

Asunto C-19/20**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

16 de enero de 2020

Órgano jurisdiccional remitente:

Sąd Okręgowy w Gdańsku (Tribunal Regional de Gdansk, Polonia)

Fecha de la resolución de remisión:

30 de diciembre de 2019

Parte demandante:

I.W.

R.W.

Parte demandada:

Bank BPH Spółka Akcyjna w Gdańsku

Objeto del procedimiento principal

La declaración de nulidad del contrato de préstamo, por contravenir, en la parte relativa a las cláusulas de indexación, las disposiciones imperativas del Derecho nacional, debido al carácter abusivo de tales cláusulas, la declaración de nulidad del contrato por cuanto los demandantes lo estipularon inducidos a error respecto de los gastos totales del préstamo y la nulidad de todo el contrato, así como la reclamación de la restitución por el banco de los importes satisfechos en concepto de cuotas de principal e intereses y comisiones.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del artículo 2 y del artículo 3, apartados 1 y 2, en relación con el artículo 4, apartado 1, en relación con el artículo 6, apartado 1, y con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo: «Directiva 93/13») respecto a la obligación del órgano jurisdiccional de

declarar el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado con un consumidor, cuando en la fecha en que se dicte sentencia, debido a la modificación del contenido del contrato mediante un anexo resulte modificada dicha cláusula, de modo que haya dejado de ser abusiva, y la declaración de abusividad de la cláusula en su formulación original pueda conllevar la anulación de la totalidad del contrato, así como respecto a la posibilidad de declarar la abusividad únicamente de algunos elementos de la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa fijado por el banco, es decir, mediante la supresión de la disposición relativa a la fijación unilateral y de modo poco claro del margen del banco, que forma parte del tipo de cambio de la divisa, y respecto a la cuestión de si es contrario al interés público que se declare el carácter abusivo de únicamente algunos elementos de la cláusula contractual en el sentido citado. Asimismo, es objeto de las cuestiones prejudiciales determinar si la pérdida de vigencia del contrato como consecuencia de la supresión de las cláusulas abusivas constituye una sanción, entendida como el resultado de una resolución judicial constitutiva, que surtirá efectos desde el momento de la celebración del contrato, y también, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de 30 de marzo de 2010, si el órgano jurisdiccional nacional debe informar al consumidor sobre el alcance de los efectos jurídicos de la declaración de la nulidad, incluidas las posibles reclamaciones de restitución del profesional.

Cuestiones prejudiciales

- 1) ¿Debe entenderse el artículo 3, apartados 1 y 2, en relación con el artículo 4, apartado 1, en relación con el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29) en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional tiene la obligación de declarar la abusividad (conforme al artículo 3, apartado 1, de la Directiva citada) de la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor también en el supuesto de que en la fecha en que se dicte sentencia, como consecuencia de la modificación del contenido del contrato introducida por las partes mediante un anexo, esa cláusula ya no tenga carácter abusivo por haber resultado modificada y la declaración de abusividad de la cláusula conforme a su formulación original pueda conllevar el decaimiento (la anulación) de la totalidad del contrato?
- 2) ¿Debe entenderse el artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 3, apartados 1 y 2, segunda frase, y el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29) en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional puede declarar la abusividad de únicamente algunos de los elementos de la cláusula contractual relativa al tipo de cambio de la divisa fijado por el banco, a la cual se haya indexado el préstamo concedido al consumidor (como ocurre en el procedimiento principal), de forma que se suprima la disposición relativa a la fijación unilateral y falta de

claridad del margen del banco, incluido en el tipo de cambio de la divisa, y se mantenga una disposición inequívoca relativa al tipo de cambio medio del banco central (Narodowy Bank Polski [Banco Nacional de Polonia]), lo que no exige sustituir el contenido suprimido por otra disposición legal, [...] y tendrá como efecto el restablecimiento del equilibrio real entre el consumidor y el profesional, si bien modificará sustancialmente la cláusula relativa al cumplimiento de la obligación por el consumidor a favor de este?

- 3) ¿Debe entenderse el artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29) en el sentido de que es contrario al interés público declarar la abusividad de solo algunos de los elementos de la cláusula contractual, en la forma descrita en la segunda cuestión prejudicial, aun cuando el legislador nacional haya adoptado medidas destinadas a evitar la práctica de la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato, como las que son objeto del procedimiento principal, mediante la adopción de disposiciones que imponen a los bancos la obligación de especificar los métodos y los plazos de fijación del tipo de cambio de las divisas, con arreglo al cual se calculan el principal del préstamo y las cuotas del capital e intereses, así como las reglas de conversión a la divisa de desembolso o de reembolso del préstamo?
- 4) ¿Debe entenderse la pérdida de obligatoriedad del contrato, con arreglo a lo establecido en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29), como efecto de la supresión de las cláusulas contractuales abusivas, conforme al artículo 2, letra a), en relación con el artículo 3 de la misma Directiva, en el sentido de que se trata de una sanción que puede derivarse de la resolución judicial constitutiva dictada a petición expresa del consumidor, que surte efectos desde el momento de la celebración del contrato, es decir, *ex tunc*, y que las reclamaciones de reembolso del consumidor y del profesional devienen exigibles a partir del momento en que la sentencia adquiera firmeza?
- 5) ¿Debe entenderse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29), en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010 (DO 2010, C 83, p. 389), en el sentido de que impone al órgano jurisdiccional nacional la obligación de informar al consumidor que haya solicitado que se declare la abusividad de un contrato a raíz de la supresión de las cláusulas abusivas sobre los efectos jurídicos de dicha declaración, incluidos los relativos a las posibles reclamaciones de reembolso del profesional (el banco), entre ellas las que no hayan sido planteadas en el procedimiento de que se trate y aquellas cuya procedencia

no se haya establecido inequívocamente, aun cuando el consumidor esté asistido por un representante procesal?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores: considerandos 4, 21 y 24 y artículos 3, 4 y 6.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 30 de marzo de 2010: artículo 47.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny [Ley de 23 de abril de 1964 — Código Civil (texto refundido: Dziennik Ustaw de 2019, partida 1145; en lo sucesivo, «Código Civil»): artículos 58, 120, 353¹, 358 [en la versión modificada por la Ley de 23.10.2008 (Dz.U. Nr 228, partida 1506), que entró en vigor el 24 de enero de 2009], 385¹, 385², 388, 405 y 410.

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego [Ley de 17 de noviembre de 1964 — Código de Procedimiento Civil [texto refundido de 19 de julio de 2019, Dziennik Ustaw de 2019, partida 1460]: artículos 5, 156¹, 156² y 212.

Ustawa z dnia 21 lipca 2011 r. o zmianie ustawy — Prawo bankowe oraz niektórych innych ustaw [Ley de 21 de julio de 2011 por la que se modifican la Ley sobre el Derecho bancario y otras leyes (Dziennik Ustaw Nr 165, partida 984): artículos 1 y 4.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 Los demandantes, como consumidores, celebraron en 2008 con el predecesor jurídico del banco demandado un contrato de préstamo hipotecario para un período de 360 meses, que estaba destinado a financiar el coste de construcción de una vivienda. Antes de suscribir el contrato de préstamo, los demandantes mantuvieron reuniones con un asesor financiero [intermediario], quien les recomendó un préstamo indexado a CHF y les informó de que el tipo de cambio del CHF respecto del PLN podía aumentar, lo que repercutiría en el importe de la cuota. Los demandantes no manifestaron tener dudas sobre la configuración del préstamo indexado.
- 2 En el escrito de solicitud del préstamo los demandantes pidieron la concesión de un préstamo en zlotis polacos y la indexación al tipo de cambio del CHF y, en un impreso aparte redactado por el banco, declararon que les había sido presentada la oferta del préstamo en PLN y que habían elegido el préstamo en una moneda

extranjera, habiendo sido informados previamente sobre los riesgos de la contratación de un préstamo en una moneda extranjera.

- 3 Con arreglo al contrato de préstamo, este se debía desembolsar en PLN y una vez efectuado el desembolso se indexaba a CHF según el tipo de cambio de compra del demandado del día del desembolso, consignado en la tabla de los tipos de cambio de compra/venta del banco. Por el contrario, los reembolsos del préstamo se debían realizar en zlotis y se liquidaban según el tipo de cambio de la venta de la divisa. Los tipos de cambio de compra/venta indicados en la tabla de los tipos de cambio del banco se refieren al tipo de cambio medio del Narodowy Bank Polski y al margen del banco. El tipo de interés del préstamo se basa en el tipo de referencia Libor 3m.
- 4 Las cláusulas examinadas por el órgano jurisdiccional como abusivas tienen el siguiente tenor.

«Cláusula 1, apartado 1. El Banco concede al prestatario un préstamo por importe de [...] zlotis polacos, indexado al tipo de cambio del CHF [...] y el prestatario se compromete a utilizar el préstamo con arreglo a las cláusulas del contrato, a devolver el importe del préstamo utilizado más los intereses en los plazos señalados en el contrato y a pagar al banco las comisiones, los gastos y otros conceptos especificados en el contrato. El importe del préstamo se compone de: [...]

En día del desembolso, el saldo del préstamo se expresará en la divisa a la cual se haya indexado el préstamo según el tipo de cambio de compra de la divisa a la cual se haya indexado el contrato, indicado en la tabla de los tipos de cambio de compra/venta para los préstamos hipotecarios concedidos por el banco, descrita detalladamente en la cláusula 17, a continuación el saldo en moneda extranjera se convertirá diariamente a zlotis polacos según el tipo de cambio de venta de la divisa a la cual se haya indexado el préstamo, indicado en la tabla de tipos de cambio de compra/venta para los préstamos hipotecarios concedidos por el banco, descrito detalladamente en la cláusula 17.»

«Cláusula 7, apartado 2.

El desembolso del importe del préstamo señalado en la solicitud se efectuará mediante transferencia a la cuenta bancaria domiciliada en un banco nacional señalada en dicha solicitud. El día que se realice la transferencia se considerará como el día del desembolso del préstamo utilizado. Cada importe desembolsado en zlotis polacos se convertirá a la divisa a la que se haya indexado el préstamo, según el tipo de cambio de compra/venta para los préstamos hipotecarios concedidos por el banco vigente en la fecha de la realización del desembolso por el banco.»

«Cláusula 10, apartado 6.

La liquidación de cada reembolso efectuado por el prestatario se llevará a cabo según el tipo de cambio de venta de la divisa a la que se haya indexado el préstamo, indicado en la tabla de tipos de cambio de compra/venta para préstamos hipotecarios concedidos por el banco, vigente en la fecha [de ingreso] de los fondos al banco. [...]»

«Cláusula 17.

1. *Para las liquidaciones de las operaciones de desembolso y reembolso de los préstamos se aplicarán, según corresponda, los tipos de cambio de compra/venta para los préstamos hipotecarios concedidos por el banco de las divisas incluidas en la oferta del banco vigentes en la fecha de la operación.*
 2. *Los tipos de cambio de compra se definen como los tipos de cambio medios del zloti respecto de las divisas de que se trate, publicados en la tabla de los tipos de cambio medios del NBP [Banco Nacional de Polonia] menos el margen de compra.*
 3. *Los tipos de cambio de venta se definen como los tipos de cambio medios del zloti respecto de las divisas de que se trate, publicados en la tabla de los tipos de cambio medios del NBP más el margen de venta.*
 4. *Para calcular los tipos de cambio de compra/venta para los préstamos hipotecarios concedidos por el banco se aplicarán los tipos de cambio del zloti respecto de las divisas de que se trate, publicados en la tabla de los tipos de cambio medios del NBP en el día hábil de que se trate, rectificadas según el margen de compra/venta del banco [...].»*
- 5 El banco, para calcular el tipo de cambio de compra/venta de la divisa, tomaba en consideración la media de los tipos de cambio de las divisas del día de que se tratase, calculados para cada día hábil por el Narodowy Bank Polski, y le añadía (o descontaba) el margen del banco, cuyo método de cálculo no se especificó en el contrato. El tipo de cambio de compra o de venta, según correspondiera, así determinado era publicado y se aplicaba a las liquidaciones del día siguiente.
 - 6 El 7 de marzo de 2011 las partes estipularon un anexo al contrato de préstamo en el que se establecía la posibilidad de reembolsar el préstamo en PLN o en CHF. Se incluyeron en él cláusulas que describían el método de cálculo del margen del banco utilizado para determinar el tipo de cambio de compra/venta de la divisa de indexación. Desde la conclusión del anexo, los demandantes han reembolsado las cuotas del préstamo en CHF, adquiriendo la divisa en el mercado libre.
 - 7 El incremento del tipo de cambio del CHF, que conllevó un incremento sustancial de las cuotas del préstamo denominadas en zlotis, motivó que se intentaran encontrar medidas para solventar la difícil situación de numerosos consumidores. En respuesta, el Związek Banków Polskich [Asociación de los Bancos Polacos], tras la publicación de la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, dictada en el asunto C-260/18, insertó en su página web un comunicado en el que se indicaba

que en caso de anulación del contrato el banco tenía derecho a reclamar la restitución del principal desembolsado y la retribución por la utilización de dicho principal durante el período determinado en el contrato.

- 8 El órgano jurisdiccional nacional considera que, con arreglo a las disposiciones del Derecho polaco, es decir, el artículo 385¹, apartados 1 y 3, del Código Civil, se refieren al objeto principal del contrato las cláusulas del contrato celebrado entre las partes, relativas a la indexación al franco suizo (CHF) del principal del préstamo, denominado en moneda polaca (PLN], y del reembolso de las cuotas del capital e intereses, así como las cláusulas relativas a las reglas de determinación del tipo de cambio — también de conformidad con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva (véanse la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*, C-186/16, apartado 38, y la sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, *Kasler y Kaslerane Rabai*, C-26/13, apartado 59). Las cláusulas relativas al mecanismo de indexación se redactaron en una lengua comprensible, de modo que los demandantes, como consumidores, tras las conversaciones con el asesor financiero, fueron suficientemente conscientes del riesgo de variación del tipo de cambio de la divisa (si bien, en la práctica, no esperaban un aumento tan considerable del tipo de cambio del CHF respecto del PLN), lo que corroboraron formalizando la correspondiente declaración por escrito. En esa situación, el órgano jurisdiccional nacional no estima que las cláusulas contractuales relativas al mecanismo de indexación sean abusivas a los efectos de lo dispuesto por el artículo 385¹, apartados 1 y 3, del Código Civil, interpretado con arreglo al artículo 3, apartado 1, en relación con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Por el contrario, el órgano jurisdiccional nacional considera abusivas, a la luz de esas disposiciones, las cláusulas contractuales relativas al método de fijación del tipo de cambio de la divisa, pero solamente en la medida que condicionan el tipo de cambio de compra o venta de la divisa al margen del banco, fijado unilateralmente por el banco mediante la aplicación de unos mecanismos desconocidos para el consumidor. Según el órgano jurisdiccional nacional, no son abusivos aquellos elementos de la cláusula relativa al tipo de cambio que se refieren al tipo de cambio medio del Narodowy Bank Polski como base para fijar el tipo de cambio. El órgano jurisdiccional nacional considera, además, que el hecho de que se incluyera una explicación sobre el mecanismo de fijación del margen del banco que integra el tipo de cambio de la divisa en el anexo estipulado entre las partes al contrato de préstamo, supuso que esta cláusula perdiera su carácter abusivo.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 9 El banco solicita la desestimación de la demanda, a cuyos efectos alega que el contrato es conforme con las disposiciones del Derecho nacional y que los consumidores no fueron inducidos a error, dado que las cláusulas de indexación no son de carácter abusivo. Asimismo, el demandado alega la prescripción de las reclamaciones pecuniarias de los demandantes. El banco no formula reclamaciones de restitución.

Breve exposición de la fundamentación de decisión prejudicial

Sobre la primera cuestión prejudicial

- 10 En esencia, lo que se plantea es si en el caso de que se declare la abusividad de una cláusula contractual en su versión original se producen los efectos legalmente previstos para tal supuesto cuando la cláusula haya sido modificada por las partes. La determinación de la abusividad de una cláusula debe tener como consecuencia su supresión y el restablecimiento de la situación económica y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula (véanse las sentencias del TJUE de 15 de marzo de 2012, Perenicova y Perenic C-453/10, apartado 31; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 61, y de 14 de marzo de 2019, Dunai C-118/17). En caso de que no se admita la declaración de abusividad de solo una parte de la cláusula contractual puede resultar necesaria la anulación de la totalidad del contrato, con efectos desde la fecha de su celebración, es decir, *ex tunc*. No obstante, esto parece ser contrario a la voluntad anteriormente expresada del consumidor y del banco, quienes, al estipular el anexo por el que se modificó la cláusula abusiva, restablecieron el equilibrio real entre las partes. Al mismo tiempo, la sentencia del órgano jurisdiccional se referiría a un contrato de un tenor distinto al que vinculaba a las partes en la fecha de la sentencia. La declaración del decaimiento (anulación) del contrato supondría la obligación de restitución por el banco no solo de los importes abonados por los consumidores con arreglo a las cláusulas abusivas, sino también de aquellas que hayan sido satisfechas sobre la base de las cláusulas lícitas a raíz de la modificación introducida mediante el anexo. Este resultado parece incompatible con el objetivo de la Directiva, que consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato (véase la sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2012, dictada en el asunto Perenicova y Perenic, C-453/10, apartado 31).
- 11 A resultas del anexo al contrato estipulado por las partes, en el que se consignó el mecanismo de cálculo del margen del banco que formaba parte del tipo de cambio de la divisa de indexación, en caso de que el consumidor ejerciera el derecho a reembolsar el préstamo en moneda polaca, la cláusula contractual de carácter abusivo, en su formulación original, ya no vincula a las partes. Sin embargo, el saldo del préstamo se calculó sobre la base de la citada cláusula contractual y se llegó a efectuar el reembolso de una serie de cuotas de principal e intereses. Esto genera el derecho de los demandantes a formular reclamaciones de restitución que, al menos en parte, son legítimas.
- 12 El Tribunal de Justicia, en la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andrucic, C-186/16, explicó que el examen del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato de que se trate, tomando en consideración la totalidad de las circunstancias que podían ser conocidas por el profesional en dicho momento y que puedan incidir en el cumplimiento posterior del contrato (apartado 57). También se ha consolidado un planteamiento similar en la jurisprudencia de los tribunales polacos.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

- 13 La cláusula objeto de examen en el procedimiento principal (cláusula 17, apartados 2, 3 y 4, del contrato) tenía carácter abusivo en la medida en que se refería al margen del banco, que era calculado por este, sin que la redacción original del contrato describiera el método de cálculo de tal margen, lo que según el órgano jurisdiccional era contrario a la buena fe y suponía un desequilibrio importante entre los derechos de las partes en detrimento del consumidor. Dicha cláusula establecía el tipo de cambio de compra de la divisa, calculado del siguiente modo: el tipo de cambio medio de la divisa publicado en la tabla de tipos de cambio del NBP *menos el margen de compra*, mientras que, por su parte, el tipo de cambio de venta de la divisa se calculaba del siguiente modo: el tipo de cambio medio de la divisa según la tabla de los tipos de cambio del NBP más el margen de venta. En el presente litigio, la eliminación de la cláusula relativa al margen del banco, que es uno de los dos elementos que inciden sobre el tipo de cambio de la divisa, no requiere colmar la laguna surgida con ninguna otra estipulación. Ciertamente, dicha intervención cambia el sentido de la versión original de la cláusula contractual, dado que priva al banco del beneficio resultante del diferencial cambiario. Sin embargo, conviene advertir que es precisamente la falta de transparencia del beneficio obtenido por el banco, resultante de la diferencia del tipo de cambio de la divisa, lo que determinó la abusividad de la cláusula contractual. Por ello, su eliminación suprime dicha abusividad.
- 14 El órgano jurisdiccional nacional se pregunta si a la luz del artículo 385¹, apartado 1, del Código Civil, según una interpretación conforme con el Derecho de la Unión Europea, en el contexto del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es admisible la supresión, por ser abusivo, de un solo elemento de la cláusula contractual, manteniendo en vigor el resto. Según el órgano jurisdiccional, esta situación difiere de aquellas en las que se ha aplicado la doctrina de la prohibición de la reducción conservadora de la validez, puesto que no requiere colmar la laguna surgida tras la eliminación de una parte de la cláusula contractual con ninguna otra estipulación. Sin embargo, por otro lado, no se reduce a la mera supresión de la totalidad de la cláusula contractual. Así pues, según el órgano jurisdiccional nacional es necesario disipar a este respecto las dudas relativas a la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva y responder a la pregunta de si es admisible la eliminación de únicamente una parte de la cláusula contractual, que determina su carácter abusivo, sin necesidad de reemplazarla con ninguna otra estipulación, incluso cuando ello lleve a modificar el sentido de dicha cláusula.

Sobre la tercera cuestión prejudicial

- 15 Según el órgano jurisdiccional remitente, es necesario interpretar el artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva, en relación con los considerandos 1, 2, 3, 6, 7, 8 y 21 de la misma, acerca de si cuando un Estado miembro haya adoptado disposiciones que impidan incluir cláusulas

abusivas en el contrato (como las que son objeto del procedimiento principal) sigue siendo necesario disuadir a los profesionales de que no utilicen este tipo de cláusulas mediante el mantenimiento de los efectos sancionadores de la declaración de abusividad de una cláusula contractual. El órgano jurisdiccional alberga dudas acerca de si está justificada la prohibición de reducir las disposiciones a efectos de mantener la eficacia (entendida como la admisibilidad de la supresión de una parte de la cláusula contractual), lo que puede llevar a anular la totalidad del contrato, teniendo en cuenta que la sentencia no será el motivo por el que los bancos cesen de incluir en los contratos cláusulas como la del procedimiento principal. En efecto, este motivo ya figura en la disposición de la ley adoptada por el Estado miembro. El legislador polaco, debido a la práctica de los bancos de conceder préstamos indexados a una divisa extranjera, mediante la Ley de 29 de julio de 2011 introdujo, como un elemento esencial del contrato denominado o indexado a una divisa distinta a la moneda polaca, normas específicas para determinar los métodos y los plazos de fijación del tipo de cambio de una divisa, con arreglo al cual se calcula, en particular, el importe del préstamo, sus tramos y cuotas de capital e intereses, así como las reglas de conversión a la divisa del desembolso o del reembolso del préstamo [artículo 1, punto 1) de la ustawa z 29 lipca 2011 o zmianie ustawy Prawo Bankowe oraz niektórych innych ustaw (Ley de 29 de julio de 2011 por la que se modifican diversas leyes, entre ellas la relativa al Derecho bancario)]. Por ello, según el órgano jurisdiccional, el legislador polaco cumplió con la obligación resultante del considerando cuarto, del considerando vigesimoprimer y del artículo 7, apartado 1, de la Directiva.

- 16 La jurisprudencia existente hasta hoy, en la que el Tribunal de Justicia ha articulado la prohibición de la reducción conservadora de la validez, se refiere a la situación en la que la eliminación de una parte de una cláusula contractual debe reemplazarse mediante una disposición legal o, en su caso, por la resolución del mismo órgano jurisdiccional. El Tribunal de Justicia se ha basado en el interés público protegido por la Directiva para justificar la prohibición de dicho tipo de intervenciones tendentes a mantener el efecto vinculante de la cláusula contractual tras eliminar los elementos de la cláusula que fueran abusivos (sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012, Banco Español de Préstamo SA, C-618/10, apartados 67 a 69). Este interés público ha sido descrito en los considerandos de la Directiva y se circunscribe a la protección de los ciudadanos como consumidores frente a abusos de los profesionales, especialmente frente a la exclusión o limitación abusiva de los derechos de los consumidores en los contratos. La consecución de este objetivo deberá llevarse a cabo, en principio, mediante la adopción de normas jurídicas que transpongan la Directiva. La Directiva supone que la declaración de anulación mediante resolución judicial de las cláusulas abusivas, y en ocasiones de la totalidad del contrato, debe tener un efecto disuasorio para el futuro. La jurisprudencia creativa de los tribunales podría desvirtuar dicho objetivo (sentencia del TJUE de 12 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, apartados 65 a 69; sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, Francisco Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15, C-308/15, apartados 56 a 57 y 60 a 61).

Sobre la cuarta cuestión prejudicial

- 17 Según el órgano jurisdiccional remitente, el legislador polaco, en contra de lo dispuesto en el considerando 21 y en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no traspuso plenamente al ordenamiento jurídico polaco los objetivos de la Directiva, que se traducen en la necesidad de garantizar que el contrato celebrado con consumidores por un profesional (prestador de servicios) no sea vinculante cuando no pueda subsistir sin las cláusulas abusivas. Según el artículo 385¹, apartado 2, del Código Civil, en caso de que una cláusula contractual no vincule al consumidor, las demás disposiciones del contrato seguirán siendo obligatorias para las partes. El legislador nacional ha omitido la excepción que figura en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva «si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Conforme al Código Civil polaco, es posible la anulación retroactiva de un contrato (es decir, desde la fecha de su celebración) en virtud de una resolución judicial constitutiva dictada a petición de una parte del contrato en el marco del instituto del abuso [de una posición dominante], regulado en el artículo 388 del Código Civil. Los requisitos del ejercicio de este derecho por una parte contractual son, obviamente, diametralmente diferentes a los establecidos en el artículo 3, apartados 1 y 2, de la Directiva.
- 18 No obstante, la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva se refiere a unas características distintas a las contempladas en la jurisprudencia polaca respecto a la pérdida de vigencia del contrato cuando no pueda subsistir sin las cláusulas abusivas. En la sentencia de 30 de abril de 2014, Kasler, Kaslerene Rabai, C-26/13, apartado 84, el Tribunal de Justicia declaró que la anulación del contrato tiene en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución. A su vez, en la sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, el Tribunal de Justicia señaló que el mantenimiento o la anulación de un contrato por el órgano jurisdiccional ante la supresión de las cláusulas abusivas depende, a este respecto, de la voluntad del consumidor (véanse los puntos 2 y 4 de la parte dispositiva). Por el contrario, en la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Francisco Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, el Tribunal de Justicia hace hincapié en el derecho del consumidor a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva (véase el apartado 66). Ello podría suponer que la anulación del contrato ante la supresión de las cláusulas abusivas tenga lugar en virtud de una resolución judicial constitutiva y no por ministerio legal y, además, únicamente a petición de solo una de las partes del contrato (el consumidor), generando para ella la acción de restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor. El órgano jurisdiccional nacional, a la luz de las citadas resoluciones, alberga dudas acerca de si debe interpretarse precisamente así la sanción de la pérdida de vigencia del contrato.
- 19 La interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva sobre la naturaleza de la pérdida de vigencia del contrato es indispensable para interpretar en el

procedimiento principal el Derecho nacional de conformidad con el objetivo de la Directiva. Es necesario determinar el carácter de la sanción para apreciar la fecha de exigibilidad de las reclamaciones de restitución formuladas por los demandantes y la procedencia de la prescripción esgrimida por el demandado. Asimismo, tal interpretación es importante para apreciar si la anulación del contrato es en interés del consumidor. En efecto, en caso de que se considere que la sentencia que declara la nulidad (la falta de vigencia del contrato) es de carácter constitutivo, no se podrá excluir que el banco formule frente al consumidor en otro procedimiento la reclamación de restitución del préstamo desembolsado (concedido) y se puede presumir que tal derecho no estará prescrito. Por último, la discordancia entre la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva y las normas nacionales y la imposibilidad de interpretar las disposiciones nacionales de conformidad con el objetivo de la Directiva podría indicar que su transposición fue incorrecta y entrañar la responsabilidad del Estado polaco.

Sobre la quinta cuestión prejudicial

- 20 La respuesta a esta pregunta resultará esencial para el procedimiento principal en el supuesto de que el Tribunal de Justicia estime, conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva, que el órgano jurisdiccional tiene la obligación de examinar la abusividad de una cláusula, aun cuando la cláusula de que se trate haya sido modificada por voluntad de las partes y no sea posible considerar abusivos solo algunos de sus elementos. En tal caso, concurrirán los requisitos para que se declare la pérdida de vigencia del contrato en su totalidad.
- 21 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del artículo 6, apartado 1, para garantizar la protección del consumidor es necesario tomar en consideración sus intereses reales y, por tanto, actuales. La protección de esos intereses también se extiende a los efectos que surjan efectivamente en las circunstancias existentes o que puedan preverse en el momento en que se entable el litigio, en el supuesto de que el órgano jurisdiccional nacional anule el contrato (sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, apartado 53, y sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartados 23, 27 y 35). El Tribunal de Justicia también ha puesto de relieve que la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no hacer valer este sistema de protección, el mismo no se aplicará. El consumidor deberá tener *a fortiori* el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección (sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, apartados 54 y 55).
- 22 Habida cuenta de que la Directiva 93/13 parte del principio de que el consumidor es la parte más débil del contrato y del procedimiento judicial (considerando 5 y artículo 7, apartado 1, de la Directiva), se le deben garantizar los medios

adecuados para entablar acciones ante los tribunales. En consecuencia, el órgano jurisdiccional no solo está obligado a examinar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales, sino también a informar al consumidor y al profesional en el caso de que aprecie la existencia de tal abusividad. El requisito de la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, garantizada en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, impone al órgano jurisdiccional que declara de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual la obligación de ofrecer a las partes la posibilidad de debatir tal cuestión en un procedimiento contradictorio (véase la sentencia del TJUE de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank Zrt, C-472/11, apartados 29 y 36). Sin embargo, la decisión del consumidor de invocar la protección del sistema de la Directiva 93/13, así como de las disposiciones del Derecho nacional que la transponen, únicamente será posible cuando este sea consciente no solo del carácter abusivo de la cláusula contractual en sí mismo, sino también de los efectos de la aplicación del sistema de protección, a saber, la supresión de las cláusulas abusivas del contrato, la posibilidad de que el contrato mantenga su obligatoriedad y los derechos y obligaciones que resulten para él de la supresión de las cláusulas abusivas o, en su caso, de la anulación del contrato. El Tribunal de Justicia, en la sentencia dictada en el asunto, Dziubak, C-260/18, apartado 66, señaló que cuando el juez nacional considere abusiva una cláusula contractual estará obligado a no aplicarla, obligación que solo admite excepción cuando el consumidor, tras haber sido informado por el juez, manifieste su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no precisó en dicha sentencia el alcance de la obligación de información que compete al órgano jurisdiccional. En particular, es esencial si dicha obligación de información se refiere únicamente a la declaración de abusividad de la cláusula o si se refiere también a los efectos jurídicos, así como a los económicos, de dicha declaración. Según el órgano jurisdiccional remitente, solo si se ofrece una información completa al consumidor, a saber, información sobre el carácter abusivo de la cláusula o, en su caso, sobre la necesidad de anular el contrato y, además, sobre los efectos de la anulación consistentes en la necesidad de restituir las prestaciones recíprocas (así como sobre otros posibles efectos de conformidad con el Derecho nacional, por ejemplo, relativos a la prescripción) el consumidor podrá decidir prudencialmente si invocar o no el sistema de protección.

- 23 Los consumidores que no sean plenamente conscientes de su situación jurídica pueden verse abocados a tomar decisiones procesales sin un discernimiento completo, apoyándose en las sugerencias de sus representantes procesales. Por otra parte, las disposiciones nacionales se fundan en la confianza de la parte en el procedimiento en sus representantes procesales y exoneran al órgano jurisdiccional de una serie de obligaciones de información cuando esta cuenta con un representante procesal. Se trata únicamente de determinar si el riesgo de la valoración de los efectos jurídicos de la decisión del consumidor de invocar el sistema de protección puede confiarse al propio consumidor y a su representante procesal. La adopción de una decisión por el consumidor sobre la petición de

anulación del contrato solo será posible cuando haya sido informado de todos los efectos posibles de la estimación de tal petición en una sentencia.

- 24 Para interpretar las disposiciones nacionales que regulan el procedimiento civil conforme al objetivo de la Directiva 93/13 es necesario interpretar el artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva teniendo en cuenta el alcance de la obligación de información del órgano jurisdiccional en los procedimientos en los que son parte los consumidores. Según el órgano jurisdiccional, es posible una interpretación de algunas disposiciones del procedimiento que permitan alcanzar los objetivos de la Directiva, siempre que la obligación de información que incumbe al órgano jurisdiccional se precise mediante la interpretación del Tribunal de Justicia.

DOCUMENTO DE TRABAJO