

Asunto C-108/24 [Biamek] ⁱ**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:**

8 de febrero de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia, Polonia)

Fecha de la resolución de remisión:

31 de enero de 2024

Parte recurrente:

Banco Millennium S.A.

Parte recurrida:

AC

Objeto del procedimiento principal

Recurso en reclamación de cantidad en concepto del cumplimiento indebido de una prestación en el marco de un contrato que contenía cláusulas abusivas relativas a la determinación de los tipos de cambio de divisas utilizados para calcular las cuotas y el saldo del préstamo.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación de los artículos 6, apartado 1, y 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, y de los principios de efectividad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad — Fundamento jurídico: artículo 267 TFUE

ⁱ La denominación del presente asunto es ficticia. No se corresponde con el nombre de ninguna parte del procedimiento.

Cuestiones prejudiciales

En el supuesto de que un contrato no pueda subsistir tras suprimirse de él las cláusulas ilícitas, ¿es compatible con los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 y con los principios de efectividad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad una interpretación del Derecho nacional según la cual:

1. el cómputo del plazo de prescripción de la acción de restitución del profesional contra el consumidor no comienza a correr mientras el consumidor siga cumpliendo el contrato y no haya formulado pretensiones o alegaciones contra el profesional basadas en el carácter ilícito de las cláusulas contractuales;
2. la admisión de la prescripción de una acción de restitución del profesional contra el consumidor se opone a consideraciones de equidad cuando dicha acción no se haya ejercitado debido a que el consumidor seguía cumpliendo el contrato y no había formulado pretensiones o alegaciones contra el profesional basadas en el carácter ilícito de las cláusulas contractuales y cuando los efectos de la supresión de las cláusulas ilícitas del contrato y las condiciones en las que las partes pueden ejercitar acciones de restitución no han sido definidas de forma clara y coherente en la jurisprudencia?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: artículo 169, apartado 1

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: artículo 38

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29): considerandos cuarto, vigésimo primero y vigésimo cuarto; artículos 3, apartados 1 y 2, 4, apartado 2, 6, apartado 1, y 7, apartado 1

Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64): considerando 17 y artículo 2, apartado 1

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 (Constitución de la República de Polonia, de 2 de abril de 1997): artículo 76
2. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Ley, de 23 de abril de 1964, por la que se aprueba el Código Civil) (texto consolidado: Dz.U. de 2023, posición 1610) (en lo sucesivo, «CC»):

«No podrá ejercerse un derecho en contra de su finalidad socioeconómica o de los principios que rigen la convivencia social. Tal acción u omisión por parte del titular del derecho no se considerará un ejercicio de este derecho y no gozará de protección.» (artículo 5)

«Se entenderá por consumidor toda persona física que, en la celebración y ejecución de un contrato de consumo, no actúe en el marco de su actividad comercial o de cualquier otra actividad económica.» (artículo 22¹)

«Serán nulos y sin valor ni efecto alguno los actos jurídicos contrarios a la ley o que tengan por objeto eludir la ley, a menos que una disposición pertinente disponga otra cosa, en particular, que las disposiciones inválidas del acto jurídico de que se trate sean sustituidas por las disposiciones pertinentes de la ley.» (artículo 58, apartado 1)

«Sin perjuicio de las excepciones previstas por la ley, las acciones de contenido patrimonial estarán sujetas a prescripción.» (artículo 117, apartado 1)

«Expirado el plazo de prescripción, aquel contra quien se dirija una acción podrá declinar satisfacerla, salvo que renuncie a invocar la excepción de prescripción. No obstante, será nula la renuncia a la excepción de prescripción antes de que expire el plazo.» (artículo 117, apartado 2)

«Expirado el plazo de prescripción, no podrá ejercitarse una acción contra un consumidor.» (artículo 117, apartado 2¹, introducido a partir del 9 de julio de 2018)

«En casos excepcionales, el órgano jurisdiccional, tras ponderar los intereses de las partes, podrá no tener en cuenta la expiración del plazo de prescripción de la acción ejercitada contra un consumidor si así lo exige la equidad.» (artículo 117¹, apartado 1, introducido a partir del 9 de julio de 2018)

«Al ejercer la facultad mencionada en el apartado 1, el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración, en particular: 1) la duración del plazo de prescripción; 2) la duración del período transcurrido entre la expiración del plazo de prescripción y el ejercicio de la acción; 3) la naturaleza de las circunstancias que condujeron a que el titular del derecho no ejercitara la acción, incluida la repercusión del comportamiento de la persona obligada en la demora del titular del derecho en ejercitar la acción.» (art. 117¹, apartado 2, introducido a partir del 9 de julio de 2018)

«A menos que una norma especial disponga otra cosa, el plazo de prescripción será de diez años; para las acciones relativas a prestaciones periódicas y para las acciones relativas al ejercicio de una actividad económica, el plazo de prescripción será de tres años.» (artículo 118, en la versión vigente hasta el 8 de julio de 2018)

«A menos que una norma especial disponga otra cosa, el plazo de prescripción será de seis años; para las acciones relativas a prestaciones periódicas y para las acciones relativas al ejercicio de una actividad económica, el plazo de prescripción será de tres años. No obstante, el plazo de prescripción expirará el último día del año civil, salvo que sea inferior a dos años.» (artículo 118, en la versión vigente desde el 9 de julio de 2018)

«El plazo de prescripción empezará a correr desde que sea exigible el derecho. Cuando la exigibilidad del derecho dependa de que su titular realice un acto determinado, el plazo de prescripción empezará a correr desde que tal derecho hubiese resultado exigible si su titular hubiese realizado dicho acto lo antes posible.» (artículo 120, apartado 1)

«El transcurso de la prescripción se interrumpirá por: 1) cada acto ante un órgano jurisdiccional u otra autoridad designada para examinar asuntos o ejecutar derechos de determinado tipo o ante un tribunal arbitral, realizado directamente para reclamar, determinar, satisfacer o garantizar un derecho; 2) el reconocimiento del derecho por la persona obligada.» (artículo 123, apartado 1)

«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 las normas que regulan la vida en sociedad.» (artículo 353¹)

«El deudor estará obligado a actuar con la diligencia de un buen padre de familia (diligencia debida).» (artículo 355, apartado 1)

«La diligencia debida del deudor en el ejercicio de una actividad económica se determinará teniendo en cuenta el carácter profesional de dicha actividad.» (artículo 355, apartado 2)

«Las cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor que no se hayan negociado individualmente no vincularán al consumidor cuando establezcan los derechos y obligaciones de este de forma contraria a las buenas costumbres y atenten gravemente contra sus intereses (cláusulas contractuales abusivas). Esta disposición no afectará a las cláusulas que establezcan las obligaciones principales de las partes, en particular en lo relativo al precio o a la retribución, cuando hayan sido formuladas de forma inequívoca.» (artículo 385¹, apartado 1)

«Cuando una cláusula contractual no vincule al consumidor con arreglo al apartado 1, las demás disposiciones del contrato seguirán siendo obligatorias para las partes.» (artículo 385¹, apartado 2)

«Se considerarán cláusulas de un contrato celebrado con un consumidor no negociadas individualmente aquellas sobre cuyo contenido el consumidor no haya tenido una influencia real. Esto incluye en particular las cláusulas contractuales retomadas de un modelo de contrato propuesto al consumidor por la otra parte contratante.» (artículo 385¹, apartado 3)

«La carga de la prueba de que una cláusula ha sido negociada individualmente recaerá en quien invoque este extremo.» (artículo 385¹, apartado 4)

«La compatibilidad de las cláusulas de un contrato con las buenas costumbres se apreciará a la vista de la situación existente en la fecha de celebración del contrato, teniendo en cuenta el contenido de dicho contrato, las circunstancias concurrentes en su celebración y los contratos relacionados con ese mismo contrato en el que figuren las disposiciones que son objeto de apreciación.» (artículo 385²)

«Quien sin título jurídico haya obtenido un beneficio patrimonial a expensas de otra persona deberá restituir el beneficio en especie o, cuando no fuera posible, devolver su valor.» (artículo 405)

«Las disposiciones de los artículos anteriores resultarán de aplicación en particular a las prestaciones indebidas.» (artículo 410, apartado [1])

«Una prestación será indebida cuando quien la haya realizado no estuviera obligado en absoluto a realizarla o no estuviera obligado respecto de la persona beneficiaria de la prestación, cuando la causa de la prestación haya decaído o no se haya alcanzado el fin pretendido con ella o cuando el acto jurídico que obliga a la prestación sea nulo y no se haya convalidado tras ella.» (artículo 410, apartado 2)

«Cuando el plazo para el cumplimiento de una prestación no esté definido ni resulte de la naturaleza de la obligación, la prestación deberá ser cumplida inmediatamente después del requerimiento hecho al deudor para su cumplimiento.» (artículo 455)

«Si el deudor incurre en mora en el pago de una cantidad de dinero, el acreedor podrá exigir intereses por el período de mora, aunque ello no le haya ocasionado ningún daño y la mora se deba a circunstancias de las que el deudor no sea responsable.» (artículo 481, apartado 1)

«En caso de que, como consecuencia del desistimiento del contrato, las partes deban restituirse recíprocamente prestaciones, cada una de ellas tendrá un derecho de retención hasta que la otra parte ofrezca la restitución de la prestación recibida o garantice el derecho a la restitución.» (artículo 496)

«Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará *mutatis mutandis* en caso de resolución o nulidad de un contrato recíproco.» (artículo 497)

3. Ustawa z dnia 13 kwietnia 2018 r. o zmianie ustawy — Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw [Ley, de 13 de abril de 2018, por la que se Modifican la Ley por la que se Aprueba el Código Civil y Otras Leyes (Dz.U. de 2018, posición 1104)]

«Las disposiciones del Código Civil, en su versión modificada por la presente Ley, se aplicarán a partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley a las acciones nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley y aún no prescritas en esa fecha.» (artículo 5, apartado 1]

«Las disposiciones del Código Civil, en su versión hasta ahora en vigor, se aplicarán a las acciones de los consumidores nacidas antes de la entrada en vigor de la presente Ley y aún no prescritas en dicha fecha, cuyos plazos de prescripción se especifican en los artículos 118 y 125, apartado 1, del Código Civil.» (artículo 5, apartado 3)

«Las acciones prescritas en relación con un consumidor respecto de las cuales no se haya propuesto ninguna excepción de prescripción en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estarán sujetas, a partir de tal fecha, a los efectos de la prescripción establecidos en el Código Civil, en su versión modificada por la presente Ley.» (artículo 5, apartado 4)

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 En el contrato de préstamo hipotecario celebrado por [AC], demandante en primera instancia, con Bank Millennium S.A. [(en lo sucesivo, «banco»)] el 7 de enero de 2008 por un importe de 140 000 eslotis polacos (PLN), se estipulaba que el préstamo estaba indexado al franco suizo (CHF), previa conversión del importe desembolsado con arreglo al tipo de cambio de compra del CHF establecido en la tabla de tipos de cambio del banco vigente el día de celebración del préstamo (cláusula 2, apartado 2). El prestatario se comprometió a reembolsar en 456 cuotas mensuales de igual cantidad el importe del préstamo en CHF denominado en PLN, utilizando el tipo de cambio de venta del CHF aplicable en la fecha de pago de la cuota del préstamo, según la tabla de tipos de cambio de Banco Millennium (cláusula 7). En el período comprendido entre el 15 de febrero de 2008 y el 15 de febrero de 2021, AC pagó al banco la cantidad de 96 217,49 PLN en concepto de reembolso de cuotas de capital e intereses.
- 2 Mediante demanda de 22 de junio de 2021, AC solicitó, entre otras cosas, que se condenara al banco a abonarle la cantidad de 96 217,49 PLN, más los intereses legales de demora, en concepto de restitución de la prestación indebidamente cumplida por ella en favor del banco demandado debido a la nulidad del contrato y que se declarara la nulidad del contrato de préstamo hipotecario de 2008. Mediante sentencia definitiva de 12 de mayo de 2022, se estimaron estas pretensiones por considerarse que el contrato era contrario a la naturaleza de la relación, que las estipulaciones contractuales relativas a la determinación de los tipos de cambio de divisas utilizados para calcular las cuotas y el saldo del préstamo tenían un carácter ilícito y que no se había informado suficientemente al consumidor de los riesgos.
- 3 En el procedimiento de segunda instancia, se notificó a [AC] una declaración del banco según la cual este hacía uso de su derecho a retener la prestación

eventualmente debida a la demandante hasta que esta ofrezca restituirle la contraprestación, es decir, el importe del crédito puesto a su disposición por el banco en virtud del contrato de préstamo.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 4 Como motivación de la pretensión de nulidad del contrato y de la consiguiente acción de restitución, [AC] invocó la inclusión en el contrato de préstamo de cláusulas contractuales abusivas que facultaban al banco para fijar discrecionalmente el tipo de cambio y que figuran desde 2014 en el registro de cláusulas ilícitas llevado por la Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumenta (Oficina de Defensa de la Competencia y Protección de los Consumidores), de modo que dichas cláusulas son contrarias tanto a la naturaleza de la relación como a Derecho. Además, [AC] adujo que se le había transmitido el riesgo de cambio en su totalidad. En el marco de la apelación, AC ha propuesto una excepción de prescripción de la acción de retención del banco, considerando que el plazo de prescripción de dicha acción comenzó a correr en el momento de ejecución de la prestación y, a más tardar, cuando las cláusulas contractuales controvertidas fueron inscritas en el citado registro como abusivas, es decir, que la acción relativa de retención había prescrito en el momento en que se propuso la excepción al respecto.
- 5 Por el contrario, el [banco] alega que la acción no ha prescrito. También aduce que la excepción de prescripción es contraria al artículo 5 del CC.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 6 Sobre la base de las cláusulas de conversión incluidas en el contrato de préstamo celebrado entre las partes, en caso de desembolso y reembolso en eslotis polacos, las conversiones de divisas se efectúan utilizando el tipo de cambio determinado por el banco, lo que confiere a este total libertad para poder configurar el contenido de las prestaciones de las partes.¹ En la jurisprudencia de la Unión, se ha subrayado sistemáticamente que basarse en los tipos de cambio de divisas establecidos en la tabla de tipos de cambio de un banco equivale a vulnerar la igualdad de las partes del contrato distribuyendo de forma desigual los derechos y obligaciones entre las partes de la relación obligatoria.²
- 7 Como consecuencia de la declaración de nulidad de un contrato de préstamo, las partes deben restituirse mutuamente todas las prestaciones realizadas en virtud del

¹ Véanse las sentencias del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) de 22 de enero de 2016, I CSK 1049/14; de 1 de marzo de 2017; de 11 de diciembre de 2019, V CSK 382/18; de 20 de junio de 2022, II CSKP. 701/22, y de 8 de noviembre de 2022, II CSKP. 1153/22.

² Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, C-26/13, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Ruxandra Paula Andriciu y otros/Banca Românească SA, apartado 45.

contrato (artículo 405 del CC, en relación con el artículo 410, apartado 1, de este). Entre el banco y el posible prestatario, surgen dos obligaciones de restitución distintas: la obligación del posible prestatario de restituir el dinero utilizado y la obligación del banco de restituir los pagos recibidos.³ Para dar solución a las acciones de restitución entre las partes, procede aplicar la Directiva 93/13, cuyo artículo 6, apartado 1, se opone a que una jurisprudencia nacional limite los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual.⁴ En caso de anulación de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional debido al carácter abusivo de una de sus cláusulas, corresponde a los Estados miembros regular mediante su Derecho nacional los efectos de la anulación respetando la protección que dicha Directiva confiere al consumidor y, en particular, garantizando el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido la cláusula abusiva.⁵

- 8 En el contexto de dicha operación de solución, es preciso apreciar la excepción de retención propuesta por [el banco]. A este respecto, el Tribunal de Justicia, en su sentencia de 14 de diciembre de 2023, C-28/22, TL y WE/Administrador concursal de Getin Noble Bank S.A, apartados 86 y 87, declaró que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, leídos a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, cuando un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional no pueda seguir siendo vinculante tras la supresión de las cláusulas abusivas que figuren en él, el profesional puede invocar un derecho de retención que le permite supeditar la restitución de las prestaciones que ha recibido del consumidor a la presentación, por este último, de una oferta de restitución de las prestaciones que él haya recibido a su vez de dicho profesional o de una garantía de la restitución de estas últimas prestaciones, si el ejercicio, por ese mismo profesional, del derecho de retención acarrea al consumidor la pérdida del derecho a obtener intereses de demora desde la expiración del plazo concedido al profesional para dar cumplimiento a la obligación que le compete, después de que se le haya instado a restituir las prestaciones que le habían sido abonadas en virtud de dicho contrato. Por lo tanto, el mero uso de la excepción de retención contra el consumidor es admisible, pero hay que limar su carácter inhibitorio, que excluía la oponibilidad de la acción de restitución del consumidor sobre la base de la interpretación del Derecho nacional existente hasta la fecha [véanse las sentencias del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) (en lo sucesivo, «SN») de 31 de enero de 2002, IV CKN 651/00, y de 7 de enero de 2005, IV CK 204/04]. Sin esta característica, la excepción de retención puede seguir cumpliendo su finalidad de

³ Véase la resolución del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) de 16 de febrero de 2021, III CZP. 11/20.

⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 75.

⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 2023, C-6/22, apartado 33.

garantía y servir para equilibrar la protección de los intereses legítimos recíprocos del acreedor y del deudor, lo que no puede considerarse contrario al objetivo y a los considerandos de la Directiva 93/13, ya que no elimina, ni jurídica ni económicamente, los derechos de crédito del consumidor. Si el consumidor, que también haya sido informado debidamente sobre este aspecto de la nulidad del contrato, no renuncia a la protección, como sucede en el presente asunto, no hay motivos para suponer que encuentra un obstáculo al ejercicio de sus derechos protegidos, ya que ello está plenamente garantizado por la posibilidad de presentar su pretensión inferior de compensación frente a la pretensión superior del banco, lo que puede hacer incluso después de que la sentencia que se dicte en el asunto sea firme. Proponer una excepción de retención tampoco puede considerarse un abuso de derecho, ya que constituye el ejercicio de legítimas pretensiones derivadas del empleo consciente de la protección por parte del consumidor, uno de cuyos elementos es el cómputo de la obligación de restituir al [banco] el capital desembolsado, lo que está contemplado en la instrucción correspondiente. Según el Sąd Apelacyjny (Tribunal de Apelación), la figura jurídica de la retención es, por tanto, un instrumento útil para garantizar el equilibrio en la protección de los intereses legítimos del acreedor y del deudor. La declaración de nulidad del contrato de préstamo tiene como consecuencia, entre otras cosas, la merma de la garantía (hipotecaria o de otro tipo) prestada al banco. La imposibilidad de asegurar efectivamente el crédito en cuestión podría conducir, por consiguiente, a una situación inaceptable, incluso desde el punto de vista axiológico, en la que el banco se vería privado en la práctica de la posibilidad de satisfacer el crédito.

- 9 La eficacia de la excepción de retención depende, entre otras cosas, de que la acción del banco no haya prescrito, puesto que, una vez transcurrido el plazo de prescripción, se extingue el derecho de retención. En este contexto, es esencial determinar el inicio del plazo de prescripción de dicha acción de conformidad con el Derecho de la Unión, incluidos los principios de efectividad, de seguridad jurídica y de proporcionalidad.
- 10 El Tribunal de Justicia ha señalado en repetidas ocasiones que la anulación de un contrato de préstamo tiene, en principio, las mismas consecuencias que el vencimiento inmediato del importe pendiente del préstamo, lo que puede superar la capacidad financiera del consumidor y, por tanto, penaliza a este último en lugar de al prestamista.⁶ En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha considerado

⁶ Véanse las sentencias de 30 de abril de 2014, C-26/13, A. Kásler y H. K. Râbai/OTP Jelzálogbank Zrt, apartados 80 a 84; de 21 de mayo de 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco SA/J.H. Rueda y otros y Caixabank SA/M.M. Rueda Ledesma y otros, apartado 33; de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, OTP Bank Nyrt. y otros/Teréz Ilyés y otros, apartados 60 y 61; de 26 de marzo de 2019, C-70/17, Abanca Corporación Bancaria SA/ Alberto García Salamanca Santos y Bankia SA/Alfonso Antonio Lau Mendoza y Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez, apartados 56 a 58; de 3 de octubre de 2019, C-260/18, Kamil Dziubak y Justyna Dziubak/Raiffeisen Bank International AG, apartados 48 y ss.; de 3 de marzo de 2020, C-125/18, Marc Gómez del Moral Guasch/Bankia SA, apartados 61 a 63; de 25 de noviembre de 2020, C-269/19, Banca B.SA, apartado 34, y de 27 de enero de 2021, C-229/19 y C-289/19, Dexia Nederland, apartados 61 a 67).

que, cuando un contrato no pueda subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas de que se trate, su anulación exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, no existan disposiciones aplicables de Derecho nacional que puedan sustituir a dichas cláusulas y el consumidor no haya expresado su deseo de mantener las cláusulas abusivas, el juez nacional deberá adoptar todas las medidas necesarias para proteger al consumidor de esas consecuencias especialmente perjudiciales, sin perjuicio de que las facultades del juez no puedan ir más allá de lo estrictamente necesario para restablecer el equilibrio contractual y proteger así al consumidor (véase la sentencia de 25 de noviembre de 2020, C-[2]69/19, Banca B.SA, apartados 41 a 44).

- 11 La resolución de 7 de mayo de 2021 del SN en formación de siete jueces (III CZP. 6/21), con fuerza de principio jurídico, fue un intento de conciliar la norma de examinar de oficio la abusividad de las cláusulas contractuales y la posibilidad de que el consumidor acepte las consecuencias de la nulidad del contrato con la introducción simultánea del régimen de protección del consumidor en el sistema polaco de sanciones por actos jurídicos viciados. En dicha resolución, el SN vinculó la exigibilidad de la acción del banco para la restitución del principal a la ineficacia permanente del contrato, lo que requiere que el consumidor sea debidamente informado de las consecuencias de la ineficacia (nulidad) del contrato. Solo cuando el consumidor confirma una cláusula abusiva o se niega a confirmarla, se produce la situación en que «el acto jurídico que obliga a la prestación [es] nulo y no se [ha] convalidado tras ella», en el sentido del artículo 410, apartado 2, *in fine*, del CC. La exigibilidad de los derechos de las partes a la restitución de los beneficios obtenidos sin base legal se asocia a ese momento (artículo 410, apartado 2, del CC). Desde esta perspectiva, esto significaba que el prestatario no podía presumir que la acción del banco había prescrito en un plazo calculado como si el requerimiento de restitución del crédito puesto a disposición ya se hubiera realizado en la fecha en que dicho crédito se desembolsó (artículo 120, apartado 1, segunda frase, del CC). Como principal argumento en contra de la posibilidad de computar el plazo de prescripción de la acción del banco desde la fecha en que el capital fue puesto a disposición del prestatario se arguyó el carácter asimétrico de la sanción de que se trataba, reservada a favor del consumidor. Por lo tanto, aunque un contrato nulo como consecuencia de la ineficacia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato está viciado *ab initio*, según la referida resolución del SN, no podía admitirse una interpretación del artículo 120, apartado 1, del CC que llevara a concluir que el derecho de crédito del profesional había prescrito antes de que este hubiera tenido la posibilidad legal de exigirlo. Así pues, el cómputo del plazo de prescripción de la acción del banco se vinculó al momento en que este tuvo conocimiento de la voluntad definitiva y consciente del consumidor de negarse a la subsanación de las cláusulas abusivas contenidas en el contrato, lo que daba lugar a la anulación del contrato *ex tunc*. Este concepto de ineficacia condicionada, basada en el requisito consistente en recibir una declaración del consumidor aceptando las consecuencias de la nulidad del contrato, fue cuestionada por el Tribunal de Justicia en su sentencia de 7 de diciembre de

2023,⁷ en la que dicho Tribunal declaró que la posibilidad que se reserva al consumidor de oponerse a la aplicación de la Directiva 93/13 no puede entenderse en el sentido de que le impone la obligación positiva de invocar las disposiciones de la Directiva mediante una declaración formalizada presentada ante un órgano jurisdiccional. En efecto, esta posibilidad supone únicamente la facultad que se concede al consumidor, tras haber sido informado al respecto por el juez nacional, de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de una cláusula contractual. El Tribunal de Justicia rechazó además el concepto de ineficacia condicionada en su sentencia de 14 de diciembre de 2023, C-28/22, TL, WE/Administrador concursal de Getin Noble Bank SA, apartados 59 a 75, en la que declaró que la interpretación del Derecho polaco adoptada por el SN en su resolución de 7 de mayo de 2021 (III CZP. 6/21) conduce a una asimetría de los cauces legales, que puede incitar al profesional, tras una reclamación extrajudicial del consumidor, a permanecer inactivo o a dilatar la fase extrajudicial prolongando las negociaciones, a fin de que expire el plazo de prescripción de los créditos del consumidor, teniendo en cuenta que, por una parte, el plazo previsto para sus propios créditos solo comenzaría a correr a partir de la fecha en la que un órgano jurisdiccional declarase la inoponibilidad definitiva del contrato de préstamo hipotecario en cuestión y que, por otra parte, la duración de la fase extrajudicial no afectaría a los intereses adeudados al consumidor. Por tanto, tal asimetría podría, en primer lugar, vulnerar el principio de efectividad y, en segundo lugar, según el Tribunal de Justicia, desvirtuar el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esta misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores. En consecuencia, los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, leídos a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual, a raíz de la anulación de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional, debido a que contenga cláusulas abusivas, el plazo de prescripción de los créditos del profesional derivados de la nulidad del contrato comienza a correr únicamente a partir de la fecha en la que el contrato deviene definitivamente inoponible, mientras que el plazo de prescripción de los créditos del consumidor derivados de la nulidad del mismo contrato comienza a correr a partir de la fecha en la que este haya tenido conocimiento, o razonablemente habría debido tener conocimiento, del carácter abusivo de la cláusula que da lugar a tal nulidad.

- 12 Habida cuenta de la declaración de inadmisibilidad por parte del Tribunal de Justicia de la adopción de una solución asimétrica en detrimento del consumidor, resulta pertinente la cuestión del inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución del banco. En su sentencia de 16 de marzo de 2023, C-6/22, apartado 30, el Tribunal de Justicia se pronunció explícitamente en contra de un reparto igual de las pérdidas entre las partes que podría obstaculizar el efecto disuasorio

⁷ Véase la sentencia C-140/22, SM, KM/mBank S.A., apartados 56 a 61.

de la aplicación de las cláusulas abusivas frente a los consumidores. Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia ha cuestionado la posibilidad de que el profesional reclame cantidades distintas del capital desembolsado en virtud del contrato.⁸ Por lo tanto, puede afirmarse que el reembolso del capital es una obligación incuestionable del consumidor que no se opone a la finalidad de restablecer la situación en la que el consumidor habría estado de no existir la cláusula abusiva.

- 13 No obstante, la naturaleza de la protección del consumidor, que se concede de oficio y dura incondicionalmente desde la celebración del contrato, debe conciliarse con la necesidad de permitir al consumidor renunciar a ella. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁹ se desprende que la inclusión de cláusulas ilícitas en un contrato no puede castigarse con la sanción de ineficacia condicionada en el sentido expuesto por el SN en su resolución de 7 de mayo de 2021 (III CZP. 6/21), en la cual uno de los elementos era la voluntad expresa o tácita del consumidor de ampararse en ella dentro de un plazo determinado, lo que constituía una especie de línea de demarcación entre el estado de suspensión de la eficacia del contrato y la ineficacia retroactiva de este. Tras la «supresión» de dicha línea por el Tribunal de Justicia, actualmente, para efectuar una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, debe interpretarse que dicha protección dura desde el principio hasta que el consumidor renuncia a ella, renuncia que se aproxima a la nulidad absoluta del contrato. Se plantea así la cuestión de cuándo se inicia el plazo de prescripción de la acción de restitución del banco. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no determina claramente cuándo empieza a correr el plazo de prescripción de la acción del profesional. Se trata de garantizar que dicho plazo no interfiera en el ejercicio de los derechos conferidos al consumidor por la Directiva 93/13 y, en consecuencia, que no vulnere el principio de efectividad, en relación con los principios de seguridad jurídica y de proporcionalidad, es decir, que las consecuencias sean proporcionadas a la gravedad real de las imputaciones formuladas contra el banco.
- 14 En el caso de las obligaciones sin plazo definido, que incluyen la obligación de restituir una prestación indebida, el momento de la exigibilidad depende del requerimiento de cumplimiento hecho al deudor (artículo 455 del CC) y determina la posibilidad de cobrar intereses (artículo 481 del CC); sin embargo, el primer momento de exigibilidad es el que determina el inicio del cómputo del plazo de prescripción de la acción (artículo 120, apartado 1, segunda frase, del CC). Por lo tanto, se supone que el cómputo del plazo de prescripción de un crédito resultante de una prestación indebida realizada en ejecución de un acto jurídico absolutamente nulo comienza a correr a partir del día en que el derechohabiente pudo, en la primera fecha posible, requerir al obligado al pago, con independencia

⁸ Véanse la sentencia de 15 de junio de 2023, C-520/21, Arkadiusz Szczęśniak/Bank M. SA, y los autos de 11 de diciembre de 2023, C-756/22, y de 12 de enero de 2024, C-488/23.

⁹ Véanse las sentencias de 7 de diciembre de 2023, C-140/22, SM, KM/mBank S. A., y de 14 de diciembre de 2023, C-28/22, TL, EC/ Administrador concursal de Getin Noble Bank SA, apartados 59 a 75.

del momento en que el acreedor tuvo conocimiento de que la prestación era indebida o del momento en que efectivamente requirió al deudor para que devolviera la prestación indebida.¹⁰

- 15 En el contexto de la sanción resultante de la inclusión de cláusulas ilícitas en un contrato, a falta de transposición al Derecho polaco de la norma contenida en el artículo 6 de la Directiva 93/13, no está clara cuál es la base jurídica para anular un contrato que contenga ese tipo de cláusulas. Existen dudas sobre la posibilidad de determinar el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución del profesional de forma análoga al caso de nulidad absoluta del contrato sin el elemento relativo a la necesidad de tener en cuenta la voluntad del consumidor y la posibilidad de este de subsanar las cláusulas ilícitas, lo que permite mantener el contrato y garantiza en gran medida los intereses del consumidor. La equiparación de estas sanciones no sería conforme con los objetivos de la Directiva 93/13, aunque produciría un efecto a favor del consumidor, a saber, la prescripción de la acción del profesional, el cual, de incumplir las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho de la Unión, haría recaer sobre sí mismo el riesgo de prescripción de la acción. Otra posible solución consiste en vincular el cómputo del plazo de prescripción de la acción del banco a la posibilidad objetiva de que este tenga conocimiento del carácter abusivo de las cláusulas contractuales o del posible efecto de estas en forma de anulación del contrato. Esta solución refleja la interpretación desarrollada en el Derecho de la Unión en relación con el inicio del plazo de prescripción de la acción de restitución del consumidor. Ello supondría desvincular el cómputo del plazo de prescripción de la acción del banco de la posición del consumidor individual, con el riesgo potencial de que este no renuncie a la protección, derivado de circunstancias tales como la inscripción en el registro [de cláusulas ilícitas] de una cláusula utilizada en contratos tipo (hecho invocado por [AC] en su escrito de demanda) o el pronunciamiento por el Tribunal de Justicia de la sentencia anteriormente citada recaída en el asunto C-260/18, Dziubak, que puso de manifiesto la dudosa probabilidad de que un contrato de préstamo indexado celebrado en Polonia pudiera subsistir tras eliminarse de este las cláusulas ilícitas. Esta solución puede apoyarse en la postura del Tribunal de Justicia expresada en su sentencia de 21 de septiembre de 2023, C-139/22, AM, PM/MBank SA, apartado 46, en la que se declaró que las disposiciones de la Directiva 93/13 no se oponen a que las autoridades nacionales competentes consideren abusiva una cláusula contractual no negociada individualmente por el mero hecho de que el contenido de esta sea equivalente al de una cláusula de un contrato tipo inscrita en el registro nacional de cláusulas ilícitas. El Tribunal de Justicia introdujo, por tanto, la posibilidad de exclusión del tráfico jurídico de una cláusula sujeta a un control abstracto negativo del contrato tipo y de cada relación individual. El Tribunal de Justicia, desarrollando esta postura,¹¹ ha declarado que dicho efecto atañe también a los profesionales que no

¹⁰ Véanse las sentencias del SN de 29 de abril de 2009, II CSK 625/08, y de 16 de diciembre de 2014, III CSK 36/14.

¹¹ Véase la sentencia de 18 de enero de 2024, C-531/22, apartado 78.

sean aquellos contra los que se incoó el procedimiento de inscripción de la cláusula en el registro nacional y se produce asimismo cuando la cláusula no presente un tenor idéntico al de la cláusula inscrita, pero tenga el mismo alcance y produzca los mismos efectos para el consumidor afectado. La gran amplitud de los efectos del control abstracto de un contrato tipo puede llevar a concluir que, desde el momento de ese control, el profesional es consciente en cada relación individual de su deslealtad en la contratación, lo que debería dar lugar entonces al inicio del plazo de prescripción de sus acciones que puedan derivarse del carácter ilícito confirmado del contrato tipo. Sin embargo, este enfoque, al igual que el anterior, no tiene en cuenta la posibilidad de que el consumidor individual renuncie a la protección.

- 16 Por consiguiente, el Sąd Apelacyjny se muestra favorable a la posición que prevalece en virtud de la resolución de 7 de mayo de 2021 (III CZP. 6/21), pero con una corrección derivada de la citada sentencia en el asunto C-28/22 (apartados 66 a 75), consistente en la retroacción simétrica del momento a partir del cual debe computarse el plazo de prescripción de la acción del banco al momento en que se notifique a este un requerimiento de pago u otro escrito, incluida una demanda, en que se exprese la voluntad de ejercer la protección del consumidor. En efecto, el consumidor tiene derecho a hacer valer los derechos que le confiere la Directiva 93/13, tanto ante los tribunales como extrajudicialmente, para poder subsanar, en su caso, el carácter abusivo de una cláusula modificándola contractualmente (véase la sentencia de 29 de abril de 2021, Bank BPH, C-19/20, apartado 49), y este derecho no está limitado por el Derecho nacional. Esta solución permite tener en cuenta la especificidad de la protección de los consumidores, cuando es el consumidor quien decide recurrir a ella. Mientras no sea así, el hecho de que el profesional no haga valer sus derechos al amparo de esta protección no debería acarrearle consecuencias negativas en una situación en que el consumidor cumpla el contrato y el banco esté obligado a ejecutarlo. En efecto, esta protección se basa en la presunción de que la anulación del contrato es desventajosa para el consumidor y él es quien decide aceptarla o no y, en caso afirmativo, los efectos de la anulación del contrato deben distribuirse simétricamente por lo que respecta a la posibilidad de exigir los créditos pendientes entre ambas partes del contrato y al transcurso del plazo de prescripción. En la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de junio de 2023, C-520/21, Arkadiusz Szczęśniak/Bank M., apartados 73 y 74, se declaró que incluso la mera posibilidad de que un consumidor reclame intereses legales de demora está sujeta al respeto del principio de proporcionalidad.
- 17 No obstante, se plantea la cuestión de la compatibilidad de los efectos, así entendidos, de la eliminación de las cláusulas contractuales ilícitas con la naturaleza de la protección de los consumidores, que se inicia desde la celebración del contrato y se concede de oficio sin que el consumidor tenga que invocarla, y con el hecho de que previamente se haya inscrito en un registro [nacional] una cláusula contractual ilícita con las consecuencias antes descritas. Habida cuenta de que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia expuesta se desprende que no es necesario que el consumidor actúe para que se le conceda la protección, sino solo

que no se subsanen las cláusulas contractuales ilícitas, se plantea la cuestión de si el hecho de supeditar el inicio del plazo de prescripción de la acción del banco a tal actuación es compatible con la protección.

- 18 Otra cuestión que debe resolverse si se acepta la prescripción de la acción del banco es la compatibilidad con el Derecho de la Unión de una interpretación legal que permita no tener en cuenta dicha circunstancia por razones de equidad. En efecto, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su considerando vigésimo cuarto, a establecer medios apropiados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Tales medios deben ejercer un efecto disuasorio frente a los profesionales.¹² Por lo tanto, la cuestión fundamental es si resulta compatible con dicho efecto considerar justificada la falta de ejercicio de una acción por parte de un profesional. En efecto, el profesional podría retrasar la reclamación de sus derechos, a sabiendas de que existen, e invocar posteriormente principios de equidad relativos a la pasividad del consumidor o a la incertidumbre de la protección conferida al consumidor y de los efectos de esta.
- 19 No obstante, la ponderación de los intereses de ambas partes, dentro de los límites de la protección que estas tienen conferida y manteniendo una relación adecuada entre ellos, puede llevar a la conclusión de que el interés legítimo del consumidor puede y debe tenerse en cuenta, pero solo hasta el límite de colisión con el interés legítimo tutelado del profesional. La negativa a tener en cuenta la expiración del plazo de prescripción debe ser el resultado de que el tribunal observe, como en el presente asunto, características particulares de la situación de hecho que tornen obsoleta en dicha situación la aprobación genérica del plazo de prescripción de las acciones hecha por el legislador. También es significativa la desproporción entre la duración del plazo de prescripción de las acciones de restitución del consumidor y las del banco, originadas en la misma relación jurídica. Este extremo ha sido reconocido asimismo por el legislador, como se desprende del tenor del actual artículo 117¹, apartado 2, del CC. No cabe duda de que la protección del consumidor frente a los plazos de prescripción y caducidad tiene sus límites y no debe conducir a un desequilibrio a favor del consumidor que fomente los abusos.¹³ Habida cuenta de que los consumidores pueden ejercitar acciones basadas en el concepto de enriquecimiento injusto siempre que concurren los requisitos que establece el Derecho polaco para que prospere una acción de esa índole y de que los órganos jurisdiccionales nacionales también pueden ejercer su competencia para desestimar tales acciones cuando constituyan un abuso de derecho (véanse las conclusiones del Abogado General presentadas el 16 de febrero de 2023 en el asunto C-520/21, apartado 51), también debería admitirse la

¹² Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartado 28.

¹³ Véanse las conclusiones de la Abogada General presentadas el 14 de noviembre de 2019 en los asuntos C-616/18, Cofidis SA/YU, ZT, y C-679/18, OPR-Finance/GK, apartado 74).

posibilidad de desestimar la excepción de prescripción de una acción ejercitada contra un consumidor por los mismos motivos.

- 20 También hay que tener en cuenta que, si bien el banco pudo ser consciente de la abusividad de las cláusulas contractuales que fueron inscritas en el registro desde las primeras resoluciones al respecto, pudo no serlo de sus consecuencias, ya que, en aquel entonces, aún no había comenzado a surgir jurisprudencia sobre las consecuencias de dicha abusividad para la existencia legal del contrato, y las conclusiones que se extraían del carácter abusivo tenían una configuración distinta a la actual, de modo que la postura de que el contrato podía subsistir prevaleció (véanse las sentencias del SN de 4 de abril de 2019, III CSK 159/17, y de 9 de mayo de 2019, I CSK 242/18) hasta la citada sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-260/18, apartado 44, que, sin embargo, no ha logrado impedir una jurisprudencia nacional contradictoria (véanse las sentencias del SN de 19 de septiembre de 2023, II CSKP. 1627/22, II CSKP. 1110/22 y II CSKP. 1627/22). También la citada resolución del SN en formación de siete jueces de 7 de mayo de 2021 (III CZP. 6/21), con fuerza de principio jurídico, podría haber vuelto a hacer creer a los bancos, hasta las sentencias del Tribunal de Justicia de diciembre, que el plazo de prescripción de sus acciones no empezaba a correr hasta la recepción de una declaración del consumidor aceptando las consecuencias de la nulidad del contrato. Sin embargo, es difícil exigir a un banco que anticipe el sentido de la evolución de la jurisprudencia. Por consiguiente, la aplicación del artículo 5 del CC puede llevar a la conclusión de que no está justificado cargar a un profesional con las consecuencias negativas que puede acarrear una acción ejercitada para garantizar un derecho de restitución del capital mediante la propuesta de una excepción de retención una vez expirado el plazo de prescripción de dicho derecho. El banco sufre sanciones suficientes en forma de privación de intereses, de comisiones y de otros ingresos derivados del contrato de préstamo, con lo que se consigue un objetivo disuasorio.