



VERONICA BONGIOVANNI

Ricercatore di Diritto privato – Università di Messina

EL REEMBOLSO ANTICIPADO DEL CRÉDITO AL CONSUMO ENTRE LOS PRINCIPIOS DICTADOS POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO Y LAS NOVEDADES INTRODUCIDAS POR EL *DECRETO SOSTEGNI BIS* *

SUMARIO: 1. *La extinción anticipada de las obligaciones derivadas del contrato de crédito y la reducción del coste total del crédito adeudado por el consumidor en el contexto regulatorio europeo y nacional, ante la intervención del Tribunal de Justicia de la Unión europea. – 1.1. La identificación del ámbito de aplicación del art. 125 sexies, apartado 1, del Testo unico bancario en las indicaciones de la Banca d'Italia y en las decisiones del Collegio di coordinamento del Arbitro Bancario Finanziario. – 2. La interpretación innovadora proporcionada por el Tribunal de Justicia europeo en el caso Lexitor. – 3. Los problemas que ha planteado la aceptación de la sentencia Lexitor en el ordenamiento italiano. – 3.1. La supuesta imposibilidad de adoptar la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia europeo en las relaciones reguladas por la ley de transposición. – 3.2. La protección exclusiva del consumidor y la neutralización de la ratio de armonización máxima de la directiva 2008/48/CE. – 3.3. La falta de identificación del método de cálculo de la reducción del coste total del crédito. – 4. La intervención del legislador nacional con el decreto Sostegni bis en aceptación de los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo. La introducción del parámetro de proporcionalidad para la cuantificación de la reducción del coste total del crédito. – 4.1. La efectividad intertemporal del art. 125 sexies Tub. – 4.2. Las dudas interpretativas sobre la aplicación de la nueva normativa en la reducción del coste total del crédito de los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial*

1. – Dentro del complejo marco regulatorio europeo que informa al mercado del crédito al consumo, el reembolso anticipado del crédito asume un papel de particular importancia en la definición de las relaciones que se establecen entre las partes de estos contratos.

En particular, esta reflexión está dedicada al impacto de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión europea en el conocido caso Lexitor¹ dentro del ordenamiento

* Este trabajo reproduce, con la adición de las referencias bibliográficas y con el desarrollo de ciertos pasajes argumentativos, la ponencia dictada por el Autor en las Jornadas internacionales sobre el tema de “Los nuevos retos en la protección del consumidor. Una mirada italiana y argentina”, organizadas por la



jurídico italiano, que se tomó sobre la delicada cuestión de la identificación de los costes incluidos en la reducción en caso de reembolso anticipado de un crédito², con particular referencia a la reciente intervención del legislador nacional con la ley de 23 de julio de 2021, n. 106, de conversión del *decreto legge* de 25 de mayo 2021 n. 73 (*decreto Sostegni bis*).

Con el tiempo, el legislador europeo ha intervenido sobre este tema en varias ocasiones, con normas que muestran un nivel creciente de detalle. Antes la disciplina de referencia se encontraba en la directiva europea 87/102/CEE³, que luego ha sido derogada y sustituida por la directiva 2008/48/CE⁴, relativa a los contratos de crédito al

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina), en el marco de los convenios con las Universidades de Messina, Perugia y Pavia (Corrientes, 5 de noviembre de 2021, modalidad *on line*).

¹ Tribunal de Justicia de la Unión europea, 11 de septiembre de 2019, C-383/2018, *Lexitor*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 280 ss., con comentario de G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*; en *Banca borsa tit. cred.*, 2020, con comentario de A. ZOPPINI, *Gli effetti della sentenza Lexitor nell’ordinamento italiano*; en *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 743 ss., con comentario de A. MAGER, *Estinzione anticipata ex art. 125-sexies t.u.b. dopo la sentenza Lexitor*, en nota a G.d.P. Savona, 7 de enero de 2020; en *giustiziacivile.com*, 2020, en *dejure.it*, con comentario de F. MARAZITI, *Rimborso anticipato del credito al consumo: diritto alla riduzione di tutti i costi posti a carico del consumatore*; en *ilcaso.it*, 13 de octubre de 2019, con comentario de A.A. DOLMETTA, *Estinzione anticipata della cesione del quinto: il segno della Corte di Giustizia*; en *Riv. dir. banc.*, 2019, 155 ss, con comentario de A. TINA, *Il diritto del consumatore alla riduzione del costo totale del credito in caso di rimborso anticipato del finanziamento ex art. 125-sexies, primo comma, t.u.b. Prime riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea*.

² V. A. VENCHIARUTTI, *Contratos de crédito al consumo y reembolso anticipado (en relación con la STJUE sobre el caso “Lexitor”)*, en *Mecanismos de protección del consumidor de productos y servicios financieros (Actas del Congreso Internacional sobre la protección del consumidor en el mercado financiero postcrisis, celebrado en la Universidad de A Coruña, 16 de diciembre de 2020*, coord. por N. Álvarez Lata, F. Peña López, 2021, 217 ss.

³ Sobre la directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de crédito al consumo, v., entre otros, M. GORGONI, *Il credito al consumo*, Milano, 1994; G. ALPA, *Credito al consumo*, en *Dig. disc. priv.*, sez. civ., V, Torino, 1989, 22 ss.

⁴ Con referencia a la directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, v., entre otros, T. FEBBRAJO, *La nuova disciplina dei contratti di credito “al consumo” nella Dir. 2008/48/CE*, en *Giur. it.*, 2010, p. 223 ss.; G. CARRIERO, *Nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: linee d’indirizzo, questioni irrisolte, problemi applicativi*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 509 ss.; L. MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, en *Europa dir. priv.*, 2009, 785 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Verso la riforma della disciplina del credito al consumo*, en *I contratti*, 2009, 1151 ss.; ID., *La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l’armonizzazione “completa” delle disposizioni nazionali concernenti “taluni aspetti” dei “contratti di credito ai consumatori”*, en *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 255 ss.



consumo, que en su art. 16 se ocupa del reembolso anticipado del crédito. En el caso Lexitor, la petición de decisión prejudicial de un juez polaco tenía por objeto la interpretación del primer apartado de este artículo, según el cual: “El consumidor tendrá derecho a liquidar en todo momento, total o parcialmente, las obligaciones derivadas del contrato de crédito. En tales casos, tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito, que comprende los intereses y costes correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir”.

La ley europea no ofrece indicaciones unívocas que permitan la individualización de los criterios concretos para calcular la “reducción del coste total del crédito”, también porque se pueden encontrar diferentes formulaciones de la misma disposición, en las variadas traducciones a los idiomas oficiales de los Estados miembros. La directiva 2008/48 no armoniza el método de cálculo que se va a utilizar para determinar la reducción aplicable en caso de extinción anticipada del crédito, pero establece los principios generales que deben cumplir los Estados miembros en su cuantificación.

En particular, el nuevo texto del artículo 16, apartado 1, no se limita a establecer en términos generales que la reducción del coste total del crédito a la que tiene derecho el consumidor tiene que ser “justa” – como hacía la directiva anterior – sino que, de forma más precisa y detallada, especifica que la reducción del coste total de crédito incluye los intereses y costes adeudados por la duración restante del contrato. Así que, esta reducción, por un lado, se refiere a un parámetro de tiempo, o sea a la duración restante del contrato, pero, por otro lado, no se tiene que caracterizar explícitamente en términos de “equidad”. Esta omisión fue motivada por la intención (coherente con el carácter “completo” de la armonización perseguida por la directiva de 2008) de neutralizar la discrecionalidad de los legisladores y de los jueces nacionales en la cuantificación de esta reducción y de utilizar una base objetiva, que fuera armonizada en todos los Estados miembros.

Sin embargo, ni el texto de la directiva de 2008 ni sus considerandos establecen otras informaciones sobre los parámetros de cuantificación de la suma adeudada por el consumidor.

Cabe destacar que, tanto las informaciones precontractuales que el acreedor está obligado a proporcionar al consumidor con suficiente antelación antes de firmar el contrato de crédito (art. 5, apartado 1, letra p, de la directiva), como las informaciones que el prestamista tiene que mencionar en el contrato de crédito, de forma clara y concisa (art. 10, apartado 2, de la directiva), incluyen expresamente el “derecho al reembolso anticipado”, sin prever los parámetros para calcular con precisión el importe



de la reducción del coste total del crédito. Entonces, parece que para el legislador europeo no se trata de una información esencial para permitir que el consumidor compare las diversas ofertas y tome una decisión informada sobre el contrato que va a celebrar.

En Italia, la directiva n. 48 del 2008 se ha transpuesto con el decreto legislativo 13 agosto 2010, n. 141⁵, que ha introducido varios artículos en el *decreto legislativo* del 1 de septiembre 1993, n. 385, o sea en el *Testo unico bancario* (Tub) y entre ellos el art. 125 *sexies*⁶, que es la trasposición del apartado 1 del art. 16 de la directiva y que, antes de la entrada en vigor del *decreto Sostegni bis*, establecía que el consumidor podía reembolsar por adelantado en cualquier momento, total o parcialmente, el importe debido al prestamista y, en este caso, habría tenido derecho a una reducción del coste total del crédito, igual a la cantidad de intereses y costes adeudados por la vida residual del contrato. Después de la recién intervención del legislador, el texto actual del art. 125 *sexies* Tub está profundamente modificado, como se verá mejor más adelante, a la luz de las indicaciones del Tribunal de Justicia europeo.

1.1. – La definición de los términos concretos de la aplicación de esta regla en el contexto regulatorio anterior se deriva de la convergencia de las indicaciones de la *Banca d'Italia*, que realiza actividades de supervisión bancaria y financiera hacia intermediarios bancarios y no bancarios, quienes se encuentran inscritos en registros específicos, y de las decisiones del *Collegio di Coordinamento del Arbitro Bancario Finanziario* (ABF)⁷, que se ocupa de la resolución extrajudicial de las controversias

⁵ Sobre el d.lgs. n. 141/2010, v., entre otros, M. GORGONI, *Spigolature su luci (poche) e ombre (molte) della nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 755 ss., en *dejure.it*; S. PELLEGRINO, *Le nuove regole sui contratti di credito ai consumatori (d.lgs. 13.8.2010, n. 141)*, in *Obb. contr.*, 2011, 125 ss.; ID., *Le disposizioni attuative in materia di credito al consumo*, in *Obb. contr.*, 2011, 296 ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina dei contratti di credito ai consumatori e la riforma del t.u. bancario*, en *I contratti*, 2010, 1041 ss.

⁶ Para un comentario sobre el art. 125 *sexies* Tub, v., entre otros, F. OLIVIERO, *L'anticipato adempimento dell'obbligazione restitutoria nel credito ai consumatori*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 373 ss.; E. VENTURI, *Comentario sub art. 125 sexies Tub*, en *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dirigido por F. Capriglione, III, Padova, 2012, 1913 ss.

⁷ Con el *decreto legislativo* del 4 de marzo 2010, n. 28, se introdujo la obligatoriedad de la mediación en el ordenamiento jurídico italiano, para categorías significativas de temas, incluidos los contratos bancarios y financieros. El cliente que desea promover acciones legales contra el banco no está en absoluto obligado a hacer uso del procedimiento especial ante el *Arbitro Bancario Finanziario*, sino tiene derecho a elegir, pudiendo activar el procedimiento general de mediación en cualquier organismo en el sector. En caso de



que puedan surgir entre clientes y bancos⁸. Desde la entrada en vigor de la disciplina, la *Banca d'Italia* ha considerado como única referencia objetiva de este derecho todos los costes que no se han producido hasta el momento de extinción del crédito, llamados *recurring* (este importe incluye, por ejemplo, los intereses correspondientes, las comisiones de gestión y pago de cuotas). Así que, la interpretación del art. 125 *sexies*, apartado 1, del Tub estaba fundada en la distinción entre costes *recurring*, que representaban el objeto de la reducción del coste total del crédito, y costes *up front* (que incluyen, por ejemplo, los costes de investigación preliminar, los costes del mediador y la comisión de apertura), o sea costes no sujetos a devolución, incluso en caso de reembolso anticipado.

Además, la tendencia existente entre los prestamistas era de indicar, en los contratos y en las hojas de información, el importe de los gastos de forma genérica, no permitiendo una clara identificación de los costes acumulados y de los no acumulados, con una evidente violación del principio de transparencia. En realidad, está claro que la falta de transparencia afecta inevitablemente a la efectividad de la protección del consumidor⁹.

Como la jurisprudencia europea ha afirmado muchas veces, el principio de transparencia de las cláusulas contractuales no concierne exclusivamente a su comprensibilidad en el plano formal y gramatical, ya que, dada la condición de inferioridad del consumidor respecto al empresario por lo que se refiere al grado de información, la obligación de redacción clara y comprensible de las cláusulas se tiene que interpretar ampliamente¹⁰. Y esto significa, en el caso específico del crédito al consumo, o sea de un contrato caracterizado por una complejidad intrínseca, que el consumidor tiene que poder comprender el alcance concreto de la operación de financiación que está a punto de concluir y, por lo tanto, los distintos componentes del coste total del crédito.

que la cuestión se ponga ante el ABF, el *Collegio di Coordinamento* puede intervenir para decidir los recursos que se refieren a temas de especial relevancia o que han generado o pueden generar diferentes orientaciones entre los siete colegios territoriales.

⁸ A. MAGER, *op. cit.*, 745, precisa que esta orientación interpretativa se ha desarrollado con referencia directa y exclusiva a la operación crediticia vinculada a la asignación de una quinta parte del salario o pensión.

⁹ G. COLANGELO, *Trasparenza (e non) nella nuova direttiva sul credito al consumo alla vigilia del recepimento*, in *Danno resp.*, 2010, 437 ss.

¹⁰ Existen numerosas sentencias al respecto, incluida la reciente Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 10 de junio 2021, C-609/19, *BNP Paribas Personal Finance SA c. VE*, en *curia.europa.eu*.



En esta lógica, la *Banca d'Italia* en el 2009 ha pedido a los operadores económicos de respetar el principio de transparencia, a través la indicación, de forma clara y comprensible, de los distintos componentes del coste del crédito, para informar al consumidor del alcance exacto de la reducción¹¹. En particular, se ha argumentado que tanto en las hojas informativas como en los contratos de financiación es necesario diferenciar los tipos de costes, especificando los sujetos a maduración a lo largo del tiempo (por ej. los intereses debidos al prestamista, los que corresponden a la gestión del crédito, las comisiones que representan los ingresos por la prestación de una determinada garantía).

En consecuencia, los bancos y los intermediarios financieros tienen que asegurarse de que la documentación de transparencia sea conforme a la legislación, incluso con el fin de satisfacer a los clientes que han procedido a la extinción anticipada y así fortalecer su protección.

Y también se ha especificado, en una lógica sancionadora, que, respecto al incumplimiento de las disposiciones en materia de reembolso a los clientes de los importes debidos en caso de extinción anticipada del préstamo, se debe tener en cuenta que su infracción sistemática es evaluada como una grave violación de la ley. Así que, comprobada la infracción, esta puede conducir a la activación de procedimientos sancionadores hacia los intermediarios bancarios, de conformidad con lo dispuesto en el título IV del Tub o también al inicio del trámite de cancelación de las listas de los intermediarios financieros *ex art. 111 Tub*.

Por su parte, el Arbitro bancario financiero en varias decisiones del *Collegio di Coordinamento* ha aceptado la distinción básica entre cargos *recurring* y *up front*¹² y ha

¹¹ V. *Banca d'Italia*, 10 de noviembre de 2009, *Cessione del quinto dello stipendio e operazioni assimilate: cautele e indirizzi per gli operatori*, en *bancaditalia.it*.

¹² V. ABF, *Collegio di coordinamento*, 11 de noviembre de 2016, n. 10003, en *arbitrobancariofinanziario.it*; 29 de julio de 2015, n. 5861, en *arbitrobancariofinanziario.it*; 22 de septiembre de 2014, n. 6167, en *arbitrobancariofinanziario.it*, que reconoce que sobre la cuestión de la identificación del criterio distintivo entre costes iniciales y costes recurrentes no existe un acuerdo entre los colegios territoriales. En efecto, algunos, como los de Roma y Milán, se han orientado en el sentido de que el criterio para distinguir entre costes iniciales y recurrentes se encuentra exclusivamente en la claridad u opacidad de las cláusulas que prevén el pago; de modo que, en ausencia de una indicación clara y adecuada, los costes previstos por el contrato deben considerarse recurrentes y, por lo tanto, reembolsables *pro quota* en caso de reembolso anticipado. En contraste parcial con esta orientación, algunas decisiones de otros colegios y en particular del de Nápoles atribuyen importancia tanto a la denominación de la actividad realizada, tanto a la intervención de terceros en la fase de celebración del contrato, que por su propia naturaleza son preliminares y prodrómicas a la conclusión del acuerdo y por esta razón los costes relativos se pueden considerar *up front*.



establecido que, únicamente en caso de falta de claridad sobre la naturaleza de un cierto elemento del coste, el mismo debe interpretarse como un cargo *recurring* y, por lo tanto, se tiene que incluir en el alcance de la reducción *ex art. 125 sexies* del *Testo unico bancario*¹³.

2. – La situación ha encontrado un elemento perturbador significativo en la sentencia mediante la cual, el 11 de septiembre de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión europea, al resolver el llamado caso Lexitor, ofreció una interpretación del art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 totalmente en conflicto con los criterios utilizados en el contexto nacional¹⁴.

En este asunto tres consumidores polacos habían estipulado con distintos bancos tres contratos de crédito a título oneroso. Cada uno de los contratos contenía una cláusula que obligaba el prestatario a pagar al prestamista una determinada comisión que no tenía nada que ver con la duración de la relación contractual. Tras proceder al reembolso anticipado de sus créditos, los citados consumidores transmitieron a Lexitor, sociedad de derecho polaco que ofrecía servicios jurídicos a los consumidores, los créditos que tenían frente a las entidades bancarias derivados del reembolso anticipado. Posteriormente, Lexitor, en su calidad de cesionario de los créditos, reclamó a los bancos el reembolso de una parte del importe de las comisiones abonadas por los consumidores, con los intereses de demora.

El problema es que los bancos no quieren cumplir esta obligación. Así que, el juez remitente polaco decide suspender el procedimiento para someter la cuestión al Tribunal de Justicia europeo, interrogando sobre lo siguiente: si la disposición contenida en el art.16, apartado 1, de la directiva 2008/48 debe interpretarse en el sentido de que el consumidor, en caso de cumplimiento anticipado de las obligaciones derivadas del contrato de crédito, tiene derecho a una reducción del coste total del crédito, que incluya costes que no dependen de la duración del mismo contrato.

El Tribunal de Justicia europeo ha contestado positivamente, afirmando que esta disposición debe interpretarse en el sentido de que el derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito en caso de reembolso anticipado incluye todos los

¹³ En este sentido v. ABF, *Collegio di coordinamento*, 11 de noviembre de 2016, n. 10003, cit., donde, alegando los arts. 1370 del código civil italiano y 35, apartado 2, del código del consumo, se afirma que la reducción de estos costes operaría como una forma de liquidación equitativa del daño sufrido por el cliente por la violación, cometida por el prestamista, del principio de transparencia.

¹⁴ V. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de septiembre de 2019, cit.



gastos impuestos al consumidor.

En cuanto al razonamiento seguido por los jueces europeos, se hace constar preliminarmente cómo el análisis comparativo de las diferentes versiones lingüísticas del artículo 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 no permite determinar el alcance exacto de la reducción del coste total del crédito que prevé. En efecto, la referencia a la “duración del contrato que quede por transcurrir”, que figura en esta disposición, podría interpretarse realmente tanto en el sentido de que los gastos afectados por la reducción del coste total del crédito se limitan a aquellos que dependen objetivamente de la duración del contrato, como en el sentido de que indica que el método de cálculo que debe utilizarse para aplicar la reducción consiste en tener en cuenta todos los gastos soportados por el consumidor y, acto seguido, reducir su importe en proporción a la duración del contrato que quede por transcurrir¹⁵.

La existencia, entre las diferentes versiones lingüísticas de la disposición contenida en el apartado 1 del art. 16, de diferencias semánticas, no permitiría que la elección entre una u otra de las posibles soluciones hermenéuticas se base en la redacción textual de la misma¹⁶. De ahí la necesidad de utilizar el criterio sistemático (la disposición debe

¹⁵ Así, por una parte, las versiones en lenguas neerlandesa, polaca y rumana de este precepto indican una reducción de los gastos ligados al período restante del contrato; por otra parte, las versiones alemana e inglesa de dicho precepto se caracterizan por cierta ambigüedad y parecen dar a entender que los gastos de este período sirven como orientación para calcular la reducción; la versión italiana de la misma disposición menciona, como la versión francesa, los intereses y gastos “adeudados” por la duración restante del contrato; y finalmente el tenor en español del artículo 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 exige una reducción que incluye los gastos correspondientes a la duración restante del contrato (v. párrafos 24 y 25 de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de septiembre de 2019, C-383/2018, cit.).

¹⁶ En este sentido véanse las Conclusiones del Abogado General Gerard Hogan, presentadas el 23 de mayo de 2019, en las que se afirma que el texto de la directiva se presta de forma abstracta a al menos cuatro interpretaciones diferentes: la primera interpretación se basa en la idea de que la locución “la duración del contrato que quede por transcurrir” tiene por objeto limitar la reducción únicamente a los costes relacionados con la duración del crédito, por lo tanto, el término “costes” se refiere a los gastos que la entidad de crédito tiene que sufragar en relación con el crédito concedido; la segunda interpretación tendría como consecuencia que el coste total del crédito debería reducirse en proporción al período contractual que quede por transcurrir, entonces, los términos “la duración del contrato que quede por transcurrir” solo serían una indicación de la manera en que se calcula la reducción, es decir, en proporción a “la duración del contrato que quede por transcurrir”; la tercera, que es la que proponen las demandadas, consiste en considerar que los únicos costes que pueden deducirse del coste total del crédito son aquellos que figuran formalmente en el contrato de crédito como dependientes de la duración de tal contrato; según la cuarta interpretación, la reducción a la que tiene derecho el consumidor corresponde a los pagos puntuales y a los recurrentes que no hubieran vencido en el momento del reembolso anticipado.

Contra v. G. DE CRISTOFARO, Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”, cit., 283, según el cual la lectura de los varios textos normativos muestra claramente que el legislador europeo



interpretarse “teniendo en cuenta su contexto”) y el criterio teleológico (la disposición debe interpretarse teniendo en cuenta “los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte”), según una interpretación ampliamente consolidada en la jurisprudencia europea¹⁷.

Por lo que se refiere al primer criterio, el Tribunal recuerda que el art. 8 de la directiva 87/102 se refería a la reducción equitativa del coste del crédito, mientras que el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 concretó el derecho del consumidor a una reducción del coste del crédito en caso de reembolso anticipado, al sustituir el concepto general de “reducción equitativa” por el más preciso de “reducción del coste total del crédito” y al añadir que dicha reducción debe referirse a los “intereses y costes”. Como es evidente, aunque se afirma que se pretende proceder teniendo en cuenta el contexto en el que se inserta la disposición, en realidad se utiliza un criterio histórico, a través de una referencia simplista a las novedades que introdujo la directiva actual respecto a la anterior, sin embargo, omitiendo referencias importantes como los trabajos preparatorios o las razones que llevaron al Consejo a introducir tales innovaciones. Además, la referencia a la equidad de la reducción vuelve a plantear el problema de la identificación de los límites a la discrecionalidad de los legisladores y de los jueces nacionales en su cuantificación, que había llevado al legislador europeo a introducir con el art. 16 dir. 2008/48 una formulación textual más precisa y detallada, para utilizar una base objetiva de cálculo, que fuera armonizada en todos los Estados miembros.

Lo que debería haber hecho el Tribunal, si realmente hubiera querido utilizar el criterio sistemático, habría sido dar relevancia tanto a las otras disposiciones de la directiva 2008/48 como a las contenidas en la siguiente directiva 2014/17/UE sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, relativas a la extinción anticipada del crédito¹⁸.

tenía la intención de referirse a los únicos costes *recurring* para la transposición concreta de la “reducción del coste total del crédito” debido por el consumidor que hace uso de la posibilidad de extinguir su deuda por adelantado. Así, por ejemplo, en la mayor parte de las versiones de la directiva, el coste total del crédito “*comprende gli interessi e i costi dovuti per la restante durata del contratto*”, “comprende los intereses y costes correspondientes a la duración del contrato que quede por transcurrir”, “*die sich nach den Zinsen und den Kosten für die verbleibende Laufzeit des Vertrags richtet*”, “*correspond aux intérêts et frais dus pour la durée résiduelle du contrat*”, “*consisting of the interest and the costs for the remaining duration of the contract*”, “*consistindo essa redução nos juros e nos custos do período remanescente do contrato*”.

¹⁷V., en este sentido, Tribunal de Justicia de la Unión europea, 10 de julio de 2019, C-49/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände c. Amazon EU Sàrl*, en dirittounioneeuropea.eu.

¹⁸En particular, de esta manera, de hecho, el Tribunal de Justicia no conduce ni una evaluación



En cuanto al criterio teleológico, según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia la directiva 2008/48 pretende garantizar un nivel elevado de protección del consumidor¹⁹. Este sistema de protección se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al prestamista, tanto en lo referente a la capacidad de negociación como al nivel de información²⁰. Pues bien, la efectividad del derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito resultaría menoscabada si la reducción del crédito pudiera limitarse al cómputo de los gastos presentados por el prestamista derivados de la duración del contrato, dado que el banco determina unilateralmente los gastos y que la facturación de los mismos puede incluir un cierto margen de beneficio. Además, limitar la posibilidad de reducción del coste total del crédito únicamente a los gastos expresamente vinculados a la duración del contrato supondría el riesgo de que el consumidor se viera obligado a afrontar pagos no recurrentes más elevados en el momento de la celebración del contrato de crédito, puesto que el prestamista podría verse tentado a reducir al mínimo los gastos que dependen de la duración del contrato. Por otra parte, se afirma, en relación al carácter asimétrico de esta relación contractual, que el margen de maniobra de que disponen las entidades de crédito en su facturación y organización interna hace muy difícil en la práctica que un consumidor o un juez puedan determinar los gastos relacionados objetivamente con la duración del contrato²¹. Esto no sucede si el coste total del crédito incluye también los cargos *up front*, que se refieren a obligaciones preliminares a la concesión del préstamo de forma independiente de la duración del contrato.

En particular, se hace referencia al art. 22, apartado 3, de la directiva 2008/48, que, para garantizar dicha protección, obliga a los Estados miembros a velar por que las disposiciones que adopten para la aplicación de esta directiva no puedan eludirse de resultados del modo en que se formulen los contratos. Así que, el argumento fundamental

sistemática dentro de la directiva 2008/48, ni una evaluación sistemática general de la disciplina de la extinción anticipada de las deudas derivadas de contratos de crédito prevista por las dos directivas de armonización adoptadas por la UE sobre contratos de crédito al consumo (v. G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*, cit., 284).

¹⁹ V., en este sentido, Tribunal de Justicia de la Unión europea, 6 de junio de 2019, *M. Schyns c. Belfius Banque SA*, C-58/18, en *eur-lex.europa.eu*.

²⁰ V. Tribunal de Justicia de la Unión europea, 21 de abril de 2016, *E. G. Radlinger y Helena Radlingerová c. FINWAY a.s.*, C-377/14, en *eur-lex.europa.eu*.

²¹ V. párrafos 29 y siguientes de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 11 de septiembre de 2019, C-383/2018, cit.



en el que se basa la solución hermenéutica adoptada por el Tribunal es aquello de impedir la elusión, en la perspectiva de la garantía de la efectividad de la protección del derecho del consumidor a la reducción del coste total del crédito.

3. – La sentencia Lexitor dio lugar, y no solo en Italia, a un animado debate, especialmente con referencia a la cuestión de su impacto concreto en el sistema jurídico nacional. En la doctrina y en la jurisprudencia surgieron puntos de vista opuestos: por un lado, hubo opiniones a favor de la nueva interpretación proporcionada por el Tribunal y, por otro lado, posiciones más críticas con respecto a las conclusiones a las que llegaron los jueces europeos.

Pocos meses después de la sentencia del Tribunal de Justicia, la *Banca d'Italia* se expresó a través de un comunicado para esclarecer la situación²², en el cual proporcionó directrices destinadas a permitir que los intermediarios financieros se adaptaran a la decisión del Tribunal de Justicia europeo. En particular, estableció que, en caso de reembolso anticipado la reducción del coste total del crédito tiene que incluir todos los costes a cargo del consumidor. Se afirmó también que los criterios de reducción de los costes deben ser objeto de información específica al cliente, en el contexto tanto de la información precontractual como de las condiciones contractuales sobre el derecho al reembolso anticipado y a su procedimiento, con el fin de garantizar la máxima transparencia hacia los clientes.

En este mismo sentido una parte de la jurisprudencia afirmó que el derecho del consumidor a reducir el coste total del crédito, de conformidad con el art. 125 *sexies* Tub, incluye todos los cargos cobrados al consumidor, incluidos los asumidos convencionalmente como contraprestación de reembolso del coste de las actividades prodrómicas al préstamo (los llamados cargos no recurrentes)²³. Así que, se tendría que considerar ineficaz la cláusula contractual que establece, en caso de reembolso anticipado, el derecho del prestamista a retener estos cargos (cuando se pagan por adelantado) más allá

²² V. *Banca d'Italia*, 4 de diciembre de 2019, en *bancaditalia.it*.

²³ V. *Tribunale* Mantova, 2 de febrero de 2021, en *centroanomaliiebancarie.it*, en la que se afirma que interpretar una norma que imponga un coste total del crédito homogéneo en caso de extinción anticipada tiene la función de simplificar el mercado y permitir un mayor control por parte del consumidor, que no está obligado a analizar los detalles del contrato y, en particular, los costes no relacionados a la duración del préstamo, limitando los efectos de la asimetría de información al consumidor. En el mismo sentido, v. *Tribunale* Torino, sala I, 22 de septiembre 2020, n. 2770, en *dejure.it*; *Tribunale* Torino, 21 de marzo de 2020, en *dejure.it*; *Tribunale* Avellino, 28 de octubre de 2019, n. 1968, en *centroanomaliiebancarie.it*.



del alcance de una proporcionalidad estricta con respecto a la duración residual del préstamo²⁴.

Sin embargo, emergió una divergencia profunda respecto a la interpretación y aplicación de la ley interna, que por mucho tiempo se han fundado en una distinción entre los cargos que van a constituir el coste total del crédito y que la decisión Lexitor parece querer superar. Por ello esta sentencia suscitó diversas críticas por la doctrina y la jurisprudencia, como por los colegios arbitrales. En primer lugar, como se desarrollará en el siguiente párrafo, parte de la jurisprudencia afirmó que no es permitido adoptar la interpretación proporcionada por el Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48, por la imposibilidad de aplicar sus disposiciones a las relaciones entre particulares reguladas en nuestro ordenamiento por la ley de transposición, o sea por el art. 125 *sexies* Tub²⁵. Además, esta sentencia no parece ajustarse al sistema normativo italiano que, comparado con el polaco, ciertamente está mucho más garantizado para el cliente, habiendo regulado exactamente en el art. 125 *sexies* Tub tanto el derecho de restitución como sus consecuencias en el caso de extinción anticipada²⁶.

Preliminarmente, se observó, en un nivel estrictamente literal, que tanto la directiva como la ley nacional de transposición utilizan una fórmula textual que parece sugerir exclusivamente la reducción de los costes en función de la duración del contrato²⁷.

En cuanto al mérito de la sentencia, el razonamiento seguido por los jueces europeos suscitó perplejidad desde varios puntos de vista. Por un lado, eligieron identificar la base de justificación de su opción hermenéutica exclusivamente en la efectividad de la protección de los derechos del consumidor, sin considerar el segundo y fundamental objetivo de la armonización máxima de la legislación nacional operado por la directiva 2008/48, es decir, crear un mercado de crédito único y eficiente, en el que las ofertas de crédito pueden circular en las mejores condiciones tanto para los consumidores que acceden al crédito como para los prestamistas que lo erogan²⁸. Además, la correlación entre el principio de efectividad de los derechos de los consumidores y la aptitud de una

²⁴ V. *Giudice di Pace* Savona, 7 de enero de 2020, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, cit., 743 ss.

²⁵ Con referencia a este perfil específico, véanse el siguiente párrafo.

²⁶ V. *Tribunale* Mantova, 30 de junio de 2020, en *expartecreditoris.it*.

²⁷ Sobre el tema de la transposición incorrecta de la directiva, v. *Tribunale* Napoli, 22 de noviembre de 2019, n. 10489, en *dejure.it*.

²⁸ Con referencia a este perfil específico, véanse el párrafo 3.2.



disposición para evitar una posible elusión por parte de los empresarios no es convincente, porque los instrumentos establecidos por el legislador europeo para la prevención y el contraste del riesgo de elusión son otros y no pueden ser los únicos parámetros que se adoptan para disipar las dudas interpretativas de las disposiciones de las directivas²⁹.

Por otro lado, en algunas decisiones del *Collegio di coordinamento* del ABF, como se verá en los siguientes párrafos, se evaluaron críticamente las consecuencias de la aplicación de la sentencia Lexitor, incluso porque la interpretación proporcionada por el Tribunal de Justicia europeo, que considera reembolsables todos los costes cobrados, podría causar la salida del mercado de los operadores (en particular intermediarios de crédito) incapaces de hacer frente a los efectos inciertos del reembolso anticipado.

3.1. – Se utilizaron varios argumentos para apoyar la imposibilidad de adoptar la interpretación proporcionada por los jueces europeos en el caso Lexitor, sobre el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48 a las relaciones reguladas por la ley de transposición. En primer lugar, se afirmó que esta directiva no puede ser calificada como *self executing* y que por lo tanto no puede encontrar inmediata aplicación en los ordenamientos de los Estados miembros³⁰. Desde esta perspectiva, dado que la sentencia Lexitor ofrece una interpretación de la disposición europea y no de la nacional, la relación contractual habría debido registrarse únicamente por lo dispuesto en el *Testo unico bancario* y por lo tanto la reducción del coste total del crédito habría tenido que referirse solo a los intereses y costes adeudados por la duración restante del contrato.

En realidad, si se realiza un análisis basado en una correcta visión de los efectos que derivan de las intervenciones judiciales dictadas *ex art. 267 TFUE* en los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembros, así como también de las relaciones entre las fuentes europea y nacional, estos argumentos no parecen convincentes.

Ante todo, es necesario partir del postulado según el cual las interpretaciones

²⁹ En este sentido v., entre otros, G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, cit., 285 s.

³⁰ V. *Giudice di Pace Como*, 13 de octubre de 2020, n. 538, en *dejure.it*; *Tribunale Mantova*, 30 de junio de 2020, cit.; *Tribunale Napoli*, 10 de marzo de 2020, n. 2391, en *expartecreditoris.it*; *Tribunale Napoli*, 22 de noviembre de 2019, n. 10489, cit.; *Tribunale Monza*, 22 de noviembre de 2019, n. 2573, en *expartecreditoris.it*.



proporcionadas en las sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales, que son funcionales para aclarar y especificar el significado y el alcance de la disposición europea, en el sentido en que tenía que ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor, tienen efectos *erga omnes* y el principio jurídico contenido en las mismas se tiene que considerar vinculante para las autoridades (legislativas y jurisdiccionales) de todos los ordenamientos nacionales³¹.

Por lo que se refiere a la eficacia concreta que esta sentencia puede explicar en el ordenamiento nacional, según otra orientación de una parte de la jurisprudencia italiana³² y del *Collegio di Coordinamento* del *ABF*³³, el problema no era si la directiva 2008/48 se pueda considerar *self executing* y por eso tenga efecto directo, vertical u horizontal, porque este acto normativo ya ha sido implementado y transpuesto en la legislación nacional a través de la ley n. 141/2010, que, entre otras cosas, ha introducido en el *Testo unico bancario* el art. 125 *sexies*, cuyo texto reproduce perfectamente la formulación del art. 16. Así que, a los contratos estipulados después de la entrada en vigor de la legislación de transposición de la directiva no se tendría que aplicar la disposición europea, sino la norma nacional, pero de conformidad con la interpretación ofrecida por el Tribunal de Justicia.

Cabe recordar que la obligación de interpretación conforme representa un corolario del principio de cooperación leal, según el cual los Estados miembros deben adoptar “todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión” (art. 4, apartado 3, Tratado UE). Los destinatarios de esta obligación son todos los órganos de los Estados miembros, incluidos, dentro de su competencia, los judiciales. De ello se desprende que, en la aplicación de la legislación nacional y en particular de aquella

³¹ V., *ex multis*, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 5 de septiembre de 2019, causa C-331/18, *TE c. Photovost s.r.o.*, en *dirittobancario.it*, que precisamente con referencia a la directiva 2008/48/CE sobre contratos de crédito al consumo ha afirmado que el art. 10, apartado 2, de la misma debe aplicarse con modalidades conformes a la interpretación proporcionada por el Tribunal en la sentencia del 9 de noviembre de 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia*, incluso en el caso de contratos estipulados con anterioridad respecto a esta última sentencia; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13 de septiembre de 2018, C-385/17, *T. Hein c. A. Holzkamm GmbH & Co.*, en *eur-lex.europa.eu*; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 22 de septiembre de 2016, C-110/15, *Microsoft Mobile Sales International Oy y otros*, en *curia.europa.eu*.

³² V. *Tribunale* Torino, 22 de septiembre 2020, n. 2770, cit.; *Tribunale* Torino, 21 de marzo de 2020, n. 1434, cit.

³³ V. *ABF*, *Collegio di Coordinamento*, 11 de diciembre de 2019, n. 26525, en *arbitrobancariofinanziario.it*.



adoptada expresamente como consecuencia de la transposición de la directiva, el órgano jurisdiccional nacional debería interpretar su derecho a la luz de la letra y finalidad de la directiva para lograr el resultado³⁴. Así que, el problema no es que la sentencia tenga por objeto la interpretación del art. 16 de la directiva y no la del art. 125 *sexies* Tub, porque tanto las autoridades judiciales como los colegios arbitrales no podrían dejar de aceptar esta nueva orientación interpretativa, a la luz del vínculo que se deriva del principio fundamental de interpretación conforme al derecho de la Unión europea de las disposiciones nacionales y, *a fortiori*, de las que representan la transposición de directivas europeas³⁵.

Esta conclusión, válida en general, sin embargo, merece alguna aclaración, en consideración a la entrada en vigor de la ley n. 106/2021, que ha modificado el texto del art. 125 *sexies* Tub, a la que tendremos la oportunidad de volver en la continuación del análisis³⁶.

3.2. – Uno de los perfiles problemáticos más relevantes de la sentencia se refiere

³⁴ Hay que tener en cuenta que la *Cassazione* reconoce el carácter vinculante de la interpretación del derecho europeo adoptada por el Tribunal de Justicia (v., entre otras, *Cassazione*, 3 de marzo de 2017, n. 5381, en *dejure.it*; *Cassazione*, 8 de febrero de 2016, n. 2468, en *dejure.it*; *Cassazione*, 11 de diciembre de 2012, n. 22577, en *dejure.it*), según la cual a las sentencias europeas se les debe atribuir el valor de fuentes adicionales del derecho comunitario, no en el sentido de que crean normas *ex novo*, sino en la medida en que indican su significado y límites de aplicación, con eficacia *erga omnes* dentro de la Comunidad europea.

³⁵ En este sentido, en doctrina, v. entre otros G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*, cit., 287 s., según el cual, para los contratos celebrados después de la entrada en vigor de la legislación de transposición, la adaptación de la ley italiana a la sentencia del Tribunal de Justicia europeo requiere necesariamente una intervención del legislador que reforme el apartado 1 del art. 125 *sexies* del Tub. De hecho, dada la formulación textual de la disposición nacional, debe excluirse que el juez italiano esté obligado a aceptar la orientación interpretativa adoptada por el Tribunal en sede de aplicación del art. 125 *sexies*, apartado 1, Tub, ya que por constante jurisprudencia europea la necesidad de interpretar las disposiciones internas de conformidad con las directivas de la UE a las que dan la transposición nunca puede llegar a constituir el base de justificación para una interpretación *contra legem*. Así que, a la espera de tal intervención del legislador, los consumidores que se ven perjudicados por la insuficiencia de la formulación textual de la disposición nacional tendrían que promover, contra el Estado responsable de la incorrecta transposición del art. 16, apartado 1, directiva 2008/48, una acción legal para obtener la indemnización de los daños sufridos por haber logrado, a modo de “reducción del coste total del crédito”, una suma del importe más bajo de lo que hubieran tenido derecho a recibir si la disposición nacional hubiera sido formulada e interpretada con modalidades que corresponden plenamente al significado que el Tribunal atribuyó a la europea.

³⁶ Para la discusión de este perfil, consulte el par. 4.



precisamente al punto de partida de la interpretación realizada a través del criterio teleológico, es decir a la protección exclusiva del consumidor.

En efecto, el Tribunal de Justicia ha afirmado que el hecho de incluir, en la reducción del coste total del crédito, los gastos que no dependen de la duración del contrato no perjudica de manera desproporcionada al prestamista. En particular, sus intereses se tienen en cuenta con arreglo al artículo 16 de la directiva 2008/48, que establece, en su apartado 2, en beneficio del prestamista, el derecho a una compensación por los posibles costes derivados del reembolso anticipado del contrato y, en su apartado 4, ofrece a los Estados miembros la posibilidad adicional de velar por que la compensación esté adaptada a las condiciones del crédito y del mercado para proteger los intereses del prestamista. Además, en caso de reembolso anticipado del crédito, el prestamista recupera de antemano la suma prestada, que se queda disponible para celebrar, en su caso, un nuevo contrato de crédito.

Sin embargo, los jueces europeos han declarado que la directiva 2008/48 tiene el objetivo exclusivo de lograr una elevada protección del consumidor; por esta razón la reducción del coste total del crédito en caso de reembolso anticipado no puede no incluir todos los gastos impuestos.

En realidad, no se trata de una directiva de armonización mínima, adoptada únicamente para promover y mejorar el nivel de protección de los consumidores que concluyen contratos de crédito, sino de armonización máxima, que pretende regular de forma igual para los legisladores nacionales algunos particulares aspectos de estos contratos, con disposiciones adecuadas para satisfacer y proteger de forma equilibrada tanto los intereses económicos de los consumidores como aquellos de los prestamistas que erogan financiamientos al consumo³⁷.

En el proceso de aprobación de la directiva ya había surgido el propósito de proteger los diferentes intereses de las principales categorías de sujetos que operan en el mercado crediticio, o sea no solo de los consumidores, que pueden beneficiarse de un aumento en los niveles de protección ofrecidos por la legislación europea armonizada, sino también de las empresas de crédito, cuya actividad se facilita con la estandarización de las condiciones de mercado³⁸.

³⁷ V. G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della "riduzione del costo totale del credito" spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza "Lexitor"*, cit., 286.

³⁸ Sobre el proceso de armonización de la regulación europea del crédito al consumo, véanse, entre otros, G. CARRIERO, cit., 509 ss.; T. FEBBRAJO, cit., p. 223 ss.



Además, esto se manifiesta en la parte introductoria de la misma directiva, donde se prevé, junto a la protección del consumidor, como parte presuntivamente débil de la relación contractual, el desarrollo de un mercado crediticio más transparente y eficaz³⁹, de manera que se pueda lograr una armonización total entre las legislaciones de los Estados miembros⁴⁰.

En relación a este perfil, se puede suponer que el Tribunal de Justicia, basando su propia elección interpretativa únicamente en la efectividad de los derechos de los consumidores, no haya respetado la *ratio* compleja de la directiva, no teniendo en cuenta las repercusiones que el paso de la armonización mínima a la armonización máxima está inevitablemente destinado a tener sobre los parámetros interpretativos de las directivas europeas que se refieren a esta particular tipología de contratos⁴¹.

Con referencia a este aspecto, la tarea del intérprete parece particularmente delicada; sin embargo, los jueces europeos, partiendo de la *ratio* de máxima armonización de la directiva y para no desequilibrar la protección a favor de uno u otro, deberían haber intentado buscar un equilibrio entre la capacidad del consumidor para pagar en proporción adecuada por el servicio de crédito recibido (hasta que se haya reembolsado el crédito) y la oportunidad del prestamista para obtener una retribución en relación con un servicio que realmente ha proporcionado. De hecho, es precisamente en este aspecto sobre el que recientemente ha intervenido el legislador italiano, modificando la normativa nacional, con la intención de identificar una solución que, respetando los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo, fuera capaz de tener en cuenta las distintas facetas de la cuestión⁴².

3.3. – La aplicación del principio de derecho enunciado por el Tribunal conllevaba

³⁹ El considerando n. 6 afirma expresamente que: “El desarrollo de un mercado crediticio más transparente y eficaz dentro del espacio sin fronteras interiores es fundamental para promover el desarrollo de las actividades transfronterizas”.

⁴⁰ Así, en el considerando n. 9 de la directiva, se afirma que, para lograr la armonización total entre las legislaciones nacionales, es necesario realizar un doble objetivo, es decir, por un lado, “garantizar que todos los consumidores de la Comunidad europea se beneficien de un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses” y, por otro lado, “crear un auténtico mercado interior”.

⁴¹ En este sentido, v. G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*, cit., 286.

⁴² Para la discusión de este perfil, consulte el par. 4.



inevitablemente la eliminación del documento contractual de la cláusula que ha excluido, aunque implícitamente, la repetibilidad de los costes no recurrentes, en cuanto contraria a norma imperativa, y por lo tanto afectada por la nulidad de protección, cuya acción se puede promover de oficio de conformidad con los arts. 127 Tub y 1418 del código civil italiano. La cláusula nula debía entonces entenderse automáticamente sustituida *ex art.* 1419, párrafo 2, cod. civ. con la norma imperativa que, ya en el momento de la celebración del contrato, impuso también el reembolso de los costes *up front*⁴³.

Sin embargo, la aceptación del enfoque interpretativo expresado por el Tribunal de Justicia europeo ha presentado algunas dificultades de aplicación, ya que la sentencia, así como el texto del art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48, carece de cualquier indicación sobre el método de cálculo de la reducción del coste total del crédito. En efecto, a pesar de que requiere el reembolso de todos los costes que derivan del contrato de crédito a través de un criterio unívoco, no toma una posición explícita sobre el tema de la cuantificación concreta de los costes no recurrentes.

Por lo que se refiere a este problema, preliminarmente, cabe destacar que la directiva 2008/48, de acuerdo con lo dispuesto en su art. 1, fue concebida como una medida de armonización máxima, pero al mismo tiempo incompleta, es decir como un acto destinado a armonizar solo determinados aspectos de las disposiciones jurídicas de los Estados miembros en materia de contratos de crédito al consumo⁴⁴. En efecto, según lo establecido en el considerando n. 9, los legisladores nacionales no pueden mantener o introducir disposiciones distintas a las previstas por la directiva, pero tal restricción debe aplicarse exclusivamente para las materias sujetas a las finalidades de armonización; entonces, en caso de que no existan disposiciones armonizadas, los Estados miembros se deben considerar libres de mantener o adoptar normas nacionales⁴⁵. Así que, parece que la intención del legislador de la Unión es atribuir a los Estados miembros un cierto margen de discrecionalidad en esta materia; pero esto no significa, por supuesto, que

⁴³ En este sentido véanse la decisión del *Collegio di Coordinamento* del ABF n. 26525 de 2019, cit.

⁴⁴ V. F. MEZZANOTTE, *Il rimborso anticipato nei contratti di credito immobiliare ai consumatori*, en *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, 88 s., según el cual, por esta razón, habría sido más adecuado tener en cuenta las peculiaridades de las diversas disciplinas de transposición e imponer, para el caso de extinción anticipada, solo el reembolso de una parte apropiada y proporcional de todos los costes directamente o indirectamente relacionados con la duración del contrato de crédito.

⁴⁵ El considerando n. 9 establece, como ejemplo, que los Estados miembros pueden mantener o introducir disposiciones nacionales sobre la responsabilidad solidaria del vendedor o proveedor de servicios y el prestamista o sobre la terminación del contrato de venta de bienes o prestación de servicios en caso de que el consumidor ejerza su derecho de desistimiento del contrato de crédito.



puedan elegir cualquier método que deseen, sino que, por un lado, deben respetar los principios establecidos en el art. 16, apartado 1, relativos a la obligación de cubrir tanto los intereses como los costes, y, por otro lado, pueden establecer lo que está más acorde con la normativa nacional del sector del crédito al consumo.

En el contexto del ordenamiento italiano, se ha considerado que la diversidad intrínseca de los costes *up front* en comparación con los *recurring* no parece permitir la aplicación del criterio proporcional puro (*pro rata temporis*), de uso común en las actividades de carácter permanente y considerado en la práctica el más lógico y el más conforme a la ley y a la equidad sustancial⁴⁶. Por esta razón se ha afirmado que el uso de este criterio, de hecho, sería completamente irreconciliable con costes independientes de la duración de la relación de financiamiento, ya que estos representan la contraprestación por actividades ya agotadas en el momento de la estipulación del contrato por parte del consumidor⁴⁷.

En efecto, el Tribunal de Justicia, estableciendo que el método de cálculo que debe utilizarse para aplicar la reducción consiste en tener en cuenta todos los gastos soportados por el consumidor y, acto seguido, reducir su importe en proporción a la duración del contrato que quede por transcurrir, no impuso un criterio común y único para todos los componentes del coste del crédito. Por lo tanto, en ausencia de una intervención del legislador, se ha considerado posible establecer, al igual que las partes en el ejercicio de su autonomía contractual, un criterio de reembolso diferenciado para los costes no recurrentes y para los recurrentes.

En algunos casos, pareciendo la cuestión no resoluble por medio de la interpretación, porque no hay un texto contractual oscuro o ambiguo cuyo significado debe ser revelado, el *Collegio di Coordinamento* del ABF decidió intervenir en el reglamento integrándolo *ex art. 1374 cod. civ.*, a través de una fuente heterónoma. En esta perspectiva, a falta de una disposición regulatoria complementaria o de un uso aplicable, ha hecho uso de la integración judicial según equidad, como mecanismo por el cual es posible llenar la laguna contractual⁴⁸. En particular, se consideró que el criterio preferible para

⁴⁶ V. ABF, *Collegio di Coordinamento*, n. 6167 de 2014, cit.

⁴⁷ V. A. ZOPPINI, *op. cit.*, 7.

⁴⁸ V. ABF, *Collegio di Coordinamento*, n. 26525 de 2019, cit. Según lo que establece el art. 6, párr. 5, de la resolución del *Comitato Interministeriale per il Credito e il Risparmio* n. 275/2008, la decisión sobre el recurso se toma sobre la base de las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes, así como de los códigos de conducta a los que se adhiere el intermediario. Por tanto, es evidente que la referencia que, en este caso, hace el *Collegio di Coordinamento* al art. 1374 del código civil italiano le permite utilizar la fuente equitativa para llenar los vacíos en el reglamento. De esta forma, se sortea la prohibición a la que se



cuantificar el importe de los costes no recurrentes repetibles tendría que ser similar a lo que han previsto las partes para el cálculo de los intereses correspondientes, que constituyen la parte principal del coste total del crédito expresamente regulada por negociación. Esto significa que la reducción de los costes no recurrentes podría haberse realizado de acuerdo con el método de reducción progresiva utilizado para los pagos de estos intereses, como deducible del plan de amortización⁴⁹.

De hecho, ante la reciente intervención del legislador, esta solución podría haber sido adecuada para equilibrar los intereses de las partes contratantes porque, por un lado, garantiza el derecho del consumidor a una reducción proporcional de los costes *up front* del crédito, pero, por otro lado, tiene en cuenta la diferencia de estos con respecto a los costes *recurring*. De esta forma, la referencia que hace la sentencia al derecho del consumidor a una reducción equitativa del coste total del crédito, establecido por el derogado art. 8 de la directiva 87/102, podría haber encontrado su concretización, con la consiguiente reexpansión de la discrecionalidad de los jueces nacionales.

Sin embargo, un obstáculo para el uso de la fuente equitativa estaba representado por la posición, adoptada recientemente por el Tribunal de Justicia, totalmente opuesta a la integración judicial de la cláusula nula por ser vejatoria⁵⁰. En efecto, salvo en algunos casos en los que, con referencia a las cláusulas accesorias en los contratos de crédito al consumo, han elegido la diferente opción de la aplicación de las normas complementarias prorrogadas⁵¹, los jueces europeos nunca admitieron la integración judicial del reglamento.

4. – El debate sobre la oportunidad de aplicar los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo a la reducción del coste total del crédito en caso de extinción anticipada puede hoy considerarse de alguna manera resuelto, tras la intervención del legislador, que, para hacer frente a los efectos económicos producidos por la emergencia epidemiológica del COVID 19 y con el fin de garantizar certidumbre y transparencia a

refiere el art. 6, que exige que la decisión se tome conforme a derecho, admitiendo el uso de la equidad sólo en los casos previstos en el art. 113, párr. 2, y 114 c.p.c.

⁴⁹ A. TINA, *op. cit.*, 178 s.

⁵⁰ Entre las diversas sentencias, una de las más importantes es sin duda Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14 de junio de 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito SA c. JCC*, en *curia.europa.eu*.

⁵¹ En este sentido, v. Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 16 de julio de 2020, C-224/19, *C.Y. c. Caixabank, LG y PK c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA*, en *curia.europa.eu*.



las condiciones de acceso al crédito al consumo para el sostenimiento de las familias, ha modificado algunas disposiciones del *Testo unico bancario* y, entre estas, la que se ocupa del reembolso anticipado. En particular, el art. 11 *octies* del *decreto legge* n. 73/2021, ha introducido una nueva versión del art. 125 *sexies* Tub, que reconoce las indicaciones de los jueces europeos, pero no sin plantear problemas de interpretación.

El primer apartado del nuevo art. 125 *sexies* Tub establece, como la formulación anterior, que “*il consumatore può rimborsare anticipatamente in qualsiasi momento, in tutto o in parte, l'importo dovuto al finanziatore*”, pero mientras el anterior texto se limitaba a disponer que, en este caso, la reducción del coste total del crédito debía ser “*pari all'importo degli interessi e dei costi dovuti per la vita residua del contratto*”, la nueva formulación especifica que el consumidor “*ha diritto alla riduzione, in misura proporzionale alla vita residua del contratto, degli interessi e di tutti i costi compresi nel costo totale del credito, escluse le imposte*”.

El legislador, en esta primera parte de la norma, ha aceptado plenamente el principio del reembolso integral, que se deriva de la interpretación proporcionada por la sentencia del Tribunal de Justicia europeo en el caso *Lexitor* del art. 16 de la directiva 2008/48, estableciendo que dicho reembolso debe incluir todos los costes incluidos en el coste total del crédito, o sea no solo los costes *recurring*, sino también los costes *up front*, con la exclusión de los impuestos únicamente.

En realidad, aunque con alguna posición disonante, tanto parte de la jurisprudencia como el *Arbitro bancario finanziario* ya habían llegado a este resultado interpretativo, atribuyendo a la sentencia *Lexitor* un carácter vinculante de acuerdo con el principio de interpretación conforme y previendo así el reembolso de todos los componentes del coste total del crédito⁵².

Con todo, la novedad más importante se refiere a la previsión de un criterio para el cálculo de la reducción del coste total del crédito, sobre el que el Tribunal no se había pronunciado, dejando, como ya se ha señalado, abierto el debate.

Así, el art. 125 *sexies* Tub, en su nueva formulación, establece que esta reducción se tiene que calcular utilizando el parámetro de “proporcionalidad” en relación con la vida residual del contrato. En esencia, la referencia a “la duración del contrato que quede por transcurrir” solo sería una indicación de la manera en que se calcula la reducción.

En realidad, el Tribunal de Justicia, al explicar los términos del debate, había dado

⁵² Para la discusión de este aspecto, refiérase al par. 3.1.



cuenta de la existencia de variadas orientaciones interpretativas, una de las cuales era precisamente la basada en la proporcionalidad, sin por ello tomar posición alguna sobre la cuestión⁵³.

No obstante, después de haberse referido a este parámetro, el legislador especifica que los contratos de crédito tienen que prever claramente el criterio que se utilizará, en el caso de extinción anticipada, para la reducción proporcional de los intereses y otros costes, indicando de manera específica si se aplicará el “*criterio di proporzionalità lineare*” o el “*criterio del costo ammortizzato*” y, a menos que se indique lo contrario, se deberá aplicar el segundo.

Por un lado, esta segunda parte de la disposición parece perfectamente acorde tanto con las indicaciones de la *Banca d'Italia*, considerando las referencias a las modalidades claras y analíticas para indicar el criterio de cálculo, como con los principios dictados por el Tribunal de Justicia europeo, reiterando que este cálculo se puede hacer a través del “*criterio di proporzionalità lineare*”, sin perjudicar los intereses de los consumidores. Así que, la aplicación del parámetro proporcional permitirá calcular el monto a devolver dividiendo la suma total de las comisiones por la duración del contrato (en meses) y multiplicando el resultado por la duración residual (en meses) del mismo vencido anticipadamente.

Hasta este punto, el legislador ha respetado plenamente las indicaciones de los jueces europeos, introduciendo una previsión equilibrada que permite tener en cuenta tanto los intereses del consumidor como los de los prestamistas. Pero, por otro lado, esta previsión parece plantear el primer problema de interpretación, al prever, junto al “*criterio di proporzionalità lineare*”, también el “*criterio del costo ammortizzato*”. En primer lugar, esta previsión parece ser de aplicación incierta, porque se refiere a un criterio previsto en el contexto de las disposiciones sobre el estado financiero. En particular, el art. 2426 del código civil italiano, en la versión modificada por el *decreto legislativo* de 18 de agosto de 2015, n. 139, que ha transpuesto al ordenamiento italiano la directiva 2013/34/UE⁵⁴, establece que en la preparación de los estados financieros se tiene que utilizar este criterio para la evaluación de las deudas, créditos y activos fijos⁵⁵. La elección de

⁵³ Véase al respecto lo señalado en el par. 3.3.

⁵⁴ Se trata de la directiva de 26 de junio de 2013 del Parlamento europeo y del Consejo sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se ha modificado la directiva 2006/43/CE del Parlamento europeo y del Consejo y se derogan las directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.

⁵⁵ C. SOTTORIVA, *Il D. Lgs. n. 139/2015 per il recepimento della Direttiva 2013/34/UE in tema di bilan-*



adoptar un criterio perteneciente a otro sector seguramente creará dificultades de aplicación, dada la ausencia de cualquier aclaración adicional por parte del legislador.

En segundo lugar, el “*criterio del costo ammortizzato*” no es en realidad un criterio estrictamente proporcional. De hecho, esta modificación parece estar dirigida a permitir el cálculo de los costes sujetos a reducción aplicando una proporción decreciente en el tiempo, con una reducción inferior de los cargos en el caso de extinción anticipada. Así que, si la aplicación de este criterio supone una reducción inferior a la que tendría derecho el consumidor según el parámetro proporcional y considerando que este criterio se aplica incluso en el caso de que las partes no decidan nada al respecto, parece materializarse una solución no equilibrada. De esta forma, algunas comisiones sobre la deuda residual no se contabilizarían a efectos del cálculo de la reducción del coste total del crédito y esto tendría el único efecto de limitar los derechos de los consumidores.

En última instancia, este criterio, destinado a ser ampliamente aplicado, podría beneficiar al prestamista, quien, además, no sólo tiene el derecho a una compensación justa y objetivamente justificada en presencia de las condiciones previstas por la ley⁵⁶, sino también el derecho de retrocesión frente al intermediario de crédito, tal y como prevé el nuevo apartado 3 del art. 125 *sexies* Tub, por la parte del importe reembolsado al consumidor relativo a la remuneración por la intermediación. Así, si tras la sentencia Lexitor el riesgo que se corría era el de beneficiar al consumidor, con la solución adoptada por el legislador nacional se podría correr el riesgo contrario, es decir, el de beneficiar al prestamista.

4.1. – Una novedad de particular importancia es la introducida en el apartado 2 del art. 11 *octies* del d. l. n. 73/2021, en el cual se prevé que la nueva formulación del art. 125 *sexies* Tub se aplica solo a los contratos suscritos con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la ley que convierte el decreto, mientras que la versión anterior de la disposición continúa aplicándose a la extinción anticipada de los contratos suscritos con anterioridad, así como las normas secundarias contenidas en las disposiciones de transparencia y de

ci, en *Le società*, 2015, 1065; G. GARELIO, *La nuova disciplina del bilancio d'esercizio: le regole di struttura e i criteri di valutazione*, en *Giur. it.*, 2017, 1263 s.

⁵⁶Permanece sin cambios la previsión de una compensación justa y objetivamente justificada por cualquier coste directamente relacionado con el reembolso anticipado del crédito a favor del prestamista en caso de reembolso anticipado, a la que se refiere la formulación anterior del art. 125 *sexies*.



vigilancia de la *Banca d'Italia* vigentes en la fecha de celebración de los contratos⁵⁷.

Antes de la intervención del legislador, tanto la jurisprudencia como el *Collegio di coordinamento* del ABF sostuvieron que los principios dictados por los jueces europeos debían aplicarse también a los contratos estipulados con anterioridad a la fecha de la sentencia Lexitor. Se utilizó el argumento de que las sentencias interpretativas del Tribunal de Justicia europeo tienen eficacia y son vinculantes también con respecto a situaciones que han surgido previamente, con exclusión de todo aquello que ha sido objeto de cosa juzgada o cuyo *iter* judicial se ha agotado, a menos que el mismo Tribunal establezca excepcionalmente límites al efecto retroactivo de su sentencia previendo posibles repercusiones en un sistema de relaciones jurídicas constituidas de buena fe⁵⁸.

La introducción del apartado 2 del art. 11 *octies* debería llevar hoy a una conclusión opuesta, a la luz de la previsión de irretroactividad de la disciplina, la cual, adoptando una interpretación literal del precepto, debería entonces estar destinada a ser aplicada sólo para el futuro. Sin embargo, subsisten dudas interpretativas sobre la eficacia intertemporal de esta disposición, dado el contraste jurisprudencial existente.

⁵⁷ Precisamente en el apartado 2 del art. 11 *octies* d. l. n. 73/2021 se establece que el art. 125 *sexies* “*Si applica ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto. Alle estinzioni anticipate dei contratti sottoscritti prima della data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto continuano ad applicarsi le disposizioni dell’articolo 125 sexies del testo unico di cui al decreto legislativo n. 385 del 1993 e le norme secondarie contenute nelle disposizioni di trasparenza e di vigilanza della Banca d’Italia vigenti alla data della sottoscrizione dei contratti*”.

⁵⁸ Como el *Collegio di Coordinamento* del ABF tuvo la oportunidad de subrayar, especificando que el Tribunal de Justicia en el presente caso no ha considerado conveniente aprovechar de esta facultad (v. decisión del 17 de diciembre de 2019, n. 26525, cit.).

Sin embargo, se alegó que la orientación interpretativa alcanzada por el Tribunal de Justicia no se podía aceptar con referencia a los contratos estipulados antes de la entrada en vigor de la legislación nacional con la que se ha transpuesto la directiva, o sea del d. lgs. n. 141 de 2010. Por lo tanto, se asumió que a estos contratos se tenía que aplicar la formulación anterior de la disposición, o sea el art. 125, apartado 2, Tub, que preveía una reducción equitativa del coste total del crédito, dentro de la cual estaban destinados a ser incluidos, como costes reembolsables, aquellos sujetos a devengo en el tiempo y no también los relacionados con actividades preliminares y preparatorias al otorgamiento del crédito. En otros términos, se tenía que adoptar la visión de la jurisprudencia precedente a la sentencia, según la cual la aplicación del principio de reducción equitativa del coste del crédito *ex* art. 125, apartado 2, Tub, determina el reembolso únicamente de los costes denominados *recurring*, mientras que los denominados *up front* no son reembolsables (v. *Tribunale Napoli*, 4 de diciembre de 2018, en *dejure.it*). Así que, en el caso de extinción anticipada del contrato por parte del consumidor, la cláusula contractual que establecía que los costes no recurrentes no son reembolsables no podría haber sido considerada nula, ya que, en el momento de la celebración del contrato, no existía ninguna disposición que prohibiera los acuerdos que tenían como objeto la no repetibilidad de los cargos en cuestión (v. *Tribunale Piacenza*, 16 de marzo de 2020, n. 241, en *expartecreditoris.it*; *Tribunale Pavia*, 2 de mayo de 2020, n. 497, en *expartecreditoris.it*).



De hecho, según parte de la jurisprudencia que se pronunció sobre el reembolso de las comisiones tras la extinción anticipada del contrato de crédito para la cesión del quinto, el art. 125 *sexies* Tub debería interpretarse conforme a la sentencia Lexitor, incluso después de la reforma contenida en el decreto Sostegni *bis*⁵⁹. En particular, se afirma que, por un lado, es cierto que el art. 125 *sexies* Tub, en su redacción vigente al momento de la celebración del contrato, no proporcionaba indicación alguna, pero la sentencia del Tribunal de Justicia ha brindado indirectamente un criterio de interpretación de este precepto, que transpone, de forma casi textual, en el ordenamiento interno el art. 16, apartado 1, de la directiva 2008/48. Por tanto, con referencia a los contratos estipulados antes de la entrada en vigor del decreto, la exclusión del reembolso de los costes *up front* no sólo entraría en conflicto con el art. 125 *sexies* Tub en la formulación anterior como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, sino también con las disposiciones dictadas por la *Banca d'Italia*.

Por lo que se concluyó, adoptando una interpretación sistemática y conforme con el derecho europeo, que el principio de irretroactividad consagrado por el art. 11 *octies* del d. l. n. 73/2021 se refiere a los apartados recién introducidos y no puede relacionarse con el apartado 1, ya que de lo contrario estaría en conflicto con la legislación europea entendida acorde a la interpretación del Tribunal de Justicia.

Este enfoque interpretativo ha sido criticado por otra parte de la jurisprudencia, así como por el *Collegio di coordinamento* del ABF, porque parece basarse en una lectura contraria a la letra de la ley, introduciendo una limitación al alcance del art. 11 *octies* que el texto de la disposición no prevé⁶⁰. Se afirma que el intento realizado, si bien apreciable, parece superar los límites de una operación puramente interpretativa, aunque entendida en un sentido amplio, llegando sustancialmente a configurar una inaplicación parcial del art. 11 *octies*. Se cree, en efecto, que el legislador quiso realmente, por razones de política económica y defensa del principio de confianza, dictar una disciplina intertemporal de acuerdo con la orientación de la jurisprudencia anterior a la sentencia Lexitor, poniendo así un obstáculo insalvable a una posible interpretación “adaptativa”.

En esta perspectiva, la distinción entre contratos estipulados después del 25 de julio

⁵⁹ V. *Tribunale Savona*, 16 de septiembre de 2021, n. 680, in *dejure.it*; *Giudice di Pace Torino*, 20 de septiembre de 2021, n. 2261, en *dirittodelrisparmio.it*.

⁶⁰ V. *Giudice di Pace Torino*, 25 de octubre de 2021, n. 2631, en *expartecreditoris.it*; ABF, *Collegio di Coordinamento*, 15 de octubre 2021, n. 21676, en *dirittodelrisparmio.it*; *Giudice di Pace Piombino*, 16 de agosto de 2021, en *expartecreditoris.it*.



de 2021, sujetos al nuevo art. 125 *sexies* Tub, y contratos anteriores a esta fecha, sujetos en cambio a las normas primarias y secundarias vigentes al momento de su estipulación, parecería corresponder a una decisión precisa del legislador. Por lo tanto, en aplicación del art. 11 *octies* y de las disposiciones de rango secundario aplicables *pro tempore* y en continuidad respecto de la orientación seguida por los colegios del ABF antes de la sentencia Lexitor, la reducción del coste total del crédito se debería referir únicamente a los costes *recurring*, con exclusión de los costes *up front*.

Así, se cree que, en este caso, el principio de interpretación conforme al derecho europeo de la ley nacional no se debería aplicar, porque la regla interna, según los cánones de interpretación previstos por los arts. 11 y 12 de las *Preleggi*, tiene un texto claro e inequívoco, aunque potencialmente conflictivo con la normativa europea.

En realidad, este último enfoque interpretativo no parece convincente, ya que, en primer lugar, plantea cuestiones delicadas de compatibilidad del derecho interno con el derecho europeo y, en particular, con el art. 16 de la directiva 2008/48, según la interpretación del Tribunal de Justicia. De hecho, si se creía que los principios de la sentencia Lexitor debían aplicarse también al pasado y, por tanto, a las relaciones surgidas con anterioridad a la misma⁶¹, *a fortiori* debe suponerse que no es posible impedir su aplicación a los contratos celebrados después del pronunciamiento, pero antes de la entrada en vigor de la legislación nacional. Por lo que, desde este punto de vista, parece convincente la constatación según la cual la irretroactividad no se refiere a la primera parte del nuevo art. 125 *sexies* Tub, en la que se establece el derecho del consumidor al reembolso integral de los gastos, sino a la segunda parte, en la que se especifican los criterios por los que debe realizarse la cuantificación y se prevé el derecho de retrocesión del prestamista hacia el intermediario.

Además, una interpretación diferente implicaría una injusta desigualdad de trato entre los consumidores, quienes en cambio merecerían el reembolso integral de los costes incurridos independientemente del momento en que celebraron el contrato de crédito.

A esta conclusión se puede llegar también considerando la formulación literal de la disposición, o sea la referencia, contenida en el apartado 2 del art. 11 *octies*, a las disposiciones de transparencia y vigilancia de la *Banca d'Italia* vigentes en la fecha de la firma de los contratos celebrados anteriormente al decreto. De hecho, en el contexto de

⁶¹ En este sentido véanse, entre otras, *Cassazione*, sez. VI, 8 de febrero de 2016, n. 2468, según la cual la interpretación de una disposición europea proporcionada por el Tribunal de Justicia “*ha carattere vincolante per il giudice nazionale, che può e deve applicarla anche ai rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa*”.



estas disposiciones, hay también indicios a favor de una amplia protección de los derechos del consumidor en el caso de extinción anticipada del contrato de crédito⁶², de la introducción de la distinción de los costes a devolver al consumidor⁶³, de la adopción de prácticas equilibradas que no desfavorezcan al consumidor⁶⁴ y que garanticen transparencia y claridad en la representación de los costes⁶⁵. En particular, después de la intervención del Tribunal de Justicia, se estableció, no solo para los nuevos contratos, sino también para los previamente estipulados, que, en caso de reembolso anticipado, el consumidor habría tenido derecho a una reducción del coste total del crédito que incluía todos los costes, excluyendo los impuestos⁶⁶. Por tanto, estas disposiciones muestran la clara intención de la *Banca d'Italia* de instar a los intermediarios a respetar los principios dictados por la sentencia Lexitor⁶⁷.

A la luz de estas indicaciones, así como de los argumentos antes señalados, una interpretación del segundo apartado del art. 11 *octies* en el sentido de excluir algunos costes del reembolso solo con referencia a contratos celebrados antes de la entrada en vigor del decreto no puede considerarse aceptable. En esta perspectiva, para no entrar en conflicto con la orientación adoptada por el Tribunal de Justicia europeo y respetar las anteriores disposiciones de la *Banca d'Italia*, se debería suponer que el legislador ha previsto la irretroactividad no de toda la disciplina, sino exclusivamente de aquellas disposiciones introducidas *ex novo* en la disposición, y que por lo tanto esta debe referirse no al *an ni al quantum*, sino al *quomodo* del reembolso.

De lo contrario, a la luz del conflicto entre la legislación nacional y los artículos 11 y 117 de la Constitución, queda abierta solo la posibilidad de plantear una cuestión de legitimidad constitucional. En esta perspectiva, el Tribunal de Turín ha declarado pertinente y no manifiestamente infundada la cuestión de legitimidad constitucional del art. 11 *octies*, por el conflicto con los artículos 3, 11 y 117, primer apartado, de la Constitución y ha remitido los actos a la *Corte Costituzionale*, señalando, por un lado, la imposibilidad de realizar la interpretación conforme a la sentencia Lexitor del precepto

⁶² V. *Banca d'Italia*, 10 de noviembre de 2009, n. 192691, cit.

⁶³ V. *Banca d'Italia*, 7 de abril de 2011, n. 69170, en *bancaditalia.it*.

⁶⁴ V. *Banca d'Italia* n. 69170/2011, cit.

⁶⁵ V. *Banca d'Italia*, 30 de marzo de 2018, n. 154964, en *bancaditalia.it*.

⁶⁶ V. *Banca d'Italia*, 4 de diciembre de 2019, cit.

⁶⁷ *Contra v. Banca d'Italia*, 1 de diciembre de 2021, n. 1710613, en *bancaditalia.it*, en la cual la *Banca d'Italia* ha cambiado su posición, afirmando que las líneas directrices de 4 de diciembre de 2019 se tienen que considerar derogadas por lo dispuesto en la nueva disposición.



legal y, por otro lado, la ausencia de las condiciones para aplicar directamente la norma europea a través la inaplicación de la norma de derecho interno incompatible con la primera ⁶⁸.

4.2. – Ante la intervención del legislador, surgieron algunas dificultades con referencia a la posibilidad de aplicar los principios dictados en la sentencia *Lexitor* a la interpretación de la directiva 2014/17 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. La formulación textual del apartado 1 del art. 25 de esta directiva es, de hecho, idéntica a la del apartado 1 del art. 16 dir. 2008/48 ⁶⁹. Así, se consideró, por un lado, que la opción hermenéutica desarrollada por el Tribunal de Justicia, por razones de coherencia sistemática, debería haber sido vinculante también para la interpretación de la disposición incluida en la directiva de 2014 ⁷⁰.

Sin embargo, por otro lado, la diferencia intrínseca entre las dos áreas de referencia de las directivas consideradas parecía impedir esta extensión. Así, incluso si a la “reducción del coste total del crédito” a la que se refiere el art. 25 de directiva 2014/17 se hubiera atribuido el mismo significado reconocido en el contexto de la directiva de crédito al consumo, no podrían haber sido utilizados algunos de los argumentos que asumieron una relevancia significativa en el proceso de motivación planteado por los jueces europeos en apoyo de la sentencia *Lexitor* ⁷¹. En particular, se observó que la directiva sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial se caracteriza más claramente que la del crédito al consumo como una intervención legislativa en la que la necesidad de protección del consumidor no se puede considerar autónoma y prevalente con respecto a la dirigida a la regulación del mercado financiero. Además, se señaló que, en el contexto de esta directiva, la previsión de una “compensación justa y objetiva por los posibles costes directamente

⁶⁸ V. *Tribunale Torino*, 2 de noviembre de 2021, en *dirittobancario.it*.

⁶⁹ De hecho, en la segunda proposición del apartado 1 del art. 25 se establece que el consumidor tendrá derecho a una reducción del coste total del crédito que comprenderá los intereses y costes correspondientes al tiempo de contrato que quede por transcurrir.

⁷⁰ G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*, cit., 287.

⁷¹ V. F. MEZZANOTTE, cit., 109 ss., que espera una intervención *ad hoc* del legislador que resuelva las dudas interpretativas sobre la elección, que es típicamente de política del derecho, a mantener alineadas las dos disciplinas, aunque caracterizadas por perfiles significativos de diversidad.



derivados del reembolso anticipado” se concibió como una mera facultad a disposición de los legisladores nacionales y no como una disposición de transposición obligatoria como en la directiva 2008/48, por lo que no podría cumplir el mismo papel que se le reconoce en la sentencia *Lexitor*, donde este derecho del prestamista ha sido adoptado por el Tribunal de Justicia como un elemento adecuado para equilibrar los efectos de una reducción del costo total del crédito que incluya todos los gastos impuestos al consumidor.

Por tanto, evaluando que el apartado 2 del art. 25 dir. 2014/17 deja a los Estados miembros espacios de discrecionalidad y márgenes más amplios en la construcción del contenido de las disposiciones nacionales de transposición que los previstos en el art. 16 dir. 2008/48⁷² y teniendo en cuenta las peculiaridades que caracterizan específicamente los contratos de crédito al consumo y las modalidades de distribución de los gastos que se imponen a los consumidores, la solución opuesta también se consideró razonable, es decir la no extensión de los principios establecidos en la sentencia *Lexitor* al ámbito de los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial⁷³.

Lamentablemente la reciente intervención del legislador con el decreto *Sostegni bis* no ha aclarado la situación. En particular, en el contexto del *Testo unico bancario*, se ha eliminado la remisión que hacía el art. 120 *noviesdecies* al art. 125 *sexies* y se ha introducido el nuevo art. 120 *quaterdecies* 1, dedicado al reembolso anticipado. Sin embargo, esta modificación ha tomado la forma de una mera intervención estilística, en el sentido de que la nueva disposición no hace más que volver a proponer el contenido de la versión anterior del art. 125 *sexies*. Así que, tras la entrada en vigor del decreto, la disciplina que se ocupa de extinción anticipada en los contratos de crédito al consumo y en los celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial se mantiene diversificada, es decir que el legislador ha intervenido para implementar la orientación del Tribunal de Justicia europeo e introducir modificaciones de carácter sustancial solo con referencia a los primeros y no también a los segundos.

⁷² El art. 25, apartado 2, prevé que: “Los Estados miembros podrán supeditar a ciertas condiciones el ejercicio del derecho a que se refiere el apartado 1. Estas condiciones podrán incluir límites temporales al ejercicio del derecho, una diferencia de trato en función de la clase de tipo deudor o en función del momento en que el consumidor ejerza el derecho, o restricciones de las circunstancias en las que pueda ejercerse el derecho”.

⁷³ Propone las dos soluciones interpretativas G. DE CRISTOFARO, *Estinzione anticipata del debito e quantificazione della “riduzione del costo totale del credito” spettante al consumatore: considerazioni critiche sulla sentenza “Lexitor”*, cit., 287.

JUS CIVILE



De hecho, es cierto que los principios contemplados en la sentencia Lexitor se refieren exclusivamente al sector de los contratos de crédito al consumo, pero es evidente que la diversidad entre estas disciplinas, ambas dirigidas a los consumidores, seguirá planteando problemas de interpretación. Así, si no se tratara de una mera falta de coordinación entre estas disciplinas, debe considerarse que esta elección obedece a la precisa intención de diferenciarlas y ello por las razones, ya señaladas, relativas a la diversidad intrínseca entre los sectores de referencia.

Sin embargo, también podría llegarse a la conclusión contraria, valorando sobre todo razones de equidad y considerando que la intervención del legislador parece haber introducido una solución que, aun reconociendo la orientación del reembolso integral de todos los gastos pagados por el consumidor, ha tenido en cuenta también los intereses de los prestamistas. Entonces, aplicar a estos contratos la disciplina prevista por el nuevo art. 125 *sexies*, a la que se hizo remisión anteriormente, permitiría alinear las dos normativas respetando el equilibrio entre las necesidades de protección del consumidor y la regulación del mercado financiero.