

Asunto C-139/22**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:**

25 de febrero de 2022

Órgano jurisdiccional remitente:Sąd Rejonowy dla Warszawy — Śródmieścia w Warszawie
(Tribunal de Distrito de Varsovia-Śródmieście, Polonia)**Fecha de la resolución de remisión:**

18 de enero de 2022

Parte demandante:

AM

PM

Parte demandada:

mBank S.A.

Objeto del procedimiento principal

Cláusulas abusivas — Nulidad del contrato — Obligación de informar sobre las características esenciales del contrato y los riesgos — Reclamación de una cantidad dineraria en concepto de devolución de una prestación indebida en relación con la nulidad de un contrato de préstamo hipotecario.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación del Derecho de la Unión, especialmente de los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, 7, apartados 1 y 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, así como del principio de efectividad; artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

1. ¿Deben interpretarse los artículos 3, apartado 1, 7, apartados 1 y 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como el principio de efectividad, en el sentido de que, para considerar que es abusiva una cláusula de un contrato no negociada individualmente, basta constatar que el tenor de dicha cláusula se corresponde con el tenor de una cláusula de las condiciones generales de un contrato inscrita en el registro de cláusulas abusivas?
2. ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en el sentido de que se opone a una interpretación judicial de las disposiciones nacionales con arreglo a la cual la cláusula abusiva pierde su carácter abusivo si el consumidor puede decidir que cumplirá sus obligaciones resultantes del contrato sobre la base de una cláusula distinta del contrato, que sea lícita?
3. ¿Deben interpretarse los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en el sentido de que el profesional está obligado a informar a todo consumidor sobre las características esenciales y los riesgos inherentes a un contrato, incluso cuando el consumidor de que se trate disponga de un conocimiento adecuado en esa materia?
4. ¿Deben interpretarse los artículos 3, apartado 1, 6 [...] 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, en el sentido de que, en caso de que se concluya un mismo contrato entre varios consumidores y un solo profesional, puede considerarse que unas mismas cláusulas resultan abusivas respecto de un consumidor y lícitas para otro y, de ser así, se desprende de ello que el contrato será nulo respecto del primer consumidor y válido para el segundo consumidor, siéndole exigibles a este último todas las obligaciones resultantes del mismo?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO 2016, C 202, p. 1): artículo 169, apartado 1.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 2016, C 202, p. 391): 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 — edición especial en polaco: capítulo 15, tomo 2, p. 288; en lo sucesivo, «Directiva

93/13»): considerandos cuarto, vigesimoprimer y vigesimocuarto; artículos 3, apartados 1 y 2, 4, apartados 1 y 2, 5, 6, apartado 1, 7, apartados 1 y 2, y 8.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 (Constitución de la República de Polonia, de 2 de abril de 1997).

Los poderes públicos protegerán a los consumidores, usuarios y arrendatarios frente a actividades que pongan en riesgo su salud, intimidad y seguridad, así como frente a prácticas comerciales desleales. El alcance de tal protección se determinará mediante ley (artículo 76).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 Kodeks cywilny [Ley, de 23 de abril de 1964, por la que se aprueba el Código Civil (Dz.U. n.º 16, posición 93, en su versión modificada, en lo sucesivo, «CC»)].

Se considerará consumidor a la persona física que celebre con un profesional un negocio jurídico que no esté directamente vinculado a su actividad económica o profesional (artículo 22¹).

Se considerará profesional a la persona física, a la persona jurídica y al organismo mencionado en el artículo 33¹, apartado 1, que desarrolle una actividad económica o profesional en su propio nombre (artículo 43¹).

Será nulo y sin valor ni efecto alguno un negocio jurídico contrario a la ley o que pretenda eludir la ley, a menos que una disposición pertinente disponga otra cosa, en particular, que prevea que las disposiciones nulas del negocio jurídico sean sustituidas por las disposiciones pertinentes de la ley (artículo 58, apartado 1).

Será nulo un negocio jurídico contrario a las normas de convivencia social (artículo 58, apartado 2).

Cuando solo una parte del negocio jurídico esté viciada de nulidad, las demás partes del negocio mantendrán su vigencia, a menos que de las circunstancias se desprenda que el negocio no se habría acordado de no haber existido las disposiciones viciadas de nulidad (artículo 58, apartado 3).

Las cláusulas de un contrato celebrado con consumidores que no hayan sido negociadas individualmente no vincularán al consumidor cuando establezcan los derechos y obligaciones de este de forma contraria a las buenas costumbres y atenten manifiestamente contra sus intereses (cláusulas ilícitas). Esta disposición no afectará a las cláusulas que determinen las obligaciones principales de las partes, en particular lo relativo al precio o a la remuneración, cuando hayan sido formuladas de forma inequívoca (artículo 385¹, apartado 1).

En caso de que 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 consumidores que no se hayan negociado individualmente aquellas sobre cuyo contenido el consumidor no haya podido tener una influencia real. Esto incluye en particular las cláusulas contractuales retomadas de un modelo de contrato propuesto al consumidor por el otro contratante (artículo 385¹, apartado 3).

La compatibilidad de las cláusulas de un contrato con las buenas costumbres se apreciará a la vista de la situación en el momento de la celebración del contrato, teniendo en cuenta su contenido, las circunstancias que concurren durante su celebración y los demás contratos relacionados con el contrato en el que figuren las disposiciones que se examinan (artículo 385²).

Quien sin título jurídico haya obtenido un beneficio patrimonial a expensas de otra persona deberá restituir el beneficio en especie y, 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 o no estuviera obligado frente a la persona beneficiaria de la prestación, cuando la causa de la prestación haya decaído o no se haya alcanzado el fin pretendido con esta o cuando el negocio jurídico que obliga a la prestación sea nulo y no se haya subsanado tal nulidad una vez ejecutada dicha prestación (artículo 410, apartado 2).

Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego [Ley, de 17 de noviembre de 1964, por la que se aprueba el Código de Procedimiento Civil, (Dz.U. n.º 43, posición 296, en su versión modificada)] — libro primero, título VII, sección IVb — en la redacción vigente hasta el 16 de abril de 2016.

Los litigios para la declaración de la ilicitud de las cláusulas de un modelo de contrato corresponden al Sąd Okręgowy w Warszawie — sąd ochrony konkurencji i konsumentów [Tribunal Regional de Varsovia — Tribunal de Protección de la Competencia y de los consumidores (artículo 479³⁶ del Código de Procedimiento Civil)].

Si se estima la demanda, el tribunal reproducirá, en el fallo de su sentencia, el contenido de las cláusulas de las condiciones generales declaradas ilícitas y prohibirá su utilización (artículo 479⁴² del Código de Procedimiento Civil, apartado 1).

La sentencia firme producirá efectos frente a terceros a partir de la inclusión de la cláusula de las condiciones generales declarada ilícita en el registro mencionado en el artículo 479⁴⁵, apartado 2 (artículo 479⁴³ del Código de Procedimiento Civil).

El Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Presidente de la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores, Polonia) llevará el registro de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas, que se basará en las sentencias a que se refiere el apartado 1 (artículo 479⁴⁵ del Código de Procedimiento Civil, apartado 2).

Ustawa z dnia 5 sierpnia 2015 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz niektórych innych ustaw [Ley, de 5 de agosto de 2015, de modificación de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores, así como de otras leyes (Dz.U. posición 1634)] — que entró en vigor el 17 de abril de 2016: artículos 2, punto 2, 8, apartado 1, 9 y 12.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

El 7 de octubre de 2009 los demandantes-prestatarios, actuando como consumidores, celebraron con el banco un contrato de préstamo hipotecario, indexado al tipo de cambio del franco suizo [CHF] y sujeto a un tipo de interés variable (cláusula § 9, apartado 1). Con arreglo a ese contrato, el banco demandado les concedió un préstamo por importe de 246 500 eslotis polacos [PLN]. El importe expresado en CHF tenía carácter informativo y no constituía una obligación del banco. La cuantía del préstamo expresado en divisa extranjera en la fecha de disposición del préstamo podía ser distinta de la indicada. Además, el contrato preveía que las cuotas de principal e intereses se reembolsarían en PLN tras su conversión según el tipo de cambio de compra de CHF que figurase en la tabla de tipos de cambio del banco vigente en la fecha del reembolso (cláusula § 10, apartado 4). El Reglamento de concesión de préstamos y préstamos hipotecarios a personas físicas constituía una parte integrante del contrato. Los prestatarios declararon que habían tenido conocimiento del citado documento y que reconocían su carácter vinculante (§ 25, apartado 1). Los prestatarios declararon que habían sido informados detalladamente sobre los requisitos para la concesión de un préstamo en PLN indexado a una divisa extranjera, especialmente sobre las reglas relativas al reembolso del préstamo, aceptándolas completamente. Los prestatarios eran conscientes de que el préstamo indexado entrañaba un riesgo de tipo de cambio y un riesgo de cambio en el diferencial de divisas, y de que sus consecuencias, resultantes de las oscilaciones desfavorables del tipo de cambio del esloti respecto de las divisas extranjeras, pueden repercutir en el importe de las cuotas del préstamo y en el incremento de los gastos de gestión del préstamo (§ 30, apartado 2). El Reglamento de concesión de préstamos y préstamos hipotecarios vigente en la fecha de la celebración del contrato disponía, entre otras cuestiones, que los tipos de cambio de compra/venta de divisas, publicados en la tabla de tipos de cambio del banco, se aplican a la disposición / al reembolso / a la conversión de créditos y préstamos indexados. El nivel de los tipos de cambio de

compra/venta de divisas vigentes puede variar en un día laborable determinado. La decisión sobre el cambio de los niveles de los tipos de cambio y también sobre la frecuencia del cambio es adoptada de forma autónoma por el banco. El importe de cada cuota de intereses o de principal e intereses de un préstamo indexado a una divisa extranjera se determina en dicha divisa, pero su reembolso se realiza en eslotis, tras su conversión según el tipo de cambio de compra de la divisa en cuestión, con arreglo a la tabla de tipos de cambio del banco vigente en la fecha del reembolso. El importe de las cuotas de intereses y de principal e intereses de un préstamo indexado, expresado en eslotis, está sujeto a modificación cada mes, según el tipo de cambio de venta de la divisa extranjera, con arreglo a la tabla de tipos de cambio del banco vigente en la fecha del reembolso. El Reglamento también definía el diferencial de las divisas.

En el momento en que presentó la solicitud de préstamo, la demandante llevaba 3,5 años empleada en el banco demandado y disponía de educación superior y un posgrado en economía. Un trabajador del banco presentó a la demandante un gráfico histórico del tipo de cambio CHF/PLN correspondiente al periodo de los tres años anteriores a la presentación de la solicitud de préstamo, así como una simulación que reflejaba el importe de la deuda contraída y de las cuotas del préstamo en caso de que se incrementara el tipo de cambio CHF/PLN en el futuro. Pese al miedo a las consecuencias del incremento del tipo de cambio CHF/PLN, la demandante optó por el préstamo vinculado al CHF. El demandante no participó en el proceso crediticio, ni en las reuniones con los trabajadores del banco — firmando únicamente la solicitud de préstamo y el contrato. Ambos demandantes fueron informados por el órgano jurisdiccional remitente de los efectos de la nulidad del contrato de préstamo y declararon que comprendían y aceptaban las consecuencias de la nulidad del contrato de préstamo.

En 2014, el Prezes Urzędu Konkurencji i Konsumentów (en lo sucesivo, «UOKiK») inscribió en el registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas la siguiente cláusula de las condiciones generales aplicadas por mBank S. A.: «las cuotas del principal e intereses y las cuotas de intereses se reembolsarían en eslotis tras su conversión según el tipo de cambio de venta de CHF que figure en la tabla de tipos de cambio de BRE Bank S. A. vigente en la fecha del reembolso a las 14:50» (cláusula n.º 5743). El título para dicha inscripción era una sentencia del Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (en lo sucesivo, «SOKiK»).

En 2021, el Presidente del UOKiK inscribió en el registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas las siguientes cláusulas de las condiciones generales de los contratos utilizados por mBank SA: «El nivel de los tipos de cambio de compra/venta de divisas, vigente en el día laborable de que se trate puede variar. La decisión sobre la modificación de los tipos de cambio y sobre la frecuencia del cambio es adoptada por el Banco tomando en consideración los factores enunciados en el apartado 6» (cláusula número 7771); «Los tipos de cambio de compra/venta de divisas, así como el importe del diferencial de divisas se determinan tomando en consideración los siguientes

factores: 1) las cotizaciones corrientes de los tipos de cambio de divisas en el mercado interbancario; 2) la oferta y la demanda de divisas en el mercado nacional; 3) la diferencia de tipos porcentuales y tasas de inflación en el mercado nacional; 4) la liquidez en el mercado de divisas; 5) la balanza de pagos y comercial.»; «El nivel de los tipos de cambio de compra/venta de divisas, vigente en el día laborable de que se trate puede variar. La decisión sobre la modificación del nivel de los tipos de cambio y sobre la frecuencia del cambio es adoptada por el Banco tomando en consideración los factores enunciados en el apartado 4»; «Los tipos de cambio de compra/venta de divisas, así como el importe del diferencial de divisas se determinan tomando en consideración los siguientes factores: 1) las cotizaciones corrientes de los tipos de cambio de divisas en el mercado interbancario; 2) la oferta y la demanda de divisas en el mercado nacional; 3) la diferencia de tipos porcentuales y tasas de inflación en el mercado nacional; 4) la liquidez en el mercado de divisas; 5) la balanza de pagos y comercial». El título para esas inscripciones era una sentencia del SOKiK.

Los demandantes en el presente litigio solicitan que se condene al demandado al pago a su favor de un importe de 37 439,70 PLN más intereses legales moratorios en concepto de cuotas de principal e intereses cobradas indebidamente a los demandantes por el demandado por un importe superior al debido. Asimismo, para el caso de que el órgano jurisdiccional declare que el contrato es nulo, solicitaron que se condene al demandado al pago a su favor del importe de 74 768,63 PLN más intereses legales moratorios en concepto de fondos indebidamente cobrados a los demandantes por el demandado y que declare que el contrato es nulo.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

El demandado reiteró, a lo largo de todo el procedimiento, que el contrato de préstamo no es nulo, ni contiene cláusulas abusivas.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 1 El presente litigio se distingue por el hecho de que versa sobre un contrato redactado por el banco demandado en 2009, momento en el que se modificaron sustancialmente las cláusulas contractuales utilizadas por el banco, siendo más precisas que las cláusulas anteriormente vigentes, que fueron declaradas nulas. Además, en la fecha de celebración del contrato la demandante reunía unas características especiales. La posibilidad de declarar que las cláusulas del contrato y del reglamento relativas a la imposición a los prestatarios del riesgo del tipo de cambio que autorizan al banco a configurar discrecionalmente el nivel de los tipos de cambio de las divisas y del diferencial constituyen cláusulas abusivas, depende, por tanto, de si «pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.

- 2 La **primera cuestión prejudicial** consiste en determinar si la propia declaración de que un contrato celebrado con consumidores (como los demandantes) contiene una cláusula cuyo contenido coincide con una cláusula inscrita en el registro de cláusulas ilícitas es suficiente para calificar la cláusula de ilícita, sin que sea necesario examinar y determinar las circunstancias en las que se celebró un contrato dado (la cláusula § 10, apartado 4, del contrato de préstamo y la cláusula § 2, apartado 2, del Reglamento de concesión de préstamos y préstamos hipotecarios tienen un contenido idéntico —respectivamente— a la cláusula inscrita en el registro de cláusulas ilícitas con el n.º 5743 y a la cláusula inscrita con los n.ºs 7771 y 7772. A su vez, la cláusula § 2, apartado 4, del citado Reglamento tiene el mismo contenido que las cláusulas inscritas en el registro con los n.ºs 7772 y 7775). El banco demandado fue también la parte demandada en los procedimientos en los que se dictaron las sentencias firmes que sirvieron de título para las anteriores inscripciones en el registro de cláusulas ilícitas. Dado que las cláusulas contractuales anteriormente mencionadas formaban parte integrante de las condiciones generales de contratos, fueron presentadas al consumidor en forma de un contrato tipo redactado previamente y, por consiguiente, sin haber sido negociadas individualmente en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. En particular, ello afecta a las cláusulas del reglamento, que, por naturaleza, es de carácter general y no permite negociar individualmente su contenido.
- 3 Ante la falta de solución a esta cuestión en el Derecho nacional, resulta necesario abordar el problema desde la perspectiva del Derecho de la Unión. El órgano jurisdiccional remitente señala la efectividad ampliada de la firmeza de los efectos de las sentencias del SOKiK (y como consecuencia de ella, las inscripciones en el registro de cláusulas ilícitas) y subraya que, por lo general, los órganos jurisdiccionales nacionales toman en consideración las posturas del Tribunal de Justicia y del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia), si bien, pese a ello, existen discrepancias sobre la forma de interpretar los efectos de la [efectividad] ampliada. El órgano jurisdiccional remitente cita, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia dictada en el asunto *Invitel*,¹ en la cual se declaró que «el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto, implican que puedan ejercitarse aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados [...]. Una aplicación efectiva de dicho objetivo requiere [...] que las cláusulas de las CG de los contratos celebrados con consumidores que sean declaradas abusivas en el marco de una acción de cesación ejercitada contra el profesional de que se trate, como la que es objeto del litigio principal, no vinculen ni a los consumidores que sean parte en el procedimiento de cesación ni a aquellos que hayan celebrado con ese profesional un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG. En el litigio principal, la normativa nacional preceptúa que la declaración de nulidad, por un órgano jurisdiccional, de una

¹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 2012, C-472/10, *Invitel*, apartados 37 a 40, 43 y 44.

cláusula abusiva que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores se aplicará a cualquier consumidor que haya contratado con el profesional que aplique dicha cláusula. Según se desprende de los elementos que obran en los autos del litigio principal, este se refiere al uso por el profesional de que se trata de las condiciones generales que incluyen la cláusula controvertida en contratos celebrados con diversos consumidores. En este sentido, debe observarse, [...] que una normativa nacional como la contemplada en el presente apartado cumple las exigencias del artículo 6, apartado 1, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva. En efecto, la aplicación de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado, con el profesional de que se trate, un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores, y al mismo tiempo no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales. [...] De ello se desprende que, cuando, en el marco de una acción de cesación como la que es objeto del litigio principal, haya sido declarada abusiva una cláusula que forme parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional para que los consumidores que hayan celebrado un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula. Habida cuenta de estas consideraciones, procede responder a la primera cuestión que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de la misma, debe interpretarse en el sentido de que: — no se opone a que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva que forma parte de las CG de los contratos celebrados con consumidores en el marco de una acción de cesación, contemplada en el artículo 7 de dicha Directiva, ejercitada contra un profesional por motivos de interés público y en nombre de los consumidores, por una entidad designada por el Derecho nacional, surta efectos, de conformidad con dicho Derecho, para cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG, incluso para los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación; — cuando, en el marco de dicho procedimiento, haya sido declarada abusiva una cláusula de las CG, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán aplicar de oficio, también en el futuro, todas las consecuencias previstas por el Derecho nacional, para que los consumidores que hayan celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas CG no resulten vinculados por dicha cláusula.»

- 4 Seguidamente, el órgano jurisdiccional remitente cita la sentencia dictada en el asunto *Biuro Podroży Partner*,² en la cual el Tribunal de Justicia señaló que «los medios desplegados por el Derecho polaco, especialmente el mantenimiento de un registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas, tienen por objeto responder del mejor modo posible a las obligaciones de protección de

² Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, C-119/15, *Biuro Podroży Partner*, apartados 33 a 47.

los consumidores previstas por las Directivas 93/13 y 2009/22. Según la descripción del órgano jurisdiccional remitente, ese registro persigue tres objetivos, con la finalidad de aumentar la efectividad de la prohibición de utilizar cláusulas contractuales abusivas. Primeramente, dicho registro, que es de carácter público y, por tanto, puede ser consultado por cualquier consumidor y por cualquier profesional, pretende paliar la facilidad de difusión y reproducción de cláusulas declaradas ilícitas por parte de profesionales distintos de aquellos que se hallan en el origen de la inscripción de tales cláusulas en el registro de que se trata. A continuación, ese registro contribuye a la transparencia del sistema de protección de los consumidores establecido por el Derecho polaco y, en consecuencia, a la seguridad jurídica que de ello se deriva. Por último, dicho registro refuerza el buen funcionamiento del sistema jurisdiccional nacional, al evitar la multiplicación de procedimientos jurídicos relativos a cláusulas de condiciones generales análogas, utilizadas por esos otros profesionales. En primer lugar, no puede negarse que el establecimiento de un registro de esta índole es compatible con el Derecho de la Unión. En efecto, de las disposiciones de la Directiva 93/13, y en particular del artículo 8 de esta, se desprende que los Estados miembros pueden crear listas que enuncien las cláusulas contractuales consideradas abusivas. En virtud del artículo 8 *bis* de la citada Directiva, en su versión modificada por la Directiva 2011/83, aplicable a los contratos celebrados después del 13 de junio de 2014, los Estados miembros están obligados a informar a la Comisión de la creación de tales listas. De estas disposiciones resulta que esas listas o registros establecidos por órganos nacionales responden, en principio, al interés de proteger a los consumidores en el marco de la Directiva 93/13. En segundo lugar, del artículo 8 de la Directiva 93/13 se desprende que tanto la creación de un registro como el establecido por la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores como la gestión de ese registro han de responder a las exigencias fijadas por esa Directiva y, con carácter más general, por el Derecho de la Unión. A este respecto, cabe precisar que dicho registro debe ser gestionado de manera transparente en interés no solo de los consumidores, sino también de los profesionales. Esta exigencia requiere en particular que se estructure de manera clara, con independencia del número de cláusulas que contenga. Además, las cláusulas incluidas en el registro en cuestión deben responder al criterio de actualidad, lo cual implica que dicho registro se mantenga cuidadosamente al día y que, respetando el principio de seguridad jurídica, las cláusulas que ya no hayan de figurar en él se retiren de este sin demora. Asimismo, conforme al principio de tutela judicial efectiva, el profesional al que se imponga una multa debido a la utilización de una cláusula considerada equivalente a una cláusula incluida en el registro de que se trata debe disponer, en particular, de la posibilidad de recurrir contra esa sanción. Ese derecho a recurrir debe referirse tanto a la apreciación del comportamiento considerado ilícito como al importe de la multa fijado por el órgano nacional competente, en el presente caso, la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores. En lo que atañe a esta apreciación, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia resulta que, según el Derecho polaco, la multa impuesta al profesional se basa en la constatación de que la cláusula controvertida utilizada por este es equivalente a

una cláusula de condiciones generales declarada ilícita e incluida en el registro mantenido por dicha Oficina. A este respecto, el sistema polaco prevé que el profesional tiene derecho a impugnar esta equivalencia ante un órgano jurisdiccional especializado, a saber, el Sąd Okręgowy v Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunal Regional de Varsovia — Tribunal de Protección de la Competencia y de los Consumidores). Este órgano jurisdiccional tiene la misión específica de controlar las cláusulas de condiciones generales y, por tanto, de preservar la uniformidad de la jurisprudencia en materia de protección de los consumidores. Según la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia, el examen efectuado por el órgano jurisdiccional competente no se limita a una mera comparación formal de las cláusulas examinadas con las que figuran en el registro de que se trata. Por el contrario, al parecer, este examen consiste en apreciar el contenido de las cláusulas controvertidas para determinar si, habida cuenta del conjunto de circunstancias pertinentes propias de cada caso, tales cláusulas son materialmente idénticas, atendiendo en particular a sus efectos, a las inscritas en ese registro. En vista de las consideraciones que preceden, cuya exactitud corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, no cabe sostener que un régimen nacional como el controvertido en el litigio principal vulnera el derecho de defensa del profesional o el principio de tutela judicial efectiva. [...] Si bien, a este respecto, procede señalar que la imposición de una multa debido a la utilización de una cláusula considerada abusiva es indudablemente un medio dirigido a que cese esa utilización, dicho medio debe no obstante respetar el principio de proporcionalidad. Así, los Estados miembros han de garantizar a todo profesional que estime que la multa que se le ha impuesto no responde al mencionado principio general del Derecho de la Unión la posibilidad de interponer un recurso a efectos de impugnar el importe de esa multa. En el litigio principal, incumbe al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el sistema nacional polaco de que se trata concede al profesional al que la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores ha impuesto una multa el derecho a interponer un recurso a efectos de impugnar el importe de esa multa, invocando la vulneración del principio de proporcionalidad. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 de la Directiva 93/13, en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22, y a la luz del artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que la utilización de cláusulas de condiciones generales cuyo contenido sea equivalente al de cláusulas declaradas ilícitas mediante una resolución jurisdiccional firme e inscritas en un registro nacional de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas se considere, en relación con un profesional que no participó en el procedimiento que desembocó en la inscripción de esas cláusulas en dicho registro, como un comportamiento ilícito, a condición, lo cual corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente, de que ese profesional goce de un derecho a la tutela judicial efectiva que le permita recurrir tanto contra la resolución que admita la equivalencia de las cláusulas comparadas en lo que atañe a la cuestión de si, habida cuenta del conjunto de circunstancias pertinentes propias de cada caso, tales cláusulas son materialmente idénticas, atendiendo en particular a sus efectos

en detrimento de los consumidores, como contra la resolución que fije, en su caso, el importe de la multa impuesta.»

- 5 Mediante resolución de 20 de noviembre de 2015, el Sąd Najwyższy declaró que «la extensión unidireccional —para todos— de los efectos de la firmeza material de una sentencia estimatoria de una demanda que pretenda declarar la ilicitud de una cláusula de unas condiciones generales de un contrato responde a la exigencia resultante del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, de que las soluciones adoptadas en el ámbito nacional se apliquen y sean eficaces. Que la citada sentencia resulte aplicable en favor de todos pero despliegue sus efectos frente al profesional concreto demandado es proporcional, puesto que permite mantener el equilibrio entre la necesidad de garantizar la efectividad del control abstracto y la necesidad de respetar el derecho a ser oído como elemento fundamental del derecho a un proceso justo, resultante del derecho de acceso al juez. La protección jurídica otorgada en el marco de este control es eficaz, ya que puede ser invocada frente al profesional demandado por cualquier persona que quiera invocar la ilicitud de la cláusula de las condiciones generales del contrato, utilizada por dicho profesional y que fue cuestionada por el tribunal de defensa de la competencia y de los consumidores.»
- 6 A la vista de lo anterior se pueden diferenciar dos corrientes jurisprudenciales que se excluyen mutuamente. Según la primera, la inscripción en el registro de cláusulas ilícitas supone únicamente que tan solo se consideren ilícitas «automáticamente» las cláusulas de las condiciones generales de un contrato aplicadas por un profesional, si bien no lo serán las cláusulas de los contratos particulares que el profesional en cuestión haya celebrado con consumidores concretos. Por el contrario, la segunda corriente jurisprudencial considera que la inscripción en el registro de cláusulas ilícitas supone que se consideren ilícitas todas las cláusulas contractuales de todos los contratos celebrados por un profesional determinado con todos los consumidores, en la medida en que el contenido de esas cláusulas se corresponda con el contenido de la inscripción en el registro de cláusulas ilícitas. Al examinar cuál de las posturas es compatible con la Directiva 93/13 (o, al menos, cuál de ellas alcanza sus objetivos en mayor grado), el órgano jurisdiccional remitente advierte que los artículos 7, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13, a diferencia de las disposiciones previas de esa Directiva, no son de carácter imperativo. En particular, los Estados miembros no están obligados a adoptar los procedimientos mencionados en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/13 para la declaración de la ilicitud de las condiciones generales de los contratos. Sin embargo, cuando un Estado miembro adopte tales procedimientos, su articulación no puede ser completamente discrecional. En efecto, debería[n] reunir los requisitos exigidos por el resto de las disposiciones de esa Directiva, especialmente el artículo 7, apartado 1, al que se remite expresamente el artículo 7, apartado 2. Es más, el procedimiento para declarar ilícitas las condiciones generales de un contrato y los efectos de la sentencia dictada en dicho procedimiento deberán ajustarse a los principios de efectividad y equivalencia.

- 7 A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente considera que las disposiciones del artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, se ejecutan en mayor grado mediante una interpretación del artículo 479⁴³ del código de procedimiento civil con arreglo a la cual la inscripción de una cláusula de unas condiciones generales de un contrato en el registro de cláusulas ilícitas provoca que todas las cláusulas de los contratos celebrados por un profesional con los consumidores deberán ser consideradas abusivas, sin que sea necesario llevar a cabo un análisis individualizado de si una cláusula concreta es contraria a las exigencias de la buena fe, creando un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones que se derivan del contrato, en detrimento del consumidor. Abogan por ello los siguientes argumentos.
- 8 En primer lugar, la postura expuesta es compatible con el principio de seguridad jurídica y con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, puesto que el consumidor tendrá la certeza de que, en caso de un hipotético procedimiento judicial, se considerará abusiva la cláusula contractual que figura en su contrato con un contenido coincidente con una inscripción en el registro de cláusulas ilícitas. Las reglas de la lógica señalan que en caso de que sea abusiva una cláusula de unas condiciones generales de un contrato con un contenido determinado, será abusiva toda cláusula contractual de un contenido idéntico. Adoptar una postura distinta supondría que la resolución del órgano jurisdiccional sería imprevisible desde el punto de vista del consumidor, de modo que la iniciación por su parte de un procedimiento judicial entrañaría un importante riesgo. Esto podría disuadir a muchos consumidores de ejercitar sus derechos, pese a que estos queden amparados en las disposiciones de la Directiva 93/13. En segundo lugar, esa interpretación de la Directiva 93/13 viene exigida por las circunstancias reales de los procedimientos civiles tramitados ante los tribunales polacos en los que intervienen consumidores exigen, mientras que una interpretación diferente podría provocar que no pueda garantizarse la tutela efectiva de los consumidores. En consecuencia, se infringiría el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Por otra parte, la declaración de que la inscripción en el registro de cláusulas ilícitas tiene la fuerza jurídica ampliada que supone la declaración del carácter abusivo de todas las cláusulas contractuales de contenido idéntico es compatible con la disposición que se acaba de citar y con el principio de efectividad, lo que permite que el órgano jurisdiccional nacional restrinja el procedimiento probatorio al examen del contenido de los documentos. La tarea del órgano jurisdiccional consistirá únicamente en apreciar si el prestatario era consumidor y si las cláusulas contractuales habían sido negociadas individualmente. Asimismo, sin embargo, el hecho de que la cláusula contractual tenga un contenido idéntico al de una condición general de un contrato supone que fue redactada previamente y que, por ello, el consumidor no ha podido influir en su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión — no siendo en absoluto posible la negociación individual (artículo 3, apartado 2, de la Directiva 93/13). Este proceder convierte la función del órgano jurisdiccional principalmente en una apreciación de los efectos de la inclusión de cláusulas abusivas en el contrato y permite una tramitación ágil de los procedimientos iniciados por los consumidores, aplicando por ello el principio de efectividad. En

tercer lugar, la eficacia ampliada de las sentencias del SOKiK mediante la inscripción de una cláusula de unas condiciones generales de un contrato en el registro de cláusulas ilícitas se ajusta al principio de efectividad. Permite simplificar considerablemente en la práctica el ejercicio de los derechos de los consumidores. Simultáneamente se logra el llamado efecto disuasorio, puesto que el profesional soporta los efectos negativos de incluir una cláusula ilícita en cada contrato celebrado con un consumidor. Por tanto, las consecuencias negativas para el profesional serán tanto más graves, cuantos más contratos haya celebrado incluyendo cláusulas abusivas.

- 9 Por cuanto se refiere a la **segunda cuestión prejudicial**, en caso de una respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente deberá analizar si las cláusulas contractuales anteriormente señaladas son abusivas. Aquí reviste una importancia capital la cláusula § 10, apartado 4, del contrato, que prevé que el contrato se reembolsará en PLN, pero que el banco demandado convertirá dichos importes a CHF según su propio tipo de cambio de venta. Las cláusulas contractuales análogas o hasta idénticas son declaradas abusivas de forma uniforme por los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, el contrato celebrado por los demandantes con el banco demandado tiene una estructura algo distinta a la de la mayoría de los contratos indexados en CHF, lo que resulta del hecho de que la cláusula § 24, apartado 1, del Reglamento (modificado con fecha 1 de julio de 2009) contemplaba la posibilidad de reembolsar el préstamo desde un inicio en CHF. Si bien es cierto que, a raíz de la modificación del Reglamento por el banco demandado, a partir del 1 de julio de 2009 todos los prestatarios tenían la posibilidad de pagar las cuotas del préstamo directamente en divisa extranjera, desde el punto de vista de la normativa sobre cláusulas abusivas debe examinarse si las cláusulas contractuales tienen carácter abusivo sobre la base de la situación del momento de celebración del contrato.
- 10 La posibilidad de abonar las cuotas de un préstamo indexado a una divisa extranjera directamente en esa divisa tiene una importancia fundamental para apreciar si son abusivas las cláusulas de conversión que figuran en el contrato (cláusula § 10, apartado 4). En el caso de contratos que permitan el reembolso de las cuotas del préstamo en CHF, el prestatario puede comprar antes los CHF en una oficina de cambio de divisas y pagar en cada vencimiento las cuotas del préstamo precisamente en dicha divisa. Por ello, si esta fuera la voluntad de los prestatarios, podrían pagar todas las cuotas del préstamo en CHF y el banco no podría influir en el importe de la prestación por ellos satisfecha. En esta situación, corresponde totalmente a los prestatarios decidir si resultará aplicable la cláusula § 10, apartado 4, del contrato de préstamo. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente se plantea si la cuestión anterior es relevante para apreciar si la cláusula § 10, apartado 4, del contrato de préstamo tiene carácter abusivo. La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales no es uniforme en este punto. Así, el Sąd Najwyższy ha declarado que en ningún caso son abusivas las cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario que —en función de la voluntad del consumidor— podía ser desembolsado y reembolsado tanto en CHF como en PLN, mediante la aplicación de la tabla de tipos de cambios del banco. La

decisión sobre el desembolso del préstamo y su reembolso en PLN le compete exclusivamente y no podía cambiar el carácter del préstamo. Por consiguiente, no puede afirmarse que la falta de opción por el reembolso en CHF satisface los requisitos del artículo 385¹ CC, apartado 1, dando lugar a la invalidez de la cláusula impugnada.³ Por otro lado, en la jurisprudencia nacional existe otra postura, según la cual el carácter abusivo de una cláusula contractual no desaparece por el mero hecho de que el consumidor no tenga por qué utilizarla. En particular, la elección del consumidor entre dos posibilidades no puede limitarse a elegir entre la posibilidad abusiva y la no abusiva. Por tanto, a juicio del SOKiK se trata de una elección entre una opción potencialmente más cara, pero más cómoda, y una más barata, pero que requiere de la actividad del propio consumidor. Todas las cláusulas de un contrato y de un reglamento deben ser compatibles con las buenas costumbres y no lesionar los intereses del consumidor.⁴ Cada variante deberá ser compatible con la normativa de consumo. La declaración de que una cláusula abusiva tiene en todo caso dicho carácter, también cuando el consumidor pueda renunciar a su aplicación, es conforme con el fin de la Directiva 93/13, que pretende disuadir a los profesionales de que apliquen cláusulas abusivas. Una postura diferente podría incluso contribuir a que los profesionales redacten los contratos en un sentido en el que se contemple la posibilidad de elegir entre cláusulas lícitas y abusivas. Los profesionales que elaboren los contratos en el sentido citado podrían eximirse fácilmente de responsabilidad frente a los consumidores, alegando que los consumidores podrían haber elegido la aplicación de cláusulas contractuales que fueran lícitas.

- 11 Como se desprende de lo anterior, ni el Derecho nacional, ni la jurisprudencia de los tribunales nacionales, resuelven el problema expuesto, siendo necesario recurrir al Tribunal de Justicia. El análisis de la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia lleva a la conclusión de que esta cuestión todavía no ha sido sometida a su examen. No obstante, el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado sobre problemas análogos. En particular, debe destacarse aquí la sentencia de 27 de enero de 2021, en la que se señaló que «el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 precisa 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 de que se trate y todas las circunstancias que hayan concurrido en la celebración de ese contrato, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato o de otro contrato del que dependa. De esta disposición y del artículo 3 de la citada Directiva, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia, se desprende que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe hacerse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C- 452/18, EU:C:2020:536, apartado 48). En efecto, según reiterada jurisprudencia, las circunstancias a las que se refiere el artículo 4, apartado 1, de la

³ Véase la sentencia del Sąd Najwyższy de 9 de octubre de 2020, III CSK 99/18

⁴ Véase la sentencia del Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia, Polonia) de 13 de diciembre de 2017, VII ACa 1036/17.

Directiva citada son las que el profesional podía conocer en el momento de la celebración del contrato en cuestión y que podían influir en la ulterior ejecución de este, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato que únicamente se manifieste mientras se ejecuta dicho contrato [...] Así pues, de esta jurisprudencia se desprende que, con arreglo a la Directiva 93/13, el juez nacional, para apreciar el carácter abusivo de una cláusula, debe situarse únicamente en el momento de la celebración del contrato de que se trate y evaluar, a la luz de todas las circunstancias que concurran en esa celebración, si dicha cláusula entrañaba en sí misma un desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en beneficio del profesional. Aunque esa apreciación puede tener en cuenta la ejecución del contrato, en ningún caso puede depender de que se produzcan acontecimientos posteriores a la celebración del contrato independientes de la voluntad de las partes. Por tanto, si bien es innegable que, en determinados supuestos, el desequilibrio al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 solo puede manifestarse mientras se ejecuta el contrato, hay que comprobar si, desde el momento de la celebración de dicho contrato, sus cláusulas entrañaban ese desequilibrio, aun cuando dicho desequilibrio solo pudiera producirse si se daban determinadas circunstancias mientras que, en otras circunstancias, dicha cláusula pudiera incluso beneficiar al consumidor. Por una parte, el razonamiento inverso equivaldría a supeditar la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a las condiciones en las que se ejecuta el contrato y a la posible evolución de las circunstancias que influyen en él, de modo que los profesionales podrían especular sobre esa ejecución y evolución e incluir una cláusula potencialmente abusiva, contando con que dicha cláusula escapará a la calificación como cláusula abusiva en determinadas circunstancias. Por otra parte, procede recordar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, por lo que se considerará que nunca han existido. Sin embargo, si la apreciación del carácter abusivo de una cláusula pudiera depender de que se produzcan acontecimientos posteriores independientes de la voluntad de las partes, el juez nacional podría limitarse a inaplicar la cláusula controvertida únicamente en aquellos períodos en que haya que calificar de abusiva a la cláusula en cuestión.» Habida cuenta de que la posibilidad de que un consumidor elija entre dos cláusulas contractuales constituye precisamente un hecho que se producirá tras la celebración del contrato y depende de la voluntad del consumidor, la resolución mencionada no aclara la duda planteada en la presente cuestión prejudicial.

- 12 Respecto de la **tercera cuestión prejudicial**, debe subrayarse que la problemática de las obligaciones de información impuestas a los profesionales (incluidos los bancos) y la imposición del riesgo del tipo de cambio de las divisas sobre los prestatarios fue objeto de examen por el Tribunal de Justicia, por ejemplo en las sentencias dictadas en los asuntos RWE Vertrieb y Kàsler, en las que el Tribunal de Justicia declaró que «tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar

vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional». ⁵

13 A continuación, en las sentencias dictadas en los asuntos Andriciuc y OTP Bank, [el Tribunal de Justicia] señaló que, «por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras. Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.» ⁶

14 Por último, en la sentencia dictada en el asunto BNP Paribas Personal Finance, el Tribunal de Justicia declaró que, «por lo que respecta a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera, como los controvertidos en los litigios principales, procede señalar, en primer lugar, que resulta pertinente, a efectos de la referida apreciación, toda información facilitada por el profesional que tenga por objeto orientar al consumidor sobre el funcionamiento del mecanismo de cambio y el riesgo asociado a este. Constituyen elementos de especial importancia las

⁵ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia: de 21 de marzo de 2013, C-92/11 RWE Vertrieb, apartado 44; y también de 30 de abril de 2014, C-26/13, Käsler, apartado 70.

⁶ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia: de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc, apartados 50 y 51, así como de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, OTP Bank, apartados 74 y 78.

precisiones relativas a los riesgos asumidos por el prestatario en caso de depreciación importante de la moneda de curso legal en el Estado miembro en el que está domiciliado y de aumento del tipo de interés extranjero. [...] De lo anterior se deriva que, para cumplir la exigencia de transparencia, la información comunicada por el profesional debe poder permitir a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no solo comprender que, en función de las variaciones del tipo de cambio, la evolución de la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago puede acarrear consecuencias desfavorables para sus obligaciones financieras, sino también comprender, en el marco de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera, el riesgo real al que se expone, durante toda la vida del contrato, en el supuesto de una depreciación importante de la moneda en la que percibe sus ingresos respecto de la moneda de cuenta. En este contexto, debe puntualizarse que las simulaciones numéricas, como las incluidas en determinadas ofertas de préstamo controvertidas en los litigios principales, pueden constituir un elemento de información útil, si se basan en datos suficientes y exactos, y si contienen apreciaciones objetivas que se comunican de manera clara y comprensible al consumidor. Solamente en estas condiciones tales simulaciones pueden permitir al profesional llamar la atención de ese consumidor sobre el riesgo de las consecuencias económicas negativas, potencialmente significativas, de las cláusulas contractuales de que se trata. Pues bien, al igual que cualquier otra información relativa al alcance del compromiso del consumidor, comunicada por el profesional, las simulaciones numéricas deben contribuir a que dicho consumidor comprenda el alcance real del riesgo, a largo plazo, asociado a las posibles variaciones de los tipos de cambio y, de este modo, de los riesgos inherentes a la celebración de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera. Por lo tanto, en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que expone al consumidor a un riesgo de tipo de cambio, no cumple la exigencia de transparencia la comunicación a ese consumidor de información, aunque sea abundante, si esta se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida de dicho contrato. Así sucede, en particular, cuando el profesional no advierte al consumidor del contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, de modo que el consumidor no está en condiciones de comprender concretamente las consecuencias potencialmente gravosas sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera. En segundo lugar, también figura entre los elementos pertinentes, a efectos de la apreciación mencionada en el apartado 67 de la presente sentencia, el lenguaje utilizado por la entidad financiera en los documentos precontractuales y contractuales. En particular, la ausencia de términos o explicaciones que adviertan expresamente al prestatario de la existencia de riesgos específicos asociados a los contratos de préstamo denominados en moneda extranjera puede confirmar que no se cumple la exigencia de transparencia, tal como resulta, en particular, del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.»⁷

⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 2021, C-776/19 a C-782/19, BNP

- 15 Un banco que ofrezca al consumidor un préstamo vinculado a una divisa extranjera, en el marco de la obligación de información sobre el riesgo de divisas asumido por parte del consumidor, debe informar a este, al menos, acerca de cómo evolucionó anteriormente el tipo de cambio de la divisa nacional respecto de la extranjera en un período adecuadamente prolongado y presentar una simulación que exponga cómo puede variar el importe de las cuotas del préstamo y el importe de la deuda contraída en caso de que caiga el valor de la divisa nacional respecto de la extranjera. Debe resolverse la cuestión de si las anteriores obligaciones de información del banco resultan aplicables también a un consumidor, que, por su formación o experiencia profesional, ya dispone de esa información.
- 16 A juicio del órgano jurisdiccional remitente las exigencias de información no han sido cumplidas por el banco respecto del demandante. Es diferente la situación de la demandante, quien en el momento de la celebración del contrato disponía de una calificación profesional elevada y de experiencia laboral en el banco demandado. Esta última admitió que conocía la oferta del banco y que era consciente del riesgo de tipo de cambio de las divisas asumido a resultados del préstamo indexado a una divisa extranjera que había contratado. Por ello, el órgano jurisdiccional pretende determinar si los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 requieren que el profesional, al informar al consumidor sobre las características esenciales de un contrato, deba tomar en consideración un modelo objetivado de consumidor o bien las características individuales de la persona en cuestión.
- 17 La respuesta a esta cuestión prejudicial tiene una importancia esencial para resolver el presente litigio. La declaración de que el profesional está obligado a proporcionar una información completa y comprensible (en especial, sobre los riesgos inherentes a la celebración del contrato) frente a cualquier consumidor puede suponer que las advertencias efectuadas por el banco demandado a ambos demandantes eran insuficientes, lo que implicará que, en el caso de ambos, las cláusulas del contrato serán equívocas y abusivas. Por el contrario, considerar que el ámbito de las obligaciones de información del profesional debería adaptarse a un consumidor concreto puede dar lugar a la apreciación de que las cláusulas examinadas del contrato eran incomprensibles y abusivas solo respecto del demandante.
- 18 Por lo que se refiere a la **cuarta y última cuestión prejudicial**, que se deriva en cierto modo de la tercera cuestión prejudicial, a la vista de la posición fáctica más ventajosa de la demandante en comparación con la del demandante (nivel de conocimiento y experiencia), el órgano jurisdiccional remitente se plantea resolver que las cláusulas contractuales relativas a la imposición a los demandantes del riesgo de tipo de cambio de las divisas y que permiten que el banco pueda configurar discrecionalmente los tipos de cambio de las divisas tienen carácter abusivo únicamente respecto del demandante, pero no respecto de la demandante.

Ello supondría que el contrato de préstamo es nulo únicamente respecto de la parte relativa al demandante (asumiendo que, al calificarse dichas cláusulas contractuales como prestaciones principales, su exclusión deba acarrear la nulidad del contrato). Esa solución es admisible tanto por el Derecho nacional, como por la práctica jurisprudencial de los tribunales polacos. Sin embargo, se plantea la cuestión de la compatibilidad de dicha solución con las disposiciones de la Directiva 93/13 (en particular, con los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1). La adopción de la solución descrita, indudablemente favorable para el demandante, situaría al mismo tiempo a la demandante en una posición todavía peor que si el contrato fuera válido en su totalidad respecto de ambos demandantes (en cuyo caso tendrían una responsabilidad conjunta y solidaria frente al banco). Ello daría lugar a que recaería totalmente sobre la demandante la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato de préstamo. Por consiguiente, el ejercicio de los derechos resultantes de la Directiva 93/13 por el demandante supondrá el surgimiento de consecuencias negativas respecto de la demandante, lo cual, sin embargo, infringiría las disposiciones de la Directiva 93/13.

- 19 Una solución alternativa, compatible con la Directiva 93/13, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, podría consistir en considerar que el contrato puede ser declarado nulo bien respecto de todos los consumidores o bien no puede ser declarado nulo en absoluto. Sin embargo, esa solución parece incorrecta, puesto que supondría que los derechos de uno de los consumidores, que resultan de la Directiva 93/13, quedarían limitados por el único motivo de la diferente situación jurídica del otro consumidor, que es parte de ese mismo contrato. En este caso, los derechos del consumidor respecto del cual resultan abusivas las cláusulas contractuales quedarían anulados sin un fundamento legal que esté amparado en las disposiciones de la Directiva 93/13.
- 20 La tercera solución posible se basa en una interpretación conforme con el Derecho de la Unión y es de naturaleza transaccional. Consiste en declarar la nulidad del contrato respecto del demandante, con la simultánea reducción a la mitad de todas las prestaciones resultantes del contrato. En consecuencia, seguirán siendo partes del contrato la demandante y el banco, mientras que el demandante no estaría obligado a abonar ninguna cuota del préstamo y dispondría al mismo tiempo de una acción de restitución de la mitad de las cuotas del préstamo ya abonadas. El carácter transaccional de la citada solución consiste en que se satisface la pretensión del demandante sin perjudicar la situación jurídica de la demandante. Sin embargo, surge el temor sobre la [compatibilidad] de esa solución con el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, debido a la injerencia del órgano jurisdiccional en el contenido del contrato, que excede de la declaración de que las cláusulas abusivas se tienen por no puestas.
- 21 Según la cuarta solución, que tiene un carácter proconsumidor pero suscita dudas desde el punto de vista de la seguridad jurídica, el carácter abusivo de las cláusulas únicamente respecto de uno de los consumidores entraña la nulidad del contrato en su totalidad. Esa solución excluye los problemas de las tres soluciones

descritas anteriormente. En ese caso, las pretensiones de todos los consumidores quedarían satisfechas, puesto que reclaman de común acuerdo que se declare la nulidad del contrato, aceptando las consecuencias resultantes de ello. La adopción de esa solución supondría que el órgano jurisdiccional remitente estimaría la posible pretensión de los demandantes en su totalidad. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, esa solución es óptima y garantiza a ambos demandantes la protección resultante de la Directiva 93/13.

- 22 Por lo anterior, el órgano jurisdiccional remitente propone que se responda afirmativamente a las tres primeras cuestiones prejudiciales. En cambio, respecto de la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente propone responder que la declaración de que una cláusula es abusiva, incluso para uno de los consumidores que son parte del contrato con el profesional, requiere declarar que dicha cláusula es abusiva también para todas las demás partes del contrato y, si el contrato no puede seguir cumpliéndose sin esa cláusula, da lugar a la nulidad del contrato frente a todas sus partes.

DOCUMENTO DE TRABAJO