

**Asunto C-212/20**

**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:**

12 de mayo de 2020

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Sąd Rejonowy dla Warszawy-Woli w Warszawie (Tribunal de Distrito de Varsovia-Wola de Varsovia, Polonia)

**Fecha de la resolución de remisión:**

22 de enero de 2020

**Parte demandante:**

M.P.

B.P.

**Parte demandada:**

«A.», que ejerce su actividad por medio de «A.» S. A.

---

**Objeto del procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente**

Reclamación de la cantidad de 50 000 PLN en concepto de los importes indebidamente percibidos por el demandado sobre la base de cláusulas consideradas abusivas, que figuran en un contrato de préstamo, relativas a la actualización de las cuotas de amortización del préstamo y al importe de la deuda de los demandantes.

**Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

Artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, y 5 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»)

## Cuestiones prejudiciales

1. ¿De conformidad con lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular, en el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 1, y el artículo 5 y en los considerandos, que establecen la obligación de redactar el contrato de forma clara y comprensible y que en caso de duda prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor, debe redactarse de forma inequívoca una estipulación contractual que fije el tipo de cambio de compraventa de una moneda extranjera en un contrato indexado a una moneda extranjera, de modo que el prestatario/consumidor pueda calcular por sí mismo ese tipo de cambio en una fecha determinada, o bien, teniendo en cuenta el tipo de contrato, de conformidad con el artículo 4, apartado 1, de esta Directiva, el carácter de larga duración (varias décadas) del contrato y el hecho de que la cotización de la moneda extranjera esté constantemente (en cualquier momento) sujeta a fluctuaciones, es posible formular esa estipulación contractual en términos más genéricos, que hagan referencia a una cotización de mercado de la moneda extranjera que impida que se produzca un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva?
2. En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial, ¿de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en particular, en el artículo 5 y en los considerandos, es posible interpretar una estipulación contractual relativa a la forma de fijación por el prestamista (un banco) del tipo de cambio de una moneda extranjera de modo que prevalezca la interpretación más favorable para el consumidor y se admita que el contrato fija los tipos de cambio de la moneda extranjera, no de forma arbitraria, sino en condiciones de mercado, especialmente cuando ambas partes hayan entendido en el mismo sentido las estipulaciones contractuales que fijan el tipo de cambio de la moneda extranjera o el prestatario/consumidor no haya mostrado interés en la estipulación contractual controvertida en el momento de la celebración del contrato o durante su ejecución y, en particular, no haya efectuado una lectura atenta del contenido del contrato ni en el momento de su celebración ni durante su vigencia?

## Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 93/13: considerando 20, artículo 3, apartado 1, artículo 4, apartado 1, y artículo 5.

## Disposiciones del Derecho nacional invocadas

Kodeks cywilny — ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. [Ley de 23 de abril de 1964 por la que se aprueba el Código Civil (Dz. U. N.º 16, partida 93, en su versión modificada; en lo sucesivo, «Código Civil»)]

### Artículo 65

Apartado 1. Toda declaración de voluntad se interpretará de conformidad con la costumbre y los usos, teniendo en cuenta las circunstancias en las que se produzca.

Apartado 2. En los contratos se atenderá a la intención común de las partes y a la finalidad perseguida, que prevalecerán sobre el sentido literal de sus términos.

### Artículo 353<sup>1</sup>

Las partes del contrato podrán determinar libremente el contenido de la relación jurídica, siempre que el objeto o la finalidad del contrato no sean contrarios a las características esenciales (la naturaleza) de tal relación, a la ley o a la costumbre.

### Artículo 385<sup>1</sup>

Apartado 1. Las estipulaciones de un contrato celebrado con un consumidor que no hayan sido pactadas de forma individual no serán vinculantes para el consumidor cuando establezcan respecto a este un régimen de derechos y obligaciones que sea contrario a las buenas costumbres y vulnere gravemente sus intereses (cláusulas contractuales ilícitas).

Lo establecido en el párrafo anterior no será aplicable a las estipulaciones relativas a las prestaciones principales de las partes, en particular, el precio o la remuneración, cuando hayan sido formuladas de forma inequívoca.

Apartado 2. En el supuesto de que, con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1, una estipulación contractual no sea vinculante para el consumidor, las demás estipulaciones del contrato seguirán siendo obligatorias para las partes.

Apartado 3. Se considerará que una cláusula contractual no ha sido negociada individualmente cuando el consumidor no haya podido influir realmente en su contenido, en particular, cuando la cláusula contractual reproduzca un modelo de contrato propuesto al consumidor por el contratante.

Apartado 4. La carga de la prueba respecto al hecho de que una cláusula haya sido negociada individualmente recaerá en quien lo invoque.

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe [Ley del Derecho bancario, de 29 de agosto de 1997 (texto refundido; Dz. U. 2019, partida 2357)]

Artículo 69, en su versión en vigor

1. Mediante el contrato de préstamo, el banco se compromete a poner a disposición del prestatario por el tiempo indicado en el contrato una cantidad de dinero destinada a una finalidad determinada y el prestatario se compromete a utilizarla en las condiciones establecidas en el contrato y a devolver la cantidad del préstamo utilizada junto con los intereses en los plazos de pago acordados, así como a abonar una comisión por el préstamo concedido.

2. El contrato de préstamo deberá formalizarse por escrito y en el deberá figurar, en particular, la siguiente información:

- 1) las partes del contrato;
- 2) el importe y la moneda del préstamo;
- 3) la finalidad para la que se haya concedido el préstamo;
- 4) las reglas y el plazo de reembolso del préstamo;
  - 4a) en caso de un préstamo denominado o indexado a una moneda distinta de la polaca, las reglas específicas para determinar las formas y los plazos de fijación del tipo de cambio de divisas, con arreglo al cual se calcule particularmente el importe del préstamo, sus tramos y cuotas de capital e intereses, así como las reglas de conversión a la moneda de desembolso o reembolso del préstamo;
- 5) el importe de los intereses del préstamo y de las condiciones de su modificación;
- 6) el tipo de garantía del reembolso del préstamo;
- 7) la extensión de las facultades del banco relativas al control de la utilización y al reembolso del préstamo;
- 8) los plazos y la forma de puesta a disposición de los fondos dinerarios a favor del prestatario;
- 9) el importe de la comisión, si el contrato la prevé;
- 10) las condiciones de modificación y resolución del contrato.

3. En los contratos de préstamo denominados o indexados a una moneda distinta de la polaca, el prestatario podrá reembolsar las cuotas del capital y de los intereses y efectuar el reembolso anticipado de la totalidad o de una parte del principal del préstamo directamente en esa moneda. En tal caso, en el contrato de préstamo también se determinarán las condiciones de apertura y mantenimiento de la cuenta en la que se acumulen los fondos destinados al reembolso del préstamo y las condiciones de reembolso mediante esa cuenta.

Artículo 69, en su redacción en vigor en el momento de la celebración del contrato, es decir, el 16 de mayo de 2008

1. Mediante el contrato de préstamo, el banco se compromete a poner a disposición del prestatario por el tiempo indicado en el contrato una cantidad de dinero destinada a una finalidad determinada y el prestatario se compromete a utilizarla en las condiciones establecidas en el contrato y a devolver la cantidad del préstamo utilizada junto con los intereses en los plazos de pago acordados, así como a abonar una comisión por el préstamo concedido.

2. El contrato de préstamo deberá formalizarse por escrito, y en él deberá figurar, en particular, la siguiente información:

- 1) las partes del contrato;
- 2) el importe y la moneda del préstamo;
- 3) la finalidad para la que se haya concedido el préstamo;
- 4) las reglas y el plazo de reembolso del préstamo;
- 5) el importe de los intereses del préstamo y de las condiciones de su modificación;
- 6) el tipo de garantía del reembolso del préstamo;
- 7) la extensión de las facultades del banco relativas al control de la utilización y al reembolso del préstamo;
- 8) los plazos y la forma de puesta a disposición de los fondos dinerarios a favor del prestatario;
- 9) el importe de la comisión, si el contrato la prevé;
- 10) las condiciones de modificación y resolución del contrato.

Artículo 111 en vigor en la fecha de la celebración del contrato, es decir, el 16 de mayo de 2008

1. El Banco estará obligado a hacer pública en el lugar donde desarrolle su actividad, de forma que sea accesible, la siguiente información:

- 1) los tipos de interés aplicados a los fondos depositados en las cuentas bancarias, a los créditos y a los préstamos;
- 2) las tarifas de las comisiones y el importe de los cargos aplicados;
- 3) los plazos de capitalización de los intereses;
- 4) los tipos de cambio de divisas aplicados;

- 5) el balance del último ejercicio sometido a auditoría acompañado del informe del auditor;
- 6) la composición del consejo de administración y del consejo de supervisión del banco;
- 7) la información sobre las condiciones de transferencia de fondos al extranjero;
- 8) la identidad de las personas autorizadas para contraer obligaciones en nombre del banco o de las entidades que formen parte de la organización del banco;
- 9) la información sobre las empresas o empresas extranjeras mencionadas en el artículo 6a, apartado 1, cuando al efectuar operaciones contempladas en esta disposición para las entidades que formen parte de la organización del banco tengan acceso a información protegida por el secreto bancario.

2. Las cooperativas de crédito estarán obligadas a indicar, además de la información mencionada en el apartado 1, su ámbito de actividad y el banco asociado.

Ustawa o Narodowym Banku Polskim z dnia 29 sierpnia 1997 r. [Ley del Banco Nacional de Polonia, de 29 de agosto de 1997 (texto refundido; Dz. U. 2019, partida 1810)]

#### Artículo 1

El Narodowy Bank Polski (Banco Nacional de Polonia; en lo sucesivo «NBP»), es el banco central de la República de Polonia.

#### Artículo 24

1. El NBP ejecutará la política monetaria establecida por la Rada Ministrów (Consejo de Ministros), de común acuerdo con la Rada [Rada Polityki Pieniężnej (Consejo de Política Monetaria)].
2. La Rada Ministrów, de común acuerdo con la Rada, establecerá las reglas por las que se fije el tipo de cambio del esloti respecto de las monedas extranjeras.
3. El NBP publicará los tipos de cambio vigentes de las monedas extranjeras y los tipos de cambio de otros valores de divisas.

#### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

1. El 16 de mayo de 2008, B. P. y M. P., como prestatarios que actuaban en calidad de consumidores, celebraron un contrato de préstamo hipotecario con (A) S. A. Spółka Akcyjna, sobre la base de un modelo de contrato que les había sido

propuesto. Con arreglo a dicho contrato, el banco se comprometió a poner a disposición de los prestatarios el importe de 460 000 PLN. El préstamo se indexó a la moneda extranjera CHF. La duración del préstamo era de 480 meses, mientras que el tipo de interés se fijaba como la suma del tipo de referencia LIBOR 3M (CHF) y del diferencial fijo del banco de 1,20 puntos porcentuales. El importe del préstamo fue entregado a los demandantes en tres tramos, según los tipos de cambio de compra fijados en las tablas del banco demandado. El 10 de enero de 2013, las partes suscribieron un anexo al contrato que establecía la posibilidad de reembolsar el préstamo indexado a una moneda extranjera concedido a los prestatarios en CHF, moneda extranjera a la que el préstamo estaba indexado. La posibilidad de suscribir dicho anexo existía desde 2009.

2. El préstamo indexado a una moneda extranjera, conforme al reglamento del préstamo vigente en el banco, es un préstamo con un tipo de interés fijado según un tipo porcentual basado en el tipo de referencia, relativo a una moneda distinta del esloti, cuyos desembolso y reembolso se efectúan en eslotis con arreglo al tipo de cambio de la moneda extranjera respecto del esloti, conforme a lo previsto en la tabla del banco (apartado 2, punto 2). Según se define, dicha tabla consiste en la lista de los tipos de cambio de monedas extranjeras vigente en el banco (apartado 2, punto 12). En el caso de los préstamos indexados a una moneda extranjera, el desembolso del préstamo se efectuaba en eslotis, según un tipo de cambio no inferior al tipo de cambio de compra, con arreglo a la tabla vigente en el momento del desembolso de los fondos del préstamo. En caso de desembolso del préstamo en tramos, se aplica un tipo de cambio no inferior al tipo de cambio de compra, con arreglo a la tabla vigente en el momento del desembolso de los diferentes tramos. El saldo de la deuda en concepto del préstamo se denomina en moneda extranjera y se calcula según el tipo de cambio aplicado en el momento del desembolso del préstamo (apartado 7, punto 4). Con arreglo a la normativa aplicable, en caso de préstamos indexados a una moneda extranjera, las cuotas de devolución de este préstamo se denominarán en la moneda extranjera y se cargarán en la cuenta bancaria, mencionada en el punto 1, en la fecha de su vencimiento, sobre la base del tipo de cambio de venta, con arreglo a la tabla vigente en el banco al final del día hábil precedente a la fecha del vencimiento de la cuota de devolución del préstamo (apartado 9, punto 2).
3. En relación con la solicitud de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera, la parte demandante suscribió una declaración, con arreglo a la cual manifestaba que era plenamente consciente del riesgo del tipo de cambio, que renunciaba a la posibilidad de concertar un préstamo en eslotis y elegía un préstamo indexado a CHF, que conocía las disposiciones del reglamento (A) respecto de los préstamos indexados a una moneda extranjera y que había sido informada de que el tipo de cambio actual de la moneda extranjera estaba disponible en las oficinas del banco. Además, reconocía que era consciente de que el riesgo inherente al tipo de cambio repercute en el importe de la obligación frente al banco (A) y en el importe de las cuotas de devolución del préstamo, que el préstamo se debía desembolsar en eslotis polacos con arreglo a las normas descritas en el reglamento y que el saldo de la deuda se denominaba en una

moneda extranjera, que las cuotas del préstamo se denominaban en una moneda extranjera y que debían reembolsarse con arreglo a las normas descritas en el reglamento. Los prestatarios rubricaron todas las páginas de la solicitud de préstamo, del contrato, del reglamento y del anexo del contrato. Los demandantes leyeron el contrato y hojearon el reglamento, sin profundizar en su contenido.

4. El importe de las cuotas devengadas en el período del 16 de mayo de 2008 al 10 de octubre de 2014, asumiendo que el préstamo fuera un préstamo denominado en eslotis, inaplicando la cláusula de indexación, con un tipo de crédito como el aplicable a un préstamo indexado a una moneda extranjera, es decir, LIBOR 3M + diferencial, asciende a 95 491,32 PLN. La diferencia entre el importe pagado por los demandantes con arreglo al contrato y el importe que habrían pagado en caso de que se hubiesen inaplicado las estipulaciones contractuales controvertidas relativas a la indexación, asciende a 50 492,46 PLN, a favor de los demandantes.
5. Los tipos de cambio de monedas extranjeras que aplicaba el banco en su tabla eran tipos de cambio de mercado, mientras que las ligeras diferencias entre los tipos de cambio de distintos bancos se debían a las diferencias entre los precios de compraventa en el mercado interbancario. La aplicación por el banco del tipo de cambio de compraventa se debe a la necesidad de garantizar la seguridad de los fondos dinerarios que le hayan sido confiados, mediante la limitación de la posición abierta de divisas. La forma fundamental para eliminar el riesgo de divisas es que el banco procure la financiación en francos suizos en el mercado interbancario.
6. La diferencia entre el importe del préstamo que deberían haber pagado los demandantes si hubiesen suscrito un contrato de préstamo denominado en eslotis, con el tipo de interés que le correspondía (176 584,79 PLN) y el importe que habían pagado con arreglo al contrato (145 983,78 PLN) en el período del 16 de mayo de 2008 al 10 de octubre de 2014 asciende a 30 601,01 PLN, en detrimento de los demandantes. A fecha de 11 de febrero de 2017, esta diferencia ascendía a 24 803,31 PLN, en detrimento de los demandantes.
7. En el período comprendido por la demanda, las cuotas del préstamo indexado a CHF durante gran parte del tiempo fueron inferiores a las de un préstamo denominado en eslotis y, al mismo tiempo, en un préstamo indexado a CHF la cuantía del principal que se debe reembolsar es mucho mayor que en un préstamo denominado en eslotis. A modo de ejemplo, con arreglo a un análisis selectivo de las cuotas en períodos semestrales idénticos, puede señalarse que, por ejemplo, en julio de 2009, la cuota mensual del préstamo indexado a CHF ascendía a 1 825,06 PLN, de la que el principal representaba 991,92 PLN, es decir, más del 54 % de la cuota, mientras que la cuota de un préstamo denominado en eslotis ascendía a 2 485,27 PLN, de la que el principal representaba 288,73 PLN, es decir, más del 11 % de la cuota. En enero de 2010 la cuota del préstamo indexado a CHF ascendía a 1 712,60 PLN, de la que el principal representaba 965,73 PLN, es decir, más del 56 % de la cuota, y la cuota del préstamo denominado en eslotis



ascendía a 2 357,96 PLN, de la que el capital representaba 255,56 PLN, es decir, más del 10 % de la cuota. A continuación, en enero de 2013 la cuota del préstamo indexado a CHF ascendía a 2 019,29 PLN, de la que el principal representaba el importe de 1 299,12 PLN, es decir, más del 64 % de la cuota, mientras que la cuota del préstamo denominado en eslotis ascendía a 2 396,93 PLN, de la que el principal representaba 298,60 PLN, es decir, más del 12 % de la cuota. A su vez, en enero de 2014, la cuota del préstamo indexado a CHF ascendía al importe de 2 030,99 PLN, de la que el principal representaba 1 320,26 PLN, es decir, más del 65 % de la cuota y la cuota del préstamo denominado en eslotis ascendía al importe de 1 928,45 PLN, de la que el principal representaba 484,85 PLN, es decir, más del 25 % de la cuota. Por último, en julio de 2014 la cuota del préstamo indexado a CHF ascendía a 2 041,59 PLN, de la que el principal representaba 1 362,16 PLN, es decir, más del 66 % de la cuota y la cuota del préstamo denominado en eslotis ascendía a 1 938,79 PLN, de la que el principal representaba 537,15 PLN, es decir, más del 27 % de la cuota.

### **Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal**

1. La parte demandante solicitó que se declarase el carácter abusivo de las cláusulas contractuales sobre la base de que el demandado fija de forma completamente discrecional el tipo de cambio de compraventa de la moneda extranjera CHF en la tabla de tipos de cambio de monedas extranjeras para los préstamos en divisas y para los préstamos indexados a una moneda extranjera. Asimismo, adujo que ni el contrato ni el reglamento contienen disposiciones relativas a las modalidades de determinación del valor con arreglo al cual se fijaba el tipo de cambio de compraventa de la moneda extranjera CHF. El tipo de cambio de divisas que figura en la tabla del banco se fija sobre la base del tipo de cambio de divisas del mercado interbancario, de modo que el tipo de cambio de compraventa se desplaza hacia uno u otro lado del tipo de cambio interbancario, cuestión que es decidida por el consejo de administración del banco, sin que los consumidores ejerzan ninguna influencia sobre la fijación del tipo de cambio de compraventa de la moneda extranjera. En consecuencia, el demandado, al determinar el importe de la deuda y de las cuotas de devolución del préstamo sobre la base de cláusulas ilícitas, actuó de modo ilegal y está obligado a devolver los importes indebidamente cobrados. El crédito reclamado constituye la diferencia entre los importes cobrados por el demandado en concepto del reembolso del préstamo y los importes que serían exigibles inaplicando las cláusulas abusivas.
2. El banco demandado alegó en la contestación que la parte demandante durante más de 8 años no había cuestionado la validez del contrato de préstamo ni de sus estipulaciones particulares, que lo cumplía y obtenía ventajas económicas de la elección de esta forma de financiación en comparación con el préstamo denominado en eslotis. Añadió que pretender que existía una vulneración de los intereses del consumidor constituía un intento de eludir los efectos de la decisión financiera adoptada, una vez que esta dejó de producir las ventajas esperadas. Según el banco, la cláusula de indexación no debe ser objeto de examen desde el

punto de vista de su conformidad con el artículo 385<sup>1</sup> del Código Civil, puesto que fue individualmente pactada entre las partes, no incluye disposiciones que sean contrarias a las buenas costumbres ni vulnera los intereses del consumidor y el banco no fija discrecional ni arbitrariamente la tabla del tipo de cambio y el tipo de cambio de compraventa del CHF que figuraba en las tablas del demandado respondía a los valores normales de mercado. Asimismo, el banco señaló que, con arreglo al artículo 111 de la Ley del Derecho bancario, está obligado a publicar los tipos de cambio de divisas que aplique, con independencia de cualquier relación contractual y con independencia de cualquier modelo contractual, mientras que en el momento de la celebración del contrato no existían normas jurídicas que impusieran a los bancos la obligación de determinar los indicadores y modelos matemáticos exactos para fijar los tipos de cambio de divisas. Añadió que los tipos de cambio de divisas, que fluctúan en fracciones de segundo, se fijan sobre la base de indicadores globales de mercado, que son independientes del banco, y la política de gestión de la tabla de los tipos de cambio está sujeta a la supervisión de la Komisja Nadzoru Finansowego (Comisión de Supervisión Financiera, Polonia).

3. El demandado añadió que, atendiendo la Rekomendacja S (Recomendación S), a partir de abril 2009 señalaba en el reglamento que los tipos de cambio de divisas se fijan tomando en consideración los tipos de cambio medios de divisas, publicados por el NBP, la situación actual del mercado de divisas, la posición actual del banco en divisas y la previsión de la evolución de las fluctuaciones de los tipos de cambio.

### **Breve exposición de los motivos de la remisión**

- 1 El examen de la Directiva 93/13 del Consejo, de cuya transposición al ordenamiento jurídico polaco es reflejo, entre otros, el artículo 385<sup>1</sup> del Código Civil, de las disposiciones mencionadas del Derecho polaco, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en especial, del artículo 5 de la Directiva y de las sentencias dictadas en los asuntos C-186/16, C-96-14 y C-26/13, no ha proporcionado al órgano jurisdiccional remitente una respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas.
- 2 La primera duda del órgano jurisdiccional se refiere a si es posible, a la luz de los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo y a la de los artículos 69 y 111 de la ustawa Prawo bankowe vigentes en el momento de la celebración del contrato, exigir al banco que la estipulación de una cláusula contractual que fija el tipo de cambio de compraventa de la moneda extranjera en un contrato de préstamo indexado al tipo de cambio de una moneda extranjera esté redactada de forma totalmente inequívoca —es decir, de modo que el prestatario/consumidor pueda calcular por sí mismo ese tipo de cambio en un determinado día— teniendo en cuenta la naturaleza de dicho contrato, de las disposiciones nacionales y de las costumbres consolidadas en el momento de la celebración del contrato. En la fecha de la firma del contrato, no existía ninguna

disposición que estableciera la obligación de indicar las reglas de fijación de los tipos de cambio de divisas y el artículo 69, apartado 2, de la Ley del Derecho bancario, en la versión vigente en aquel momento, establecía el requisito de la forma escrita del contrato de préstamo y enumeraba la información que debía figurar en particular en el contrato (por ejemplo, el importe y la divisa del préstamo, la finalidad para la que se concede el préstamo, las reglas y el plazo de amortización del préstamo o el tipo de interés del préstamo y las condiciones de su modificación). La situación varió el 26 de agosto de 2011, es decir, más de 3 años después de la celebración del contrato, cuando entró en vigor el artículo 69, apartado 2, punto 4a, de la Ley del Derecho bancario, que dispone que, en caso de un crédito de préstamo denominado o indexado a una moneda distinta a la polaca, el contrato debe contener, en particular, las reglas específicas para determinar las formas y los plazos de fijación del tipo de cambio de las divisas, con arreglo al cual se calculan particularmente el importe del préstamo, sus tramos y cuotas de capital e intereses, así como las reglas de conversión a la moneda de desembolso o reembolso del préstamo. Esta disposición, sin embargo, no ha excluido la discrecionalidad del banco para determinar el importe de la moneda extranjera, sino que ha introducido únicamente la obligación de determinar las reglas y los plazos de fijación de los tipos de cambio de divisas. En la exposición de motivos del proyecto de la Ley mediante la cual se introdujo el punto 4a, se señalaba, entre otras cuestiones que, debido a la introducción de este punto, durante la ejecución del contrato de préstamo el prestatario debería estar adecuadamente informado por el banco sobre las condiciones esenciales en relación con el reembolso del préstamo. Esta solución permitiría que los bancos compitieran entre sí mediante el importe del llamado «spread». El órgano jurisdiccional remitente señala que en el Derecho nacional no existe una disposición que establezca cómo han de fijarse los tipos de cambio de divisas, lo que parece pertinente a la luz de una actividad en condiciones de libre mercado.

- 3 En ese contexto, el órgano jurisdiccional remitente advierte que, al examinar la posibilidad de una formulación inequívoca de las reglas de fijación de los tipos de cambio de divisas no pueden inaplicarse las reglas de fijación de los tipos de cambio de divisas por el NBP vigentes en la fecha de la celebración del contrato. Pues bien, con arreglo al apartado 2, punto 1, de la Resolución N.º 51/2002 del Consejo de Administración del NBP, de 23 de septiembre de 2002, sobre la forma de cálculo y publicación de los tipos de cambio de divisas, los tipos de cambio de divisas medios se calculan, en el caso del EUR y del USD a eslotis, sobre la base de la llamada «cotización». Esta consiste en la consulta diaria a diez bancos de la «Lista de bancos candidatos para desempeñar la función de intermediario en el mercado de dinero según el volumen de negocios en el mercado de divisas interbancario —operaciones “spot” en el campo de la divisa— eslotis», sobre los tipos de cambio de compraventa del EUR y del USD a eslotis, aplicados en dichos bancos. Con arreglo al punto 2, los tipos de cambio de las distintas divisas, como por ejemplo el CHF, se calculan sobre la base del tipo de cambio, calculado según el punto 1, del EUR a eslotis, y los tipos de cambio de mercado del EUR a las diferentes divisas, hasta las 11.00h. El banco demandado se encontraba en la lista de bancos candidatos para desempeñar la función de intermediario en el mercado

de dinero, lo que significa que los tipos de cambio de divisas de la tabla del banco demandado eran la base para fijar el tipo de cambio del NBP. A este respecto, cabe añadir que el NBP, como entidad con atribuciones legales y constitucionales (artículo 227 de la Constitución de la República de Polonia), que dirige la política monetaria y, lo que es más importante, durante 18 años la política de divisas, es decir, en un período más breve que aquel para el que ha sido celebrado el contrato, ha variado en tres ocasiones las reglas para fijar los tipos de cambio de divisas.

- 4 Por tanto, se plantea la duda de si, a la luz del carácter de larga duración del contrato de préstamo indexado y de los cambios imprevisibles en el mercado de divisas, es posible exigir al demandado que determine de forma precisa y estricta las reglas de fijación del tipo de cambio de la moneda extranjera o si, tomando en consideración la naturaleza del servicio, según el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, es posible invocar un concepto más general del tipo de cambio de libre mercado, en especial cuando la eventual discrecionalidad del banco para fijar el tipo de cambio de la moneda extranjera —dentro de los límites de los valores normales de mercado— no llevaría a un desequilibrio importante, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva, desde el punto de vista económico, en detrimento del consumidor. Parece confirmar dicha duda el reglamento aplicado por el demandado, tras la aprobación del artículo 69, apartado 2, punto 4a, de la Ley del Derecho bancario. Como ha señalado el demandado, desde la citada reforma legal, según el reglamento, los tipos de cambio de divisas se fijan tomando en consideración los tipos de cambio medios de divisas, publicados por el NBP, la situación actual en el mercado de divisas, la posición actual del banco en divisas, la previsión del sentido de las fluctuaciones de los tipos de cambio. Aun cuando dicho reglamento indique los criterios de fijación del tipo de cambio de la moneda extranjera, al estar redactado en términos imprecisos y vagos, impide de hecho la fijación del tipo de cambio de la moneda extranjera.
- 5 En el supuesto de que se considere que la estipulación contractual relativa a las reglas de fijación de los tipos de cambio de divisas pueda caracterizarse, en el caso de un contrato de un préstamo indexado a una moneda extranjera, por una cierta generalidad y referirse al tipo de cambio de mercado, se plantea una nueva duda acerca de si es posible interpretar una cláusula contractual relativa a la fijación por el prestamista (el banco) del tipo de cambio de compraventa de una moneda extranjera en el sentido de resolver las dudas contractuales a favor del consumidor y declarar que el contrato fija los tipos de cambio de compraventa de una moneda extranjera no de un modo completamente arbitrario, sino con arreglo a criterios de mercado.
- 6 En este contexto, debe determinarse si es posible eliminar la ambigüedad de la cláusula contractual que establece las reglas de fijación del tipo de cambio de la moneda extranjera, con arreglo a los considerandos y al artículo 5 de la Directiva 93/13, sin necesidad de suprimir la cláusula contractual controvertida. Tal solución puede alcanzarse diferenciando entre la posibilidad de interpretar las cláusulas del contrato de modo favorable para el consumidor, con arreglo al

artículo 5 de la citada Directiva, y la posibilidad de excluir la cláusula contractual considerada abusiva, con arreglo al artículo 6 de la citada Directiva. La cuestión de la interpretación de las declaraciones de voluntad y de los contratos en el ordenamiento jurídico nacional está regulada en el artículo 65 del Código Civil, tomando como referencia los usos y las costumbres en las circunstancias de la declaración de voluntad y, en el caso de los contratos, la intención común de las partes y la finalidad perseguida. Por tanto, se trata de dilucidar si una estipulación ambigua en un contrato celebrado con un consumidor puede ser suprimida mediante la interpretación de la intención común de las partes y de la finalidad del contrato o si de modo prácticamente automático dicha estipulación contractual debe considerarse ineficaz a los efectos del artículo 385<sup>1</sup> del Código Civil. Ello es relevante en el contexto de las declaraciones de los demandantes, conforme a las cuales, en el momento de la celebración del contrato, pensaban que para la conversión se utilizaría un tipo de cambio objetivo, por ejemplo, el del NBP, y en el de las afirmaciones del demandado, según las cuales el tipo de cambio aplicado por él es un tipo de cambio de mercado y no uno fijado arbitrariamente.

- 7 También se albergan dudas en cuanto al modo de proceder para apreciar la abusividad de una determinada cláusula contractual. A la vista del planteamiento mantenido por los organismos nacionales [Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Oficina de Defensa de la Competencia y el Consumidor, Polonia), Rzecznik Finansowy (Defensor Financiero, Polonia)] y por la jurisprudencia de los tribunales nacionales, puede aceptarse la postura de que la apreciación acerca de si una estipulación contractual relativa a la fijación del tipo de cambio de compraventa de una moneda extranjera en un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera es abusiva a la luz de la Directiva 93/13 únicamente puede efectuarse sobre la base de la redacción literal del contrato. Sin embargo, a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia (de 26 de enero de 2017 en el asunto C-421/14, y la sentencia en ella citada de 4 de junio de 2009, en el asunto Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 39, así como la de 14 de marzo de 2013, en el asunto C-415/11, Aziz/Catalunyacaixa) la apreciación de una cláusula contractual debería efectuarse a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes. En la medida en la que las estipulaciones contractuales en ese tipo de litigios sean idénticas o similares, las circunstancias relativas a la actuación de las partes en el momento de la celebración del contrato justifican la pregunta de si, desde el punto de vista de la apreciación de la cláusula contractual como abusiva, revisten una importancia esencial cuestiones como: a) el cumplimiento del contrato en el que se reproduzcan las circunstancias del momento de la celebración del contrato; b) la falta de la firma del anexo del contrato que permita el reembolso del préstamo directamente en una moneda extranjera; c) la incidencia de las estipulaciones contractuales cuestionadas sobre la voluntad de celebración del contrato por el consumidor; d) la comprensión por el consumidor de la estipulación contractual cuestionada; o bien e) la falta de interés del consumidor en la estipulación contractual cuestionada en el momento de la celebración del contrato y durante su ejecución, especialmente por no haber leído atentamente el contrato en el momento de su celebración ni durante su vigencia. Esta duda resulta de la tesis recogida en la sentencia dictada en los asuntos

C-415/11 i C-421/14, donde se señaló que puede hablarse de incompatibilidad con las exigencias de la buena fe cuando las estipulaciones contractuales configuren la distribución de los derechos y obligaciones en un sentido que no hubiese sido aceptado por las partes en el curso de unas negociaciones equitativas. Según el órgano jurisdiccional remitente, la apreciación de las circunstancias de la celebración del contrato, incluida la intención común de las partes respecto de la fijación de los tipos de cambio de divisas aplicables durante la ejecución del contrato, debe efectuarse a la luz de la tesis recogida en la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en los asuntos C-415/11 y C-421/14. En esta situación, el órgano jurisdiccional remitente considera que son de gran importancia las circunstancias relativas a la actuación de las partes en el momento de la celebración del contrato, mencionadas anteriormente en las letras a) a e).

- 8 No obstante, la cuestión de si una estipulación contractual determinada habría sido aceptada puede explicarse sobre la base de las dudas anteriormente expresadas. En particular, la cuestión del cumplimiento del contrato, la falta de ponderación de las reglas de fijación del tipo de cambio de la moneda extranjera o el no haber efectuado una lectura atenta del contrato durante todo el tiempo de su vigencia permite concluir que el contrato se habría celebrado incluso si la parte, en el curso de unas negociaciones equitativas, hubiese conocido los detalles de la fijación del tipo de cambio de la moneda extranjera por el banco. En el presente litigio, estas dudas se ven incrementadas por el hecho de que el demandante declaró que esperaba que el tipo de cambio se fijase de forma objetiva, por ejemplo, aplicando el tipo de cambio del NBP. Por otra parte, el demandado admite que estaba obligado a aplicar el tipo de cambio del mercado y, por tanto, también objetivo en esencia. Así pues, en sustancia, puede darse una situación en la que ambas partes hayan entendido que la estipulación contractual de que se trate se haya aceptado en el curso de unas negociaciones equitativas, conforme a las exigencias de la buena fe, mencionadas en las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos C-415/11 y C-421/14. Esto hace que esté fundada la duda de si efectivamente la intención común de las partes, sobre la necesidad de aplicar un tipo de cambio objetivo, permite considerar abusiva la cláusula contractual en cuestión o si bien es posible eliminar la ambigüedad acerca de la cláusula contractual, por considerar que el tipo de cambio de la moneda extranjera que figura en la tabla del banco no es un tipo de cambio discrecional, sino un tipo de cambio configurado en el marco de la libertad resultante de los artículos 69 y 111 de la Ley del Derecho bancario, pero exclusivamente dentro de los límites de los valores normales de mercado.
- 9 Las cuestiones prejudiciales expuestas son pertinentes para determinar el régimen normativo resultante de la Directiva 93/13 objeto de examen y, en consecuencia, tienen especial importancia en relación con las disposiciones del Derecho nacional. Ante el elevado número de litigios que se están tramitando ante los tribunales nacionales contra diferentes bancos, los cuales invocan, como primer y frecuentemente principal argumento, la falta de arbitrariedad en la configuración de los tipos de cambio de divisas, la respuesta del Tribunal de Justicia será extraordinariamente útil para dirimir no solo el litigio pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional, sino también muchos otros litigios nacionales de este tipo.

Una respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial hará posible, en esencia, una ágil resolución de litigios análogos, sin necesidad de ponderar otras cuestiones, entre ellas el riesgo inherente al cambio de divisas.

- 10 Aboga por una respuesta afirmativa el hecho de que el tipo de contrato de préstamo hipotecario indexado a una moneda extranjera y celebrado para un período de varias décadas (40 años en el litigio examinado), sin duda impide que el tenor de las estipulaciones contractuales carezca de toda ambigüedad, de modo que resulte aplicable durante toda la vigencia del contrato. Dado que el NBP durante 18 años ha variado en tres ocasiones las reglas de fijación de los tipos de cambio de divisas parece pertinente albergar dudas acerca de si puede exigirse que un banco comercial esté en condiciones de adoptar al respecto una solución inequívoca, que además sea válida para un período tan largo.
- 11 La remisión a una fórmula aritmética, tomando en consideración los tipos de cambio en el mercado interbancario publicados por las agencias informativas Reuters o Bloomberg, rectificadas por un diferencial, podría no garantizar la claridad y la certeza de la cláusula contractual. Ante un período tan largo de vigencia del contrato y ante la imprevisibilidad de la situación económica, la remisión a los datos de estas agencias informativas podría, ciertamente, resultar insuficiente, sin poder verificarse su fiabilidad. Sin embargo, debe advertirse que, dado que el tipo de cambio del NBP resulta de los tipos de cambio de los bancos comerciales fijados en sus tablas (incluida la del banco demandado), la remisión en el contrato al tipo de cambio del NBP también podría ser calificada de discrecional, debido a la influencia indirecta de los bancos comerciales en el tipo de cambio del NBP. Por ello, también suscita dudas la posibilidad de que se considere el tipo de cambio del NBP como un indicador objetivo e independiente de la voluntad de los bancos comerciales. En esa situación, quizás la única estipulación contractual segura, pero de carácter bastante general, sería aquella que se remitiera a los tipos de cambio de mercado de compraventa de la moneda extranjera. Simultáneamente, cierto carácter genérico de la estipulación contractual cuestionada podría justificarse a la luz del artículo 3, apartado 1, de la Directiva por el carácter del contrato del préstamo indexado a una moneda extranjera, celebrado por un período de varias décadas. Al mismo tiempo, conceder al banco cierta libertad para fijar los tipos de cambio de divisas —exclusivamente dentro de los límites de los valores normales de mercado— impide examinar dicha cláusula contractual en cuanto a la posibilidad de que introduzca un desequilibrio importante en detrimento del consumidor, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva. Las disposiciones nacionales no prohíben que el banco fije sus propios tipos de cambio de divisas con arreglo a los artículos 69 y 111 de la Ley del Derecho bancario, mientras que un mercado libre podría representar una garantía adecuada para los tipos de cambio reales y objetivos de las monedas extranjeras.
- 12 Por lo que respecta a una respuesta afirmativa a la segunda cuestión prejudicial, debe advertirse que, tomando en consideración que la Directiva 93/13 distingue entre la posibilidad de evitar la ambigüedad de la cláusula contractual, con arreglo

a su artículo 5, y el rigor de la supresión de la estipulación contractual cuestionada en el artículo 6 de la Directiva, parece oportuno recurrir en primer lugar a la solución menos estricta e intentar evitar la ambigüedad contractual, permitiendo así conservar la totalidad del contrato conforme a la voluntad de las partes. El artículo 65 del Código Civil puede contribuir a determinar la voluntad de las partes. Esta solución se ve sustentada por el hecho de que las partes alegaron que, con arreglo al contrato, los tipos de cambio de divisas deben ser objetivos, lo que el demandado entendía como un tipo de cambio de mercado, mientras que los demandantes no habían adoptado una posición precisa al respecto e indicaron, a título de ejemplo, el tipo de cambio del NBP.

- 13 En particular, en la sentencia dictada en el asunto C-421/14, el Tribunal de Justicia declaró que incumbe al juez nacional pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual específica en función de las circunstancias propias del caso (apartado 57). En el apartado 61 de dicha sentencia también se señaló que, según el artículo 4, apartado 1, de la Directiva examinada, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. Siguiendo esta sentencia, debe mencionarse la sentencia que se cita en ella, dictada en el asunto C-243/08, (apartado 39), en la que se declaró que el artículo 4 de la Directiva establece que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (análogamente también la sentencia del TJUE dictada en el asunto C-415/11, apartado 71).
- 14 Asimismo, debe señalarse que la estipulación contractual cuestionada, aunque no sea suficientemente precisa, no permite atribuir mala fe al banco demandado, puesto que durante toda la vigencia del contrato, incluido el período en el que no se había planteado la cuestión del carácter abusivo de las cláusulas, aplicó, conforme a su propia interpretación del contrato, tipos de cambio del mercado de divisas. A este respecto, no puede atribuirse al banco una intención de configurar la estipulación contractual para perjudicar al consumidor mediante la aplicación de tipos de cambio de divisas discrecionales, alejados de los tipos de cambio de mercado. Era práctica común, también de otros bancos, la inclusión de estipulaciones contractuales análogas en contratos de préstamo de este tipo. Por otro lado, consideraciones de naturaleza económica abogan por que se declare que se trata de tipos de cambio de mercado. Debe advertirse que aunque se admitiese la discrecionalidad del banco para fijar los tipos de cambio de divisas dentro de los valores normales de mercado, se concluiría que los prestatarios en el presente litigio se encuentran en una situación económica más ventajosa que aquella en la que se encontrarían si fueran parte de un contrato de préstamo denominado en eslotis, con el tipo de interés correspondiente para el mismo.