC.

³⁴ Antes de la modificación por el apartado veintisiete del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (BOE n°. 76, de 28 de marzo de 2014).

Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

En suma, y sobre el objeto de estudio interesado, por influencia del orden público de protección al consumidor, se concede cierta flexibilidad o disponibilidad sobre la ineficacia –pero solo para el consumidor– que pudiera preferir la eficacia de un contrato irregular que su ineficacia. En este caso, es paradigmática la sanción en los casos de contravención de la forma (esencial) de algunos contratos con consumidores. Pues parece ser que el legislador ha optado por la anulabilidad en aras de la protección del consumidor, en lugar de lo que quizás –y vistos los principios contractuales clásicos de derecho civil– sería la lógica consecuencia: la nulidad de pleno derecho (Álvarez Lata, 2004, p. 40).

Todo este marco normativo que acabamos de exponer lleva a determinar, en palabras de Díez-Picazo (2007, p. 514), que existe una regla de prevalencia, en el sentido de que cuando exista contradicción entre las condiciones generales y las condiciones particulares específicamente previstas para ese contrato, prevalecerán estas sobre aquellas, salvo que las condiciones generales resulten más beneficiosas para el adherente. Su fundamento se encuentra en la idea de que las condiciones particulares reflejan mejor la voluntad de las partes. Asimismo, Díez-Picazo (2007, p. 515) también sostiene la vigencia de la regla de la interpretación más favorable para el adherente, resolviéndose las dudas en la interpretación de las condiciones generales oscuras en favor del consumidor.

En conclusión, la opción vigente en la doctrina científica y jurisprudencial no es otra que declarar la nulidad relativa del contrato de préstamo multidivisa. En este sentido, se trata, en suma, de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa –aunque introduciendo la referenciación al Euríbor–, sin poder obviar que la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE –sentencia de 30 de abril de 2014, C-26/13 (asunto Kásler y Káslerné Rábai)– y a la protección de los consumidores. Por consiguiente, los tribunales interpretan que una nulidad radical sería contraria a la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas, al considerarse que produciría un efecto más perjudicial para el consumidor que para la entidad bancaria demandada, en la medida que aquel se vería obligado a devolver de una sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo. Por todo ello, se ha admitido la nulidad parcial del préstamo multidivisa con posibilidad de integración.

VIII. LA PROHIBICIÓN DE REDUCCIÓN CONSERVADORA DE VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ABUSIVA

Llegados a este punto y, como vemos, aun cuando la anulabilidad del clausulado multidivisa no parece ser cuestión candente, esto no debe ser óbice para cuestionarnos o, al menos, reflexionar sobre si la interpretación teleológica y hermenéutica para llegar a la solución actual es del todo coherente con nuestro ordenamiento positivo.

A propósito de todo lo anterior, es sumamente interesante incidir en la proscripción de lo que la doctrina denomina “reducción conservadora de la validez”, en cuanto, como expone Blanco García-Lomas (2014), la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto vs. Joaquín Calderón Camino) y la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik) establecieron contundentemente cuál debería ser el efecto de la nulidad de una cláusula abusiva, que en ningún caso permite moderar, integrar o sustituir la cláusula contractual por otra cláusula en aplicación del derecho dispositivo; pues lo contrario supondría debilitar el efecto disuasorio, lo cual dificultaría la consecución del objetivo a largo plazo establecido en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE (García-Villarrubia, 2016).

Esta declaración obliga a hacer más hincapié aún acerca de la “naturaleza jurídica” de la declaración de nulidad del clausulado multidivisa, para tratar de comprender el alcance de la integración predicada por el artículo 83 TRLGDCU y formular una crítica acerca de la integración que se viene efectuando a fin de conservar, a toda costa, el contrato multidivisa.

A mi juicio, el antiguo redacto del artículo 83 TRLGDCU encajaba mucho mejor con la práctica de los tribunales de modificar el clausulado multidivisa, novándolo por la referenciación al Euríbor. Pues bien, reitero que anteriormente se desprendía del citado precepto que “el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes”.

En cambio, después de la reforma introducida por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, dicho artículo 83 TRLGDCU difumina la facultad moderadora del juez, llevándonos a una integración por la que el juez declarará la nulidad de las cláusulas abusivas del contrato, “el cual seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas”. Es más, vemos cómo en su redacción no se diferencia entre cláusulas accesorias o esenciales, por lo que parece querer abocarnos a una nulidad absoluta –solamente– en aquellos casos en que la poda de un pacto contractual impida la subsistencia del mismo.

Por este motivo, de la redacción del citado artículo 83 TRLGDCU (que se mantiene tras la modificación introducida por la Ley 5/2019, de 15 de marzo) no se puede desprender la interpretación de que se permita una sustitución o modificación de las cláusulas esenciales declaradas nulas. Esta proscripción de la denominada “reducción conservadora de la validez” bien es la tesis consolidada, por ejemplo, cuando se anula la cláusula accesoria de interés de demora (no pudiéndose sustituir por la norma dispositiva del interés legal del dinero –ex. artículo 1108 CC).

Por todo ello, parece que la STJUE de 30 de mayo de 2013 (caso Dirk Frederik) había efectuado la declaración de que el contrato ha de pervivir sin la cláusula contractual declarada nula por abusiva, sin modificar, integrar o agregar contenido alguno, de tal forma que si el contrato no puede pervivir con la cláusula declarada nula, el contrato entero quedará tocado de nulidad (Blanco García-Lomas, 2014).

¿Cuál sería pues la fórmula de integración idónea que permitiría la subsistencia del contrato multidivisa? En todo caso, antes que modificar el tipo de cambio de divisa por el Euro, parecería más acorde con el sentido literal de la norma defender el argumento de la gratuidad en la operación del préstamo, evitando la sustitución de la cláusula multidivisa una vez aniquilada.

De hecho, con base en el artículo art. 1755 CC algunos letrados defienden en sus demandas el supuesto carácter gratuito del préstamo hipotecario multidivisa. Véase el artículo 1740 CC al establecer que “el simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés”, y a continuación, el artículo 1755 CC dispone que “no se deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado”. Lo mismo establece el Código de Comercio en su artículo 314 al establecer que “los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito”.

Por tanto, vemos que nuestro ordenamiento positivo permite un contrato de préstamo sin intereses, en todo caso, cuando no se hayan pactado. Así, con la poda de la cláusula multidivisa referida al devengo de intereses vemos cómo, *a priori*, el contrato objeto de estudio podría seguir siendo perfectamente válido, llegando a una solución más acorde con el tenor literal del redactado vigente del artículo 83 TRLGDCU.

No obstante, teniendo presente los pactos plasmados de la escritura de préstamo hipotecario relativos a los intereses (ordinarios y variables), en nuestro caso no tiene cabida dicha solución porque sí ha habido un pacto *inter partes* en la fijación de unos determinados intereses. Y no solo por ello, sino que, además, el Alto Tribunal, en su sentencia de 28 noviembre 1997 (RJ 1997\8430), remitiéndose a la STS, Sala 1ª, de 17 de octubre de 1989 (RJ 1989\6928), determina que el contrato de creación del préstamo hipotecario es oneroso, no gratuito. En esta línea, la sentencia nos recuerda que “así lo demuestra el hecho de que el prestatario debe pagar intereses del capital prestado con otras compensaciones económicas (comisiones, etc.) constituyendo operación habitual de una entidad financiera que obtiene beneficios económicos mediante el ejercicio de esa actividad empresarial”.

Por su parte, la SAP Madrid, Sec. 18ª, 184/2015, de 27 de abril, afirma que, formalizado un contrato de préstamo hipotecario, estamos ante un contrato de préstamo de naturaleza esencialmente mercantil, en el cual no caben condiciones de gratuidad por ser el ánimo de lucro elemento inherente a la contratación bancaria. En definitiva, vemos como independientemente del pacto celebrado entre las partes sobre los intereses a devolver por la prestataria, el contrato de préstamo o crédito con garantía hipotecaria es indudablemente, *per se*, un contrato oneroso.

Además, es importante destacar los efectos que implicaría dejar sin intereses el préstamo, ya que, pasando de un negocio jurídico oneroso a uno de gratuito, teóricamente más bien se trataría de una sanación contractual vía conversión; pues como bien apunta Díez-Picazo (2007, p. 590), citando a Albaladejo, hay conversión cuando un negocio jurídico nulo es mantenido como negocio jurídico válido, pero de otro tipo diferente.

Recogiendo esta idea, puede decirse que la conversión es aquel medio jurídico por virtud del cual un contrato o, en general, un negocio jurídico nulo, que contiene los requisitos sustanciales y de forma de otro contrato o negocio jurídico válido, puede salvarse de la nulidad quedando transformado en aquel contrato o negocio cuyos requisitos reúne. El fundamento jurídico de la conversión ha tratado de buscarse en la voluntad de las partes o de manera objetiva a través del principio de conservación del negocio (Díez-Picazo, 2007, p. 590)³⁵.

En efecto, vemos como cómo esta solución de gratuidad de la operación, que pretendía ser más respetuosa con la integración del artículo art. 83 TRLGDCU, tampoco es válida. A modo de corolario, quizás lo más lógico sería que la nulidad del clausulado multidivisa conllevara la nulidad absoluta del contrato.

Ahora bien, ante la anunciada prohibición al juez de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, autores como Serra (2013, p. 22) ya clamaron que la misma podía ser una solución perjudicial para el consumidor. En palabras de esta autora, la doctrina sentada en la STJUE de 14 de junio de 2012 podía tener un

“efecto perverso para el consumidor, en todos aquellos supuestos de cláusulas abusivas que fijan un elemento esencial en los que el contrato no podrá subsistir sin la cláusula abusiva, por lo que procederá declarar la nulidad del entero contrato, cuando normalmente lo que interese al consumidor sea el mantenimiento del contrato eliminada la cláusula abusiva y sustituida por una regla que restablezca la igualdad entre las partes”.

A fin de permitir, al fin y al cabo, crear nuevos contratos modificando el contenido de elementos esenciales, ha tenido que ser muy perspicaz e imaginativa la labor de la doctrina, no sé si llamarla hermenéutica, que interpreta que existe un ámbito de integración ex antiguo artículo art. 83 TRLGDCU, con fundamento en el artículo art. 1258 CC, ya que entiende que el derecho dispositivo desempeña un papel fundamental como paradigma de ordenación equilibrada de los intereses de las partes (Serra, 2013, p. 22).

En este sentido, Blanco García-Lomas (2014) cita al autora Marín López como defensor de dicha tesis, el cual asegura que no hay una derogación tácita del anterior artículo art. 83.2 LGDCU, sino que la imposibilidad de reducir o moderar las cláusulas reputadas abusivas no opera en todo caso, sino sólo solo en aquellas cláusulas cuantitativas susceptibles de reducción parcial, como sucede

³⁵ Según Betti (200, p. 591), dos requisitos son necesarios para que la conversión pueda aparecer. En primer lugar, es preciso que el contrato nulo pueda ser utilizado por suministrar los requisitos y elementos esenciales de otro contrato diferente; en segundo lugar, es menester que este segundo contrato, aun no habiendo sido querido por las partes, ni siquiera de una manera eventual, quede dentro de la órbita del interés práctico por ellas perseguido.

con las cláusulas de intereses y penales. Fuera de estos casos, el artículo art. 83.2 LGDCU puede seguir desplegando efectos.

Partiendo de este razonamiento, cuanto menos inconsistente y forzado, en la práctica judicial vigente hay una directa moderación por el juez de la cláusula declarada abusiva al ser sustituida. Del mismo modo, la inaplicación del contenido multidivisa es perfectamente posible sin tener que declarar la nulidad total del contrato, por entenderse que resultaría contrario a la finalidad de la protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRGDCU, ya que la misma produciría un efecto mucho más perjudicial para los consumidores que para la entidad bancaria, al verse obligados a devolver en una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada a largo plazo. En suma, recuerda Carrasco Perera (2017, pp. 788-789) que el TJUE ha reconocido al juez nacional la facultad de sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

En este sentido, con posterioridad a las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo de 14 de junio de 2012 y 30 de mayo de 2013 primeramente citadas, en la materia que nos ocupa ha recaído la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/2013) basada en un supuesto procedente del derecho húngaro en cuyo ámbito, y por aplicación expresa de sus preceptos, la nulidad por abusiva de la cláusula que define el objeto principal del contrato de préstamo imposibilita –a criterio del juzgado nacional de aquél aquel país al que corresponde la decisión del litigio– la subsistencia del resto del contenido contractual. Con todo, considera el TJUE que, en exclusivo beneficio del consumidor, la integración contractual con una disposición supletoria del derecho húngaro no entra en contradicción con el artículo art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, ya que consigue el resultado de que el contrato pueda subsistir pese a la supresión de la cláusula y siga obligando a las partes (Sánchez García, (2014, pp. 17-19).

Por esta razón, como comenta Castillo (2016, pp. 93-95), resulta esencial la admisión de la integración contractual con una norma de derecho supletorio nacional exclusivamente en beneficio de la persona consumidora. En definitiva, es admisible establecer que la viabilidad de la posibilidad de integración contractual debe asentar en la circunstancia de si la misma favorece al profesional o bien al consumidor, pues exclusivamente en este último supuesto habrá que concluir su procedencia.

Aun así, como afirma el citado Carrasco Perera (2017, p. 789), en verdad, el propósito radical de la jurisprudencia comunitaria no es factible en su totalidad y la misma doctrina es equívoca. Como sustenta Blanco García-Lomas (2014), pienso que la STJUE de 14 de junio de 2012 (caso Banesto vs. Joaquín Calderón Camino) prohíbe cualquier modificación o integración del contrato, y únicamente prescribe eliminar la cláusula contractual abusiva del contrato, encomendando al Juez juez comunitario exclusivamente la labor de efectuar un juicio de validez sobre el resto del contrato. En

esta línea, me parecería más satisfactorio que el juez debiera valorar si el contrato puede subsistir sin la cláusula declarada nula, pero no pudiera incorporar efectos obligacionales mediante la labor de integración que ordenaba efectuar el antiguo artículo art. 83.2 LGDCU.

A mayor abundamiento, aunque en la actualidad parezca que esté prohibida la nulidad absoluta del contrato multidivisa, la propia normativa en derecho de consumo (*vid.* artículos arts. 9.2 y 10 LCGC) permite al juez aclarar la eficacia del contrato declarando la nulidad del mismo cuando la cláusula afecte a un elemento esencial (artículo art. 1261 CC). Solo hace falta leer el contenido literal de este artículo art. 9.2 LCGC, que dispone que la sentencia estimatoria “declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil”.

CONCLUSIONES

1. Ciertamente estamos ante una **nueva realidad contractual**. Si antes se partía del principio de autonomía privada y del *pacta sunt servanda*, respondiendo a la conceptualización del contrato como un negocio jurídico perfeccionado en igualdad de condiciones entre las partes, en contratación bancaria ha desaparecido la negociación individual tradicional para dar paso a las cláusulas predispuestas.

Ante este nuevo horizonte, el legislador comunitario ha querido otorgar una sobreprotección al consumidor, ocupante de una posición débil en la contratación en masa. Esto ha llevado a un intervencionismo estatal en materia de consumo.

2. En el Código Civil español hay una falta de rigor técnico y defectuosa categorización en materia de nulidades. Las figuras de la nulidad y la anulabilidad aparecen terminológicamente confundidas.

Se constata una innegable **tendencia expansiva de la anulabilidad en materia contractual**, sobre todo a nivel jurisprudencial, que deja a ciertos artículos del Código Civil (1261 de elementos esenciales, 1310 de imposibilidad de confirmación contrato si falta algún elemento esencial, etc.) con necesidad de ser reformulados. Se utiliza, en definitiva, la anulabilidad como vía para huir de la nulidad pese a podar un elemento esencial de la contratación. A pesar de ello, en derecho de consumo, paradójicamente se habla de “nulidad de pleno derecho”, terminología que, sin duda, puede llevar a equívocos.

En mi opinión, la aplicación expansiva del régimen de anulabilidad no tendría que ser necesariamente incondicional, porque el panorama de las patologías negociales no se acomoda a un régimen dual (nulidad-anulabilidad). Con todo, se está primando el criterio funcional del interés particular, a costa de desnaturalizar la propia anulabilidad y causar una

confusión entre la delimitación de nulidad y anulabilidad. Por esta razón, cuanto menos sería necesario diagnosticar los términos en los que deben caracterizarse ambas categorías.

3. Uno de los exponentes en derecho de consumo es precisamente la **consolidación de un sistema de nulidad distinto al del sistema general** dispuesto por el artículo art. 1300 CC, con la particularidad de la apreciabilidad de oficio.

El artículo art. 83 TRLGDCU no responde a la definición y efectos de las categorías clásicas de nulidad total y nulidad relativa. Así pues, no podemos encajar la declaración de nulidad de una cláusula multidivisa en las categorías previstas en dicho artículo art. 1300 CC, ya que estas hacen referencia a una ineficacia que proviene desde dentro del negocio jurídico, cuando, como he señalado, la nulidad preconizada por la Directiva 93/13/CEE viene impuesta a un negocio intrínsecamente válido.

De ello se deriva **un marco de ineficacia funcional**, pues la expulsión del negocio jurídico del clausulado contractual obedece a la decidida voluntad del legislador comunitario de restablecer el equilibrio negocial perdido por la contratación en masa. En derecho de consumo se trata de una nulidad de pleno derecho, pero sólo de eficacia relativa.

4. **La anulabilidad emana como principio general en derecho consumo.** Es más, prácticamente se constata la imposibilidad de un pronunciamiento judicial de nulidad absoluta del contrato de préstamo multidivisa, quedando este régimen de nulidad desvirtuado. Nos encontramos en un marco general en el cual solo es viable el régimen de nulidad parcial, con un alcance casi absoluto del principio de conservación del negocio jurídico.

Ante esto, **el debate sobre los elementos esenciales de la contratación puede devenir estéril**, más allá que en presencia de cláusulas que contengan dichos elementos, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, pero sí puedan ser sometidas a un doble control de transparencia y declararse igualmente nulas.

En derecho de consumo, la doctrina aplica **una distinción entre elemento esencial del contrato y los elementos conformantes del objeto principal como parte inescindible**. Sin embargo, el elemento decisivo en nuestra legislación es simplemente si el contrato es o no un contrato de adhesión, dado que la expulsión de elementos accesorios o esenciales del contrato conllevará el mismo régimen de nulidad: la anulabilidad.

5. A pesar de que en la nueva redacción el nuevo redactado del artículo art. 83 TRLGDCU se ha suprimido la dicción “facultad moderadora” para el juez y, de igual forma, pese a existir la doctrina de la prohibición de integración como reducción conservadora de validez de las cláusulas abusivas, la realidad es que **finalmente el TJUE ha habilitado al juez nacional**

a sustituir las cláusulas declaradas nulas. El razonamiento parte de que la nulidad del contrato multidivisa en su totalidad iría en detrimento de la posición jurídica del consumidor, el cual tendría la obligación de devolver toda la cuantía que se le hubiese prestado como consecuencia de la restitución recíproca de las obligaciones. Dicha tesis sostiene que la sustitución de cláusulas también se ajusta al objetivo del artículo art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, al restablecer el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. En consecuencia, **solo cabría apreciar una nulidad total cuando, a pesar de todo, se dé presente una situación no equitativa entre las posiciones de las partes** en la relación contractual.

No obstante, considero que el propósito radical de la jurisprudencia comunitaria no es factible en su totalidad y la misma doctrina es equívoca. Si todo vale para la conservación contractual y el propósito no es otro que no ir en perjuicio del consumidor como parte protegida, ¿no sería más beneficioso para él eliminar la cláusula multidivisa y mantener el contrato sin interés alguno, instaurando la gratuidad en la operación del préstamo?

6. El principio de conservación del negocio jurídico, con la sanación mediante integración, supone que el juzgador podrá entender más equitativo sustituir propiamente la cláusula esencial de capital prestado en divisa a capital en euros y referenciado a otro índice (Euríbor), en aras de reequilibrar y moderar los derechos y obligaciones de las partes. Por lo que, al margen de la opinión que nos pueda suscitar la atribución de estas facultades al juez, lo que es incontestable es que ello supone la irrupción del juez en la vida del contrato y, por ende, una judicialización importante del derecho de los contratos, con el riesgo que lleva aparejado.

Acorde con la orientación del redactado normativo, el principio de conservación del negocio jurídico se debe considerar, no solo como canon hermenéutico que habilite a un alcance absoluto del mismo para preservar todo contrato de consumo –como ocurre en la actualidad–, sino como principio general del derecho que permita estimar una nulidad radical cuando la nulidad afecte a un elemento esencial de la contratación, como en la contratación multidivisa, evitando obligar al juez a crear un nuevo contrato con la inclusión de nuevos pactos.

7. En definitiva, a lo largo de esta investigación he intentado socavar la inconsistente solución actual de estimar la nulidad relativa del clausulado multidivisa, su integración y el alcance cuasi absoluto del principio de conservación.

Finalmente, a mi juicio, con la **prohibición de reducción conservadora de la validez** se mantendría la doctrina de la integración más acorde con el principio de conservación, preservando la esencia propia del derecho contractual clásico. Además, considero que esta solución sería más coherente y consistente con el propio redactado actual de la normativa especial de derecho de consumo (artículos arts. 9.2 y 10 LCGC y artículo art. 83 TRLGDCU).

REFERENCIAS

- Álvarez Lata, N. (2004). *Invalidez e ineficacia en el derecho contractual de consumo español: análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Cizur Menor: Thomson Aranzadi.
- Álvarez Lata, N. (2009). "La invalidez contractual en el derecho de consumo. Nuevas perspectivas desde el TRLGDCU". *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 45.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. et al. (2008). *Manual de introducción al derecho: introducción al derecho: Derecho Civil Patrimonial*. (4.ª ed.), Madrid: Bercal.
- Betti, E. (2000). *Teoría general del negocio jurídico*, . Granada: Comares.
- Blanco García-Lomas, L. (2014). "La adaptación del régimen jurídico de la nulidad de las cláusulas abusivas al derecho de la Unión Europea (Art. 83 TRLGDCU)". *La Ley Mercantil*, n.º 3, 30-46.
- Carrasco Perera, A. (2007). "Invalidez e ineficacia en los contratos con consumidores". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.139-162). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 139-162.
- Carrasco Perera, A. (2017). *Derecho de contratos*. Cizur Menor: Aranzadi Thomson Reuters.
- Casasayas, M. (2017). "El inicio del cómputo del plazo de nulidad del artículo 1301 del código civil en los contratos de tracto sucesivo no complejos". *Revista de Derecho Civil*, 4.º (1), 125-161.
- Castán Tobeñas, J. (2008). *Derecho civil español, común y foral*.: Tomo III: *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*. XVII ed., revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero., Madrid: Reus: Madrid..
- Castillo Martínez, C. del C. (2016). *Las cláusulas abusivas en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca: negociación contractual, desequilibrio importante y protección del consumidor en la contratación bancaria*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Clavería Gosálbez, L. H. (2007). "Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.59-88). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 59-88.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Introducción teoría del contrato*. (pp. 6.ª ed.,). Edición, Cizur Menor, : Thomson Civitas.
- Egusquiza, M. Á. (1999). *Cuestiones conflictivas en el régimen de la nulidad y la anulabilidad del contrato*. Pamplona: Aranzadi.
- García-Villarrubia, M. (2016). "Efectos de la nulidad de las cláusulas abusivas". *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, n.º 43.
- López Beltrán de Heredia, C. (1995). *La nulidad contractual: consecuencias*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LópezLópez y LópezLópez, Á. M. (2017). *La interpretación de los contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Miquel González, J. M. (2007). "La nulidad de las condiciones generales". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.139-162). Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 139-162.
- Navas, J. I. (2015). *Hipoteca multidivisa. Como conseguir la nulidad parcial del préstamo*. Navarra: Aranzadi.
- O'Callaghan Muñoz, X. (2016). "Interpretación de los contratos". *Revista de Derecho vLex*, n.º 708.
- Pasquau Liaño, M. (1997). *Nulidad y anulabilidad del contrato*. Navacarnero: Civitas.
- Raga Gil, J. T. (dir.) y Berrocal Lanzarot, A. I. (coord.), et al. (2016). *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea*. Madrid: Dykinson.
- Ramón Fernández, F. (2012). "Conceptualización de la ineficacia, invalidez e inexistencia en el derecho español". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 19, 63-114.
- Rosa Lucena, F. (2014). "Calificación de los derivados financieros tóxicos: nulo o anulable. Recuperado de: " [en línea], disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10132-calificacion-de-los-derivados-financieros-toxicos:-nulo-o-anulable/> [consultado el 11 de junio de 2018].
- Sánchez García, J. M. (2014). "El control de transparencia sobre los intereses remuneratorios en los contratos de crédito al consumo". *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 4, 1-22.
- Serra Rodríguez, A. (2013). "Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. Estudio doctrinal". *Boletín del Ministerio de Justicia*, n.º 2153, 1-25.
- Vattier Fuenzalida, C. (2007). "Invalidez e ineficacia en los proyectos europeos de derecho de contratos". En J. Delgado Echeverría, J. (Coord.), *Las nulidades de los contratos: Contratos un sistema en evolución*. (pp.13-57). Cizur Menor: Thomson Aranzadi., 13-57.
- Vázquez García, D. (2017). *La contratación bancaria en la reciente doctrina del Tribunal Supremo.*, Hospitalet de Llobregat:, Wolters Kluwer.