

Asunto C-140/22**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 — Śródmieście w Warszawie
(Tribunal de Distrito de Varsovia-Śródmieście, Polonia)**Fecha de la resolución de remisión:**

18 de enero de 2022

Parte demandante:

SM

KM

Parte demandada:

mBank S.A.

Objeto del procedimiento principal

Cláusulas abusivas — Nulidad del contrato — Obligación de presentar una declaración por el consumidor — Prescripción de las acciones de restitución — 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 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, así como de los principios de efectividad y de equivalencia; artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

¿Deben interpretarse 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, así como los principios de efectividad y de equivalencia en el sentido de que se oponen a una interpretación judicial de la normativa nacional con arreglo a la cual cuando un contrato contenga una cláusula abusiva sin la cual no pueda ejecutarse el contrato:

1. ese contrato deviene permanentemente ineficaz (nulo) con carácter retroactivo desde el momento de su celebración, solo después de que el consumidor haya presentado una declaración en la que manifieste que no consiente que se mantenga en vigor la cláusula abusiva, que conoce las consecuencias de la nulidad del contrato y que consiente la nulidad del mismo;
2. el cómputo de la prescripción de la acción del profesional para reclamar la devolución de las prestaciones satisfechas indebidamente en virtud del contrato no empieza a correr hasta la fecha en la que el consumidor haya presentado la declaración citada en el punto 1, aun cuando el consumidor hubiese requerido previamente de pago al profesional y el profesional también hubiera podido esperar con anterioridad que el contrato redactado por él contenía cláusulas abusivas;
3. el consumidor puede reclamar el pago de los intereses legales de demora devengados únicamente a partir de la fecha en la que haya presentado la declaración citada en el punto 1, aun cuando previamente hubiese requerido de pago al profesional;
4. la acción del consumidor para reclamar la devolución de las prestaciones que haya satisfecho en virtud de un contrato de préstamo nulo (las cuotas del préstamo, cargos, comisiones y primas de seguro) debería verse reducida por el equivalente a los intereses devengados sobre el principal que corresponderían al banco si el contrato de préstamo hubiese sido válido, mientras que el banco puede reclamar la devolución de la prestación que haya satisfecho en virtud de ese mismo contrato de préstamo nulo (el principal del préstamo), por su importe total?

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, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1.

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Disposiciones polacas.

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»)].

No podrá ejercerse un derecho del que se sea titular de forma contraria a la finalidad socioeconómica de dicho derecho o a las normas de convivencia social. Tal acción u omisión del titular del derecho no se considerará ejercicio del derecho y no gozará de protección (artículo 5).

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).

Sin perjuicio de las excepciones previstas en la Ley, la voluntad de la persona que efectúe un negocio jurídico podrá expresarse mediante cualquier comportamiento de esa persona, que manifieste suficientemente su voluntad, también mediante la

manifestación de esa voluntad de forma electrónica (declaración de voluntad) (artículo 60 CC).

La declaración de voluntad que se emita a otra persona se considerará efectuada en el momento en que le haya llegado de modo que pueda conocer su contenido. La revocación de esa declaración es eficaz, si ha llegado al mismo tiempo que la declaración o con anterioridad (artículo 61, apartado 1).

Cuando se requiera la autorización de un tercero para efectuar un negocio jurídico, ese tercero podrá también emitir su consentimiento con anterioridad o con posterioridad a que la persona que efectúe el negocio haya emitido la declaración. El consentimiento expresado tras la emisión de la declaración tendrá carácter retroactivo desde la fecha de la declaración (artículo 63, apartado 1).

La manifestación de voluntad se interpretará con arreglo a las circunstancias en las que se produjo, la costumbre y los usos (artículo 65, apartado 1).

Sin perjuicio de las excepciones establecidas en 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).

En supuestos excepcionales, el órgano jurisdiccional, tras ponderar los intereses de las partes, podrá no oponer el transcurso del plazo de prescripción de la acción que corresponda frente al consumidor, si lo exige la equidad (artículo 117¹, apartado 1).

Al ejercer la facultad mencionada en el apartado 1, el órgano jurisdiccional debería ponderar en especial: 1) la duración del plazo de prescripción; 2) la duración del período transcurrido desde la prescripción hasta el ejercicio de la acción; 3) la naturaleza de las circunstancias que llevaron al titular del derecho a no ejercitar la acción, incluida la influencia de la conducta del obligado en el retraso del titular del derecho en el ejercicio de la acción (artículo 117¹, apartado 2).

Salvo que una norma especial disponga otra cosa, el plazo de prescripción será de diez años; para las acciones relativas a prestaciones de tracto sucesivo y para las acciones relativas a la actividad económica, el plazo de prescripción será de tres años (artículo 118, en la redacción vigente hasta el 8 de julio de 2018).

Salvo que una norma especial disponga otra cosa, el plazo de prescripción será de seis años; para las acciones relativas a prestaciones de tracto sucesivo y para las acciones relativas a la actividad económica, el plazo de prescripción será de tres años. No obstante, el final del plazo de prescripción será el último día del año

natural, salvo que el plazo de prescripción sea inferior a dos años (artículo 118, en la redacción vigente desde el 9 de julio de 2018).

La prescripción empezará a correr desde que la acción sea exigible. Cuando la exigibilidad de la acción dependa de que su titular realice un acto determinado, el transcurso de la prescripción se contará desde que tal acción fuese exigible si su titular hubiese realizado dicho acto en el plazo más breve posible (artículo 120, 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 de la convivencia social (artículo 353¹).

Una cantidad solo devengará intereses cuando ello resulte de un acto jurídico o de la ley, de una resolución judicial o de una resolución de otra autoridad competente (artículo 359, apartado 1).

Si el importe de los intereses no se especifica de otro modo, se devengarán los intereses legales por un importe correspondiente al tipo de interés de referencia del Narodowy Bank Polski (Banco Nacional de Polonia), incrementado en 3,5 puntos porcentuales (artículo 359, apartado 2).

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 contrarias a Derecho). 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 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 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).

Cuando el plazo para el cumplimiento de la 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).

Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 Prawo bankowe [Ley de 29 de agosto de 1997 del Derecho bancario, (Dz.U. n.º 140, posición 939, en su versión modificada)].

Mediante el contrato de préstamo, el banco se compromete a poner a disposición del prestatario por el tiempo indicado en el contrato una cantidad de dinero destinada a una finalidad determinada y el prestatario se compromete a utilizarla en las condiciones establecidas en el contrato y a reembolsar la cantidad del préstamo utilizada junto con los intereses en los plazos de pago acordados, así como a abonar una comisión por el préstamo concedido (artículo 69, apartado 1).

El contrato de préstamo deberá formalizarse por escrito, y en él deberá figurar, en particular, la siguiente información: 1) las partes del contrato, 2) el importe y la divisa del préstamo, 3) la finalidad para la que se haya concedido el préstamo, 4) las reglas y el plazo de reembolso del préstamo, 5) el importe de los intereses del préstamo y las condiciones para su modificación, 6) el tipo de garantía del reembolso del préstamo, 7) la extensión de las facultades del banco relativas al control de la utilización y al reembolso del préstamo, 8) los plazos y la forma de puesta a disposición de los fondos dinerarios a favor del prestatario, 9) el importe de la comisión, si el contrato la prevé, 10) los requisitos para modificar y resolver

el contrato (artículo 69, apartado 2, en la redacción vigente en la fecha de la celebración del contrato).

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El 18 de febrero de 2009 las partes celebraron con el banco un contrato de préstamo hipotecario, indexado al tipo de cambio del franco suizo [CHF]. La cuantía del préstamo expresada en la divisa a la que estaba indexado a 22 de enero de 2009 con arreglo al tipo de cambio recogido en la tabla de tipos de cambio del banco no constituía una obligación del banco. La cuantía del préstamo expresada en divisa extranjera en la fecha de disposición del préstamo podía ser distinta a la indicada (cláusula § 1, apartado 3A). El préstamo estaba sujeto a un tipo de interés variable (cláusula § 10, apartado 1), integrado por la suma del LIBOR 3M y el margen fijo del banco, que ascendía al 3,60 %. Las cuotas de principal e intereses y las cuotas de intereses se reembolsarían en eslotis [PLN] tras su conversión según el tipo de cambio de compra del CHF que figurase en la tabla de tipos de cambio del banco vigente en la fecha del reembolso (cláusula § 10, apartado 5). El reembolso anticipado de la totalidad del préstamo o de una cuota de principal e intereses, así como el reembolso que excediese del importe de la cuota daba lugar a la conversión del importe del reembolso según el tipo de cambio del CHF, conforme a la tabla de tipos de cambio del banco vigente en la fecha y en la hora del reembolso (cláusula § 12, apartado 4). Todos los fondos fueron desembolsados por el banco en PLN, no habiendo sido desembolsada ninguna parte de los fondos por el banco en CHF. También los demandantes abonaron todas las cuotas del préstamo en PLN. Por el contrario, de entenderse que las partes no estaban vinculadas por la cláusula § 1, apartado 3A, la cláusula § 10, apartado 5, y la cláusula § 12, apartado 4, del contrato de préstamo, permaneciendo vigentes al mismo tiempo el resto de estipulaciones del contrato, la suma de las cuotas del préstamo habría resultado inferior en 52 268,06 PLN durante el período del 18 de agosto de 2009 al 18 de marzo de 2019.
- 2 El 4 de julio de 2019 los demandantes presentaron una reclamación al banco demandado, exigiendo la devolución en el plazo de 30 días de las cuotas del préstamo indebidamente cobradas, habida cuenta de la nulidad del contrato de préstamo, por importe de 242 238,61 PLN, y en caso de que no hubiese motivos para declarar la nulidad de ese contrato, la devolución del importe de 52 298,92 PLN en concepto de un exceso de pago de las cuotas de principal e intereses, cobradas por el banco desde el 20 de julio de 2009 al 18 de marzo de 2019. Mediante escrito de 16 de julio de 2019 el banco contestó la reclamación señalando que el contrato de préstamo es conforme a Derecho, válido y que no contiene cláusulas abusivas.
- 3 El 31 de julio de 2019 los demandantes presentaron una demanda de conciliación ante el Sąd Rejonowy dla Warszawy — Śródmieście w Warszawie (Tribunal de Distrito de Varsovia-Śródmieście, Polonia), requiriendo de pago al banco demandado por importe de 242 238,61 PLN en concepto de prestaciones

indebidamente cobradas con arreglo a un contrato de préstamo nulo, subsidiariamente por importe de 52 281,02 PLN en concepto de la devolución del exceso de pago de las cuotas de principal e intereses cobradas por el banco. En contestación a la demanda de conciliación, el banco señaló que no veía posible llegar a un acuerdo. A raíz de la audiencia pública de 13 de diciembre de 2019, el órgano jurisdiccional constató que no se había alcanzado un acuerdo y acordó dar por concluido el intento de alcanzar un acuerdo.

En la demanda presentada el 27 de abril de 2020 los demandantes solicitaron que se condenara al banco demandado al pago a su favor del importe total de 52 270 PLN, más los intereses legales de demora devengados desde el 17 de julio de 2019 hasta el día del pago, en concepto de las cuotas de principal e intereses indebidamente cobradas por el demandado por un importe superior al que le correspondía pagar durante el período del 18 de agosto de 2009 al 18 de marzo de 2019. En el marco de la demanda principal, los demandantes reclaman al demandado la devolución de las cantidades pagadas en exceso, es decir, la diferencia entre el importe de las cuotas que les han sido efectivamente cobradas y el importe de las cuotas debidas, asumiendo que las partes no están vinculadas por las cláusulas abusivas mencionadas anteriormente.

- 4 En cambio, para el caso de que el órgano jurisdiccional declare que el contrato de préstamo no puede cumplirse sin las citadas cláusulas abusivas, los demandantes presentaron una demanda subsidiaria, mediante la cual solicitaron que se declare que es nulo el contrato de préstamo de 18 de febrero de 2009 y que condene al demandado al pago a su favor del importe total de 52 270 PLN, más intereses legales de demora devengados a partir del 17 de julio de 2019 hasta la fecha del pago, en concepto de los fondos cobrados indebidamente por el demandado de los demandantes desde el 18 de agosto de 2009 al 19 de diciembre de 2011, habida cuenta de la nulidad del contrato. Mediante una declaración escrita de 10 de agosto de 2020, los demandantes señalaron que consienten que se declare la nulidad del contrato de préstamo en su totalidad, reconociendo que la nulidad del contrato les favorece y que aceptan los efectos de la nulidad del contrato, también los efectos financieros. Los demandantes manifestaron que entienden que, a raíz de la declaración de nulidad de todo el contrato, ambas partes deberán restituirse recíprocamente las prestaciones satisfechas a resultas del cumplimiento de ese contrato y que lo aceptan. Asimismo, los demandantes manifestaron que son conscientes de que el banco demandado puede ejercer frente a ellos acciones por una utilización extracontractual del principal. El banco demandado solicitó la desestimación de la demanda en su totalidad.

En la vista celebrada el 27 de octubre de 2020, el órgano jurisdiccional advirtió a los demandantes de los efectos de la nulidad del contrato de préstamo, quienes declararon a continuación que entienden los efectos de la nulidad de ese contrato y que consienten que se declare la nulidad del referido contrato.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

Los demandantes motivaron esta reclamación señalando que, en el contrato de préstamo hipotecario celebrado por las partes el 18 de febrero de 2009, indexado al tipo de cambio del CHF, se incluyeron cláusulas abusivas — las llamadas cláusulas de conversión (cláusulas § 1, apartado 3A, § 10, apartado 5, y § 12, apartado 4), mediante las cuales el banco recibió de los demandantes cuotas por un importe excesivo. El banco demandado afirmó que el contrato celebrado por las partes es válido y que no contiene cláusulas abusivas.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 5 Según lo constatado por el órgano jurisdiccional remitente, los demandantes celebraron un contrato en calidad de consumidores, siendo el banco demandado un profesional. No fueron negociadas individualmente las cláusulas del contrato que prevén que el préstamo está indexado a una divisa extranjera (cláusula § 1, apartado 3), ni las que autorizan al banco a fijar el tipo de cambio de dicha divisa extranjera (cláusulas § 1, apartado 3A, § 10, apartado 5, y § 12, apartado 4). Asimismo, ninguna de las anteriores cláusulas contractuales refleja las disposiciones legales o reglamentarias vigentes. Además, cada una de las cláusulas contractuales anteriores define el objeto principal del contrato, aunque no han sido redactadas en términos claros y comprensibles. Finalmente, el órgano jurisdiccional remitente declaró que las cláusulas § 1, apartados 3 y 3A, § 10, apartado 5, y § 12, apartado 4, del contrato de préstamo son contrarias a las exigencias de la buena fe y dan lugar a un desequilibrio considerable de los derechos y obligaciones de las partes resultantes del contrato, en detrimento del consumidor, por lo que el órgano jurisdiccional remitente considera abusivas todas esas cláusulas. En consecuencia, todas las anteriores cláusulas contractuales no vinculan a los consumidores, si bien tampoco es posible que el resto del contrato de préstamo vincule a las partes una vez excluidas las cláusulas abusivas del mismo. La jurisprudencia nacional declara que cláusulas contractuales con un contenido análogo o hasta idéntico resultan abusivas. Adicionalmente, en la jurisprudencia más reciente de los órganos jurisdiccionales nacionales se considera también que el contrato de préstamo vinculado a una divisa extranjera no puede subsistir cuando se hayan excluido del mismo las cláusulas contractuales como las anteriormente mencionadas, lo que, por cierto, es conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (en lo sucesivo, «TJUE»),¹ adhiriéndose el órgano jurisdiccional remitente a tal apreciación.
- 6 El TJUE, en su jurisprudencia hasta la fecha, señala que, conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, las cláusulas abusivas no vincularán a los

¹ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai, apartado 52, así como de 3 de octubre de 2019, C-260/18, Dziubak, apartado 44.

consumidores. Se trata de una disposición imperativa.² A este respecto, los órganos jurisdiccionales deberán declarar que un contrato contiene una cláusula abusiva.³ En particular, el órgano jurisdiccional deberá informar a las partes procesales de que el contrato contiene una cláusula abusiva,⁴ describiendo de manera objetiva y exhaustiva las consecuencias jurídicas que pueda entrañar la supresión de la cláusula abusiva, especialmente la nulidad de todo el contrato y las reclamaciones de reembolso resultantes de ello.⁵ Además, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula.⁶

7 El consumidor, tras haber sido informado de que el contrato contiene una cláusula abusiva, puede manifestar su consentimiento libre y consciente a esa cláusula,

² Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2006, C-168/05, Mostaza Claro, apartado 36; de 4 de junio de 2009, C-243/08, Pannon GSM, apartado 25; de 9 de noviembre de 2010, C-137/08, VB Pénzügyi Lizing, apartado 47; así como el auto del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2010, C-761/10, Pohotovost, punto 38. Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2012, C-453/10, Pereničová y Perenič, apartado 28; de 26 de abril de 2012, C-472/10, Invitel, apartado 34; de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, apartado 41; de 17 de mayo de 2018, C-147116, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, apartados 27 y 34; de 19 de septiembre de 2018, C-109/17, Bankia, apartados 37 y 38; así como de 11 de marzo de 2020, C-511/17, Lintner, apartado 24.

³ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 27 de junio de 2000, C-240/98 a C-244/98, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, apartados 26 y 29; de 26 de octubre de 2006, C-168/05, Mostaza Claro, apartados 27 a 30, 38 y 39; de 28 de julio de 2016, C-168/15, Tomášová, apartados 28 a 32; así como el auto del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2016, C-568/14 a C-570/14, Fernández Oliva, punto 24. Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, apartado 43; de 17 de mayo de 2018, C-147/16, Karel de Grote — Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen, apartados 29 y 37; de 13 de septiembre de 2018, C-176/17, ProfiCredit Polska, apartado 42; de 3 de abril de 2019, C-266/18, Aqua Med, apartados 27 y 52; así como el auto del Tribunal de Justicia de 28 de noviembre de 2018, C-632/17, PKO Bank Polski, punto 36.

⁴ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, apartados 29 a 36; de 30 de mayo de 2013, C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito, apartados 52 y 53; de 7 de noviembre de 2019, C-419/18 y C-483/18, Profi Credit Polska, apartado 70; de 11 de marzo de 2020, C-511/17, Lintner, apartado 42, así como de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartado 93.

⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartados 96 a 99.

⁶ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, apartados 28 y 36; de 30 de mayo de 2013, C-397/11, Jörös, apartados 42 y 48; de 30 de mayo de 2013, C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito, apartado 50; de 1 de octubre de 2015, C-32/14, ERSTE Bank Hungary Zrt, apartado 49; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 59.

devolviéndole así la fuerza obligatoria.⁷ En cambio, cuando el consumidor no preste ese consentimiento, en principio debe considerarse que la cláusula abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor, con el consiguiente restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que este se encontraría de no haber existido dicha cláusula.⁸

- 8 Lo anterior entraña el correspondiente efecto restitutorio en relación con los importes pagados con arreglo a la cláusula abusiva.⁹
- 9 Sin embargo, el citado efecto restitutorio, que comprende la obligación de devolver las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de una cláusula abusiva, no puede limitarse en el tiempo a las cantidades pagadas tras el pronunciamiento de la resolución mediante la que el órgano jurisdiccional haya declarado el carácter abusivo de dicha cláusula, puesto que tal protección resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz para que cese el uso de dichas cláusulas.¹⁰ La cláusula abusiva vincula completamente y no solo en la parte en la que es abusiva.¹¹ Por regla general, tampoco es posible que el órgano jurisdiccional modifique el contenido de una cláusula abusiva,¹² ni que lleve a cabo la interpretación de dicha cláusula para paliar su carácter abusivo.¹³

⁷ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, C-243/08, Pannon GSM, apartado 33; de 14 de junio de 2012 C-618/10, Banco Español de Crédito, apartado 63; de 21 de febrero de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, apartado 27.

⁸ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 2010, C-76/10, Pohotovost, apartado 62; de 15 de marzo de 2012, C-453/10, Pereničová y Perenič, apartado 30; de 26 de abril de 2012, C-472/10, Invitel, apartado 42; de 21 de febrero de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, apartado 27, así como de 30 de mayo de 2013, C-397/11, Jörös, apartados 51 y 53; de 30 de mayo de 2013, C-488/11, Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito, apartado 49, así como el auto del Tribunal de Justicia de 3 de abril de 2014, C-342/13, Sebestyén, punto 35.

⁹ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia: de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartados 62, 63 y 66; de 9 de julio de 2021, C-698/18 y C-699/18, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Societé Générale, apartado 54; de 16 de julio de 2020, C-224/19 y C-259/19, Caixabank y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, apartado 53, así como de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartado 51.

¹⁰ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-07/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartados 73 y 75.

¹¹ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y C-179/17, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, apartado 64; de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartados 70 y 80.

¹² Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, apartados 69 a 73; de 13 de septiembre de 2018, C-176/17, Profi Credit Polska, apartado 41; de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y C-179/17, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, apartados 53 y 54, así como de 7 de noviembre de 2021, C-349/18 a C-351/18, Kanyeba, apartado 67; de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartados 67 y 68.

¹³ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 2021, C-212/20, A S.A., apartado 79.

Por el contrario, el órgano jurisdiccional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, pero solo cuando la supresión de la cláusula abusiva conlleve la anulación del contrato en su totalidad, lo cual podría acarrear consecuencias especialmente perjudiciales para el consumidor.¹⁴ La apreciación de si se produce ese supuesto debe hacerse en el momento del litigio,¹⁵ siendo la voluntad del consumidor vinculante para el órgano jurisdiccional.¹⁶ El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de suprimir la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible, circunstancia esta que debe apreciarse según un criterio objetivo.¹⁷

- 10 Sin embargo, cuando conforme a las normas del Derecho interno, a la luz de criterios objetivos, no sea posible la persistencia del contrato sin las cláusulas abusivas, este podrá considerarse nulo.¹⁸ En cambio, los efectos de la declaración por un órgano jurisdiccional de la existencia de una cláusula abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor dependen exclusivamente del Derecho nacional, siempre que se asegure la protección que las disposiciones de la Directiva 93/13 garantizan a los consumidores.¹⁹
- 11 Asimismo, las disposiciones procesales del Derecho nacional deben ser compatibles con los principios de efectividad y de proporcionalidad.²⁰

¹⁴ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartados 80 a 85; de 21 de enero de 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank, apartado 33; de 7 de agosto de 2018, C-96/16 y C-94/17, Banco Santander y Escobedo Cortés, apartado 74; de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, OTP Bank y OTP Faktoring, apartados 60 y 61; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai, apartado 54, así como de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y C-179/17, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, apartados 56 a 59 y 64.

¹⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, C-260/18, Dziubak, apartados 50 y 56.

¹⁶ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, C-260/18, Dziubak, apartados 67 y 68.

¹⁷ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de junio de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, apartado 65; de 10 de septiembre de 2014, C-34/13, Kušionová, apartado 50; de 21 de enero de 2015, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank, apartado 28; de 21 de abril de 2016, C-377/14, Radlinger y Radlingerova, apartado 97, así como de 7 de agosto de 2018, C-96/16 y C-94/17, Banco Santander y Escobedo Cortés, apartado 73.

¹⁸ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2012, C-453/10, Pereničová y Perenič, apartados 35 y 36; de 30 de mayo de 2013, C-397/11, Jörös, apartado 47; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai, apartado 56; de 3 de octubre de 2019, C-260/18, Dziubak, apartados 41 a 45 y 47 así como de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartados 85 y 89.

¹⁹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartados 88 y 90.

²⁰ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de octubre de 2000, C-168/05, Mostaza Claro, apartado 24; el auto de 16 de noviembre de 2010, C-76/10, Pohotovost, apartado 47; véase la sentencia de 14 de junio de 2012, C-618/10, Banco Español de Crédito, apartado 46; de 21 de

- 12 Respecto al primer punto de la cuestión prejudicial, los tribunales polacos consideraban hasta la fecha que del artículo 385¹ CC, apartado 1, se desprende que son ineficaces las cláusulas de conversión que sean contrarias a Derecho, por lo que no vinculan al consumidor desde el momento de la celebración del contrato (*ex tunc*) y dado que dichas cláusulas definen el objeto principal del contrato, el propio contrato no puede resultar obligatorio sin esas cláusulas, de modo que todo el contrato de préstamo es nulo desde el propio inicio (*ex tunc*).²¹ Ello supone que a las partes disponen de acciones recíprocas para reclamar la devolución l equivalente de todas las prestaciones indebidas satisfechas en cumplimiento de dicho contrato, con arreglo al artículo 405 CC en relación con el artículo 410 CC, apartado 1. La acción para reclamar la devolución de la prestación indebida, por su propia naturaleza, carece de un plazo definido,²² por lo que deberá ser cumplida por la parte que se haya enriquecido tras ser requerida de pago por la parte que se haya empobrecido (artículo 455 CC).
- 13 Sin embargo, la interpretación de las disposiciones nacionales expuesta en el apartado anterior se ha visto modificada desde que el Sąd Najwyższy (en lo sucesivo, «SN») adoptó la resolución de 7 de mayo de 2021 (III CZP. 7/21). Resulta necesario comentar dicha resolución para verificar si la interpretación que contiene es compatible con la Directiva 93/13. En la citada resolución, el SN señaló que «la declaración de que una cláusula abusiva no tiene efectos desde un inicio (*ab initio*) y por mandato de la propia ley (*ipso iure*) —lo cual debe ser apreciado de oficio por el órgano jurisdiccional con arreglo a las comprobaciones fácticas realizadas en el procedimiento— se corresponde con las propiedades de la sanción denominada nulidad absoluta [...]. No obstante, se opone a la mera invocación de esta sanción la regla, recogida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con arreglo a la cual un consumidor que es consciente del carácter abusivo de una cláusula puede oponerse a la denegación de su aplicación, consintiendo libremente dicha cláusula, lo que puede hacerse tanto ante el órgano jurisdiccional, una vez que le haya sido proporcionada cumplida información sobre las consecuencias jurídicas que puede entrañar la supresión de la cláusula contraria a Derecho, como extrajudicialmente, mediante un consentimiento consciente y libre para la novación de la obligación o la modificación del contrato (de la cláusula contraria a Derecho). Por su parte, en la jurisprudencia nacional y en la doctrina se suele considerar que una de las notas de la llamada nulidad absoluta es su carácter definitivo [...]. Además, la atribución al consumidor de competencias para consentir unilateralmente y subsanar la cláusula

febrero de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, apartado 26; de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, apartado 50; de 1 de octubre de 2015, C-32/14, ERSTE Bank Hungary Zrt, apartado 51; de 29 de octubre de 2015, C-8/14, BBVA, apartado 24; de 26 de junio de 2019, C-407/18, Addiko Bank, apartado 46, así como de 16 de julio de 2020, C-224/19 y C-259/19, Caixabank, apartado 83.

²¹ Véase la jurisprudencia citada en la nota n.º 2.

²² Véanse las sentencias del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia) de 22 de marzo de 2001, V CKN 769/00 y de 29 de septiembre de 2017, V CSK 642/16.

abusiva no permite reconocer que cada una de las partes del contrato puede invocar en igual medida la ineficacia de dicha cláusula —así como cualquier tercero que ostente un interés jurídico— que es como se define tradicionalmente la nulidad [...]. La posibilidad de subsanar una cláusula ineficaz mediante un consentimiento posterior y unilateral para quedar vinculado por dicha cláusula, que constituye por así decirlo un sustituto de la ausencia inicial de consentimiento real a dicha cláusula (de las negociaciones individuales), evoca por el contrario la llamada sanción de nulidad suspendida, que —referida al contrato como tal— consiste en que el contrato afectado por ella (el llamado acto tullido o incompleto) no surte los efectos pretendidos (por mandato de la propia ley, desde el inicio, que el órgano jurisdiccional debería apreciar de oficio), en particular, no genera la obligación de cumplir las prestaciones acordadas, sino que, a diferencia del contrato nulo, puede generar esos efectos de forma posterior con carácter retroactivo cuando se formule una declaración de voluntad subsanatoria (de una de las partes o de un tercero) y, en caso de que no se presente esa declaración o de que expire el plazo para que se presente, se convierte en definitivamente ineficaz, es decir, nulo [...]. La ineficacia suspendida se diferencia de la nulidad por el hecho de que las declaraciones de voluntad de las partes conservan durante la suspensión su fuerza jurídica, es decir, pueden servir de base para que surjan efectos jurídicos en el futuro y, al menos una de las partes que haya presentado su declaración de voluntad, pierde la posibilidad de decidir autónomamente sobre si se generarán dichos efectos, sin poder revocar libremente dicha declaración de voluntad y, en ese sentido, permaneciendo en un estado de inseguridad, se encuentra “atada” por esta [...].»

- 14 Por tanto, existen dos argumentos fundamentales que se oponen a que se entienda que las cláusulas abusivas adolecen de nulidad absoluta y, al mismo tiempo, apoyan la conclusión de que a estas les resulta aplicable la llamada ineficacia suspendida. El primer argumento consiste en el hecho de que la nulidad absoluta del contrato o de su cláusula es definitiva, mientras que una cláusula contractual abusiva puede ser aceptada por el consumidor.
- 15 Sin embargo, a juicio del órgano jurisdiccional remitente nada se opone a que los tribunales nacionales, lleven a cabo una interpretación conforme de las disposiciones del Derecho nacional y realicen una interpretación de las disposiciones sobre la nulidad absoluta de los actos jurídicos (artículo 58 CC, apartados 1 y 3) que tome en consideración los objetivos de la Directiva 93/13 y la jurisprudencia del TJUE. Por ello, los tribunales nacionales podrían aceptar que una cláusula abusiva de un contrato es nula en el sentido del artículo 58 CC, con la salvedad de que el consumidor la puede convalidar (subsanar) mediante la presentación de una declaración de voluntad que restablezca el vigor de dicha cláusula *ex tunc*.
- 16 En cambio, el segundo argumento expuesto por el SN consiste en el hecho de que, con arreglo al Derecho polaco, pueden invocar la nulidad del contrato todas sus partes, así como los terceros, mientras que solamente el consumidor y no el profesional puede invocar la falta de carácter vinculante de una cláusula abusiva.

El propio TJUE llama la atención sobre el efecto potencial de la exclusión de una cláusula abusiva de un contrato de préstamo, que entraña la nulidad de ese contrato y, por consiguiente, la obligación del prestatario de restituir al banco el principal del préstamo.²³ Por tanto, puesto que el TJUE apunta expresamente a la posibilidad de que el banco reclame la devolución del principal del préstamo a raíz de la falta de carácter vinculante de la cláusula abusiva, es lógico que acepte la posibilidad de que el banco invoque la falta de carácter vinculante de esa cláusula y la consiguiente nulidad del contrato de préstamo.

- 17 Por ello, no hay motivos fundados para concluir que las cláusulas abusivas están sujetas a la sanción de ineficacia suspensiva. Sin embargo, ante todo, parece que esta sanción no reúne los requisitos resultantes del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. Además, el TJUE ordena que el juez nacional pueda deducir todas las consecuencias de la apreciación de la falta de carácter vinculante de una cláusula abusiva, sin esperar a que el consumidor presente la correspondiente declaración.²⁴ Sin embargo, la sanción de ineficacia suspendida en el planteamiento expuesto en la resolución citada del SN exige incluso a los tribunales nacionales que esperen dicha declaración del consumidor, puesto que antes de su presentación, la validez de la cláusula contractual (y, por consiguiente, de todo el contrato) queda en suspenso.
- 18 Con arreglo a la resolución citada, la declaración del consumidor debe tener un contenido altamente formalizado (cualificado). La exigencia de presentar una declaración con ese contenido no resulta del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, del artículo 385¹ CC, ni de ninguna disposición del Derecho de la Unión o del Derecho nacional, ni tampoco se recogía en la jurisprudencia anterior a la resolución del SN del 7 de mayo de 2021. En consecuencia, exigir la presentación de una declaración con el contenido citado a los consumidores (los cuales con frecuencia no son conocedores del tenor de la normativa vigente) y supeditar al cumplimiento de esa exigencia la apreciación de si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta aplicable, parece oponerse a dicha disposición y al principio de efectividad y suscita dudas a la luz del principio de seguridad jurídica.
- 19 Por lo que respecta al **segundo punto de la cuestión prejudicial**, también las ulteriores consecuencias de la apreciación de que las cláusulas abusivas están afectadas por la sanción de ineficacia suspendida son incompatibles con las

²³ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartado 84; de 20 de septiembre de 2018, C-51/17, OTP Bank y OTP Faktoring, apartado 61; de 26 de marzo de 2019, C-70/17 y C-179/17, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, apartado 58; de 3 de junio de 2020, C-125/18, Gómez del Moral Guasch, apartado 63; de 25 de noviembre de 2020, C-269/19, Banca B, apartado 34.

²⁴ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 2013, C-472/11, Banif Plus Bank, apartados 28 y 36; de 30 de mayo de 2013, C-397/11, Jörös, apartados 42 y 48; de 30 de mayo de 2013, C-488/11 Dirk Frederik Asbeek Brusse y Katarina de Man Garabito, apartado 50; de 1 de octubre de 2015, C-32/14, ERSTE Bank Hungary Zrt, apartado 49; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 59.

normas de la Directiva 93/13. Mientras dure la situación de suspensión, el prestamista no puede reclamar el cumplimiento de las prestaciones acordadas en el contrato. Sin embargo, conforme a la jurisprudencia actual relativa a la situación de ineficacia suspendida [...] tampoco puede reclamar la devolución de una prestación indebida satisfecha, puesto que la decisión sobre la vinculación por la cláusula y por el contrato corresponde, en principio, al consumidor. Dado que el prestamista no puede formular esa reclamación y exigir así sus acciones restitutorias, conforme al artículo 455 CC [...], no entra en juego el inicio del cómputo de su prescripción. La situación solamente variará cuando se confirme la cláusula abusiva por el consumidor, momento en el que la cláusula y el contrato se convierten en eficaces con carácter retroactivo, o cuando niegue esa confirmación [...], momento en el que tiene lugar el mantenimiento del contrato con la regla sustitutiva (siempre que se cumplan los requisitos pertinentes) o la ineficacia completa y permanente (nulidad) del contrato. Dicha ineficacia permanente (nulidad) equivale a la situación en la que «era nulo el negocio jurídico que obligaba a la prestación y no se haya subsanado tal nulidad una vez ejecutada dicha prestación» en el sentido del artículo 410 CC, apartado 2 *in fine* (*condictio sine causa*), así como «a la nulidad del negocio jurídico en el sentido del artículo 411 CC, punto 1. La situación del consumidor es más ventajosa que la del profesional, puesto que el prestatario puede finalizar la situación de ineficacia suspendida en cualquier momento, consintiendo la vinculación por la cláusula abusiva o denegando ese consentimiento, si bien —conforme a la jurisprudencia del TJUE— la eficacia de esas declaraciones depende de si aquel había sido informado anteriormente sobre las consecuencias de dicho carácter abusivo. Por ello, puede plantearse la pregunta de si, y en su caso cuándo, el ejercicio por el consumidor de una acción de restitución —incluso extrajudicialmente— que suponga una ineficacia permanente (nulidad) de todo el contrato puede considerarse una negativa implícita a confirmar la cláusula y una aceptación de las consecuencias del decaimiento del contrato, que lleva a su ineficacia permanente (nulidad). Es problemático el hecho de que, el prestamista que haga frente a esa reclamación puede no tener claro si, al plantearla, el consumidor estuvo suficientemente informado sobre las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula (por ejemplo, sobre todas las acciones de restitución inherentes a la ineficacia completa y permanente del contrato). Se trata de una cuestión esencial, ya que determina el inicio del cómputo de la prescripción de las acciones de restitución del prestamista y la posibilidad de declararlas exigibles (artículo 455 CC) e invocar la compensación (artículo 498 CC, apartado 1). [...]»²⁵

- 20 Precisamente, suscita las mayores reservas a la citada resolución del SN la conclusión de que el cómputo de la prescripción de la acción del profesional para reclamar del consumidor la devolución de la prestación recibida no empieza a correr hasta el momento en que este presente una declaración acerca de si consiente la nulidad de la cláusula contraria a Derecho y de todo el contrato o si

²⁵ Véase la resolución de la composición de siete jueces del Sąd Najwyższy de 7 de mayo de 2021, III CZP. 6/21.

bien acepta la cláusula contractual. Ante todo, esa postura parece vulnerar el principio de equivalencia. A saber, es un principio general del Derecho polaco, resultante del artículo 120 CC, apartado 1, que el cómputo de la prescripción de una acción de restitución de una prestación indebida empieza a correr en la fecha del cumplimiento de esa prestación,²⁶ también cuando dicha prestación hubiese sido cumplida en ejecución de un contrato nulo, incluso cuando el que cumplía la prestación no fuera consciente de que el contrato era nulo y de que estaba cumpliendo una prestación indebida.²⁷ En caso de que el consumidor no haya presentado ninguna declaración en absoluto (y, al mismo tiempo, no se le haya fijado un plazo definido para presentar esa declaración), la acción del profesional contra ese consumidor nunca prescribiría. Otra consecuencia posible es la situación en la que el consumidor haya presentado antes del inicio del procedimiento civil una declaración por la que no consiente las cláusulas abusivas contenidas en el contrato y que consiente la nulidad del contrato. Para el consumidor dicha declaración sería suficiente y daría lugar al inicio del cómputo de prescripción de la acción del banco, mientras que el banco podría, durante el ulterior procedimiento civil, alegar que la declaración del consumidor no había generado efectos jurídicos, puesto que «no está acompañado de una manifestación clara del consumidor, que confirme haber recibido información exhaustiva» sobre los efectos de la nulidad del contrato de préstamo. Por ello, la supuesta ignorancia del consumidor se utilizará contra el propio consumidor y semejante táctica procesal maquiavélica del profesional se apoyará en las disposiciones nacionales interpretadas con arreglo a la resolución del SN de 7 de mayo de 2021.

- 21 Además, otra consecuencia de la postura del SN expuesta es que el cómputo de la prescripción del profesional siempre empieza a correr más tarde que la prescripción de la acción del consumidor.
- 22 Es más, en la situación mencionada, el profesional se encontrará en una situación jurídica mejor no solo respecto del consumidor con el que celebró el contrato que contiene cláusulas abusivas que dan lugar a la nulidad del contrato. Así, si el banco hubiese celebrado un contrato de préstamo que haya resultado absolutamente nulo —es decir nulo por ser contrario a la ley o a las normas de convivencia social (artículo 58 CC, apartados 1 y 2), y no porque contenga cláusulas abusivas (artículo 385¹ k. c., apartado 1)— el cómputo de la prescripción de la acción del banco para reclamar la devolución del principal al prestatario empezaría a correr ya desde el momento del desembolso de dicho principal, con arreglo al principio general anteriormente citado, resultante del artículo 120 CC, apartado 1. En cuyo caso la acción del banco prescribiría mucho antes que una acción idéntica pero que esté fundada en la nulidad del contrato resultante del hecho de que contiene cláusulas abusivas. Por tanto, el cómputo de la prescripción de la acción del banco empieza a correr más tarde en el caso de la

²⁶ [vacío]:

²⁷ Véanse las sentencias del Sąd Najwyższy de 8 de julio de 2010, II CSK 126/10; de 16 de diciembre de 2014, III CSK 36/14 así como de 23 de junio de 2016, V CNP. 55/15.

nulidad del contrato que traiga causa del hecho de que contiene cláusulas abusivas. El cómputo de la prescripción de la acción del banco se iniciaría más tarde cuando el contrato no incluya cláusulas abusivas y cuando sea absolutamente nulo. También empieza a correr antes el cómputo de la prescripción de la acción del consumidor para reclamar la devolución de una prestación indebida.

- 23 A este respecto, el banco que redactó el contrato que incluía cláusulas abusivas sin las cuales el contrato no puede subsistir se encuentra en una mejor posición jurídica que las entidades que se encuentran en cada una de las tres situaciones descritas. Una posición del banco tan privilegiada parece ser incompatible con el principio de equivalencia. También suscita dudas si poner al profesional en esta posición jurídica tan cómoda no vulnera asimismo el principio de efectividad y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, puesto que de este modo el profesional que sea autor del contrato abusivo recibe de hecho una garantía de que su acción no prescribirá si el consumidor no le informa expresamente con antelación de que es consciente de que el contrato incluye cláusulas abusivas y de las consecuencias jurídicas resultantes de ello. Es más, si el consumidor no presenta en absoluto esa declaración (lo que es una posibilidad real, sobre todo al tomarse en consideración que los consumidores frecuentemente no son conscientes de sus derechos), la acción del profesional para reclamar la devolución de las prestaciones por él satisfechas no prescribirá jamás (incluso tras muchos años), lo que a su vez supone una situación completamente sin precedentes en el sistema polaco del Derecho civil, cuyo principio fundamental es que las acciones patrimoniales prescriben (artículo 117 CC)
- 24 Dado que el consumidor requiere de pago al profesional, basando su reclamación en la afirmación de que es nulo el contrato celebrado por las partes por incluir cláusulas contractuales contrarias a Derecho, la consecuencia lógica de ello es que ese consumidor no consiente esas cláusulas y es consciente de las consecuencias de la nulidad del contrato. El contenido de esa declaración es comprensible (artículo 65 CC, apartado 1) y manifiesta suficientemente la voluntad del consumidor (artículo 60 CC, apartado 1). Por ello, el profesional que reciba esa declaración del consumidor (artículo 61 CC, apartado 1), debe darse cuenta de que el consumidor es consciente de las consecuencias que entraña la nulidad del contrato y las acepta. Por tanto, a más tardar a partir de ese momento debe empezar a correr el cómputo de la prescripción de la acción del profesional.
- 25 Es más, al menos en algunos casos pueden hallarse argumentos que justifiquen una postura todavía que va todavía más lejos, a saber, que —como regla general— el plazo de prescripción ya empieza a correr desde el momento en que se satisfaga la prestación por el banco o desde una fecha no muy posterior. Puesto que el banco dispone de un asesoramiento jurídico de un nivel muy elevado, parece justificada la conclusión de que, observando la diligencia debida, debería haber sido consciente mucho antes de que el contrato preparado por el propio banco incluye cláusulas abusivas. Por tanto, dado que el banco debería haber sido consciente desde el comienzo de que el contrato contiene cláusulas contrarias a

Derecho, lo que da lugar a la restitución de las contraprestaciones por las partes, la diligencia debida exigiría que ya en aquel momento debería haber emprendido acciones tendentes a recuperar su prestación o al menos alcanzar un acuerdo con el consumidor.

- 26 Es también relevante que en la sentencia de 27 de diciembre de 2010, el Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunal Regional de Varsovia — Tribunal de Protección de la Competencia y del Consumidor, Polonia) declaró que era contraria a Derecho, prohibiendo su uso al banco demandado en el tráfico con los consumidores, una cláusula del contrato tipo, llamada «contrato de préstamo hipotecario para las personas físicas [...] indexado al tipo de cambio del CHF», que tiene una redacción idéntica a la cláusula § 10, apartado 5, del contrato de préstamo celebrado por las partes y, por consiguiente, a más tardar en la fecha de inscripción de esa cláusula en el registro, el banco demandado era consciente de que era una cláusula contraria a Derecho.
- 27 Incluso, de aceptarse que depende del consumidor que el contrato devenga definitivamente ineficaz (nulo), no es posible aprobar la conducta del banco, que aun siendo consciente de que hay cláusulas contrarias a Derecho en el contrato elaborado por él, niega ese hecho o hasta lo oculta al consumidor. No obstante, declarar que la prescripción de la acción del banco para reclamar la devolución del capital del préstamo debe empezar a correr solo desde el momento en que el consumidor presente una declaración con un contenido cualificado supone no solo la aceptación de dicha conducta del profesional, sino hasta incentivarla, dado que de este modo el profesional obtiene una garantía de que su acción no prescribirá. Por ese motivo precisamente la postura comentada es, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, incompatible con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad.
- 28 Con respecto al **tercer punto de la cuestión prejudicial**, debe subrayarse que se entiende que la acción del consumidor para reclamar la devolución de la prestación indebida deviene exigible (artículo 455 CC), solo después de que aquel presente una declaración consciente y libre consintiendo la declaración de nulidad del contrato. Puesto que hasta el momento de la presentación de la citada declaración existe una situación de ineficacia suspendida, el consumidor no puede reclamar eficazmente la devolución de la prestación indebida por él satisfecha y por tanto el banco solo tiene la obligación de pagar intereses legales de demora desde esa fecha (artículo 481 CC, apartados 1 y 2).
- 29 A juicio del órgano jurisdiccional remitente, la limitación analizada de la facultad del consumidor para reclamar intereses de demora es incompatible con el principio de equivalencia, dado que, conforme a las disposiciones generales del Derecho civil, una acción sin un plazo definido se convierte en exigible tras el requerimiento de pago. Por ello, la introducción de un requisito adicional empeora la situación de ese consumidor y limita sus derechos. Esa postura es incompatible con los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como con el principio de efectividad. Lo ha destacado el propio TJUE, que declaró que

«la finalidad de los intereses de demora es sancionar el incumplimiento por el deudor de su obligación de devolver el préstamo mediante los pagos periódicos convenidos contractualmente, disuadir al deudor de incurrir en mora en el cumplimiento de sus obligaciones y, en su caso, indemnizar al prestamista de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso en el pago». ²⁸ En cambio, debe considerarse que la limitación temporal del derecho a reclamar esos intereses equivale a una limitación del derecho del consumidor a reclamar la acción de restitución relativa al cobro por el profesional de importes en virtud de cláusulas abusivas — que el Tribunal de Justicia ha declarado inadmisibles. ²⁹ En consecuencia, limitar la facultad del consumidor para reclamar intereses legales de demora parece incompatible con el principio de efectividad, tanto más cuando ello supone al mismo tiempo una aprobación de la conducta del profesional, que retrasa deliberadamente la satisfacción de la pretensión del consumidor, pretendiendo además dilatar la duración del procedimiento ante el órgano jurisdiccional.

- 30 Por lo que se refiere al **cuarto punto de la cuestión prejudicial**, el órgano jurisdiccional remitente llama la atención inicialmente sobre el auto del SN de 29 de julio de 2021 (I CSKP. 146/21), con arreglo al cual «[en] caso de que se declare la nulidad de un contrato de préstamo, las partes deberían restituirse las prestaciones indebidas, es decir, lo que hubiesen recibido realmente. Por tanto, el banco debería devolver al prestatario las cuantías excesivas obtenidas en concepto del reembolso de las cuotas del préstamo, es decir, calculadas sin aplicar las cláusulas de indexación, junto con los intereses y las comisiones, los márgenes los seguros de baja cotización, etc., calculados también sin tomar en consideración dichas cláusulas. Debe subrayarse que el banco demandado recibió realmente el reembolso del principal sujeto a un interés al tipo LIBOR, por lo que parece dudoso aceptar que la liquidación de las partes debe comprender un interés al tipo WIBOR, que recibiría de haberse celebrado un contrato de préstamo válido en eslotis. En ese contexto, debe aceptarse que la obligación de restituir una prestación indebida, como en el caso del enriquecimiento injusto, no tiene por objeto compensar el perjuicio que haya soportado la parte que se haya empobrecido, sino recuperar el valor que haya sido indebidamente transmitido al patrimonio de otra persona, por lo que su reclamación se limita a la devolución de lo que haya obtenido la parte que se haya enriquecido. También es importante que la determinación de los efectos de la declaración de nulidad de un contrato de préstamo no puede desvirtuar la protección garantizada a los consumidores por las disposiciones de la Directiva 93/13, la cual se orienta, entre otras cuestiones, a alcanzar el efecto preventivo citado en su artículo 7 [...]. Sin embargo, no se puede ignorar que la sujeción de las cuotas de principal al tipo de interés LIBOR,

²⁸ Véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de agosto de 2018, C-96/16 y C-94/17, Banco Santander y Escobedo Cortés, apartado 76 y de 10 de junio de 2021, C-192/20, Prima Banka Slovensko, apartado 39.

²⁹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo, apartados 73 y 75.

en caso de que se declare nulo el contrato de préstamo indexado al franco suizo y, en consecuencia, proceda el reembolso de las cuotas sin tener en cuenta la indexación a una divisa extranjera (lo que supone hipotéticamente asumir que se ha otorgado una prestación basada en un préstamo en eslotis) implica en consecuencia una severa sanción para el prestamista y, con independencia de ello, sitúa al prestatario de forma ilegítima en una situación más ventajosa respecto de un prestatario que se beneficie de un préstamo otorgado en eslotis polacos, sujeto al tipo de interés WIBOR, más elevado».

- 31 A juicio del SN, la deuda del consumidor debería verse reducida en el equivalente a los intereses del principal, que el banco tendría derecho a percibir del prestatario si, hipotéticamente, el contrato de préstamo fuera válido. La necesidad de esa reducción de la deuda del consumidor resulta del hecho de que la devolución al consumidor de todas las prestaciones por el importe completo supondría que él mismo se vería indebidamente enriquecido.
- 32 El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre si la postura anteriormente expuesta es compatible con las disposiciones de la Directiva 93/13. Conforme al artículo 405 CC, en relación con el artículo 410 CC, apartado 1, debe restituirse la prestación indebida. Estas disposiciones no contemplan la posibilidad de limitar la acción de restitución de lo indebido por el equivalente de las posibles ventajas resultantes del ahorro de los gastos que la persona que cumplió la prestación debería sufragar de haber celebrado un contrato válido. La postura del Sąd Najwyższy expuesta parece ser incompatible con el principio de equivalencia, dado que limita las facultades de los consumidores para reclamar la devolución de la prestación indebida, satisfecha por ellos respecto a otras personas, que también satisficieron prestaciones indebidas, pero que pueden reclamar la devolución de esa prestación por el importe completo. Es más, el consumidor que haya satisfecho una prestación indebida con arreglo a un contrato nulo se encuentra en una posición peor frente al propio banco, que puede reclamar del consumidor la devolución de todo el principal del préstamo.
- 33 A juicio del órgano jurisdiccional remitente, la situación descrita es incompatible con el principio de efectividad. En efecto, ello supone que el consumidor es tratado de forma menos favorable que el profesional, lo que, por un lado, puede disuadir al consumidor de plantear las acciones que le asisten, incentivando, por otro lado, que el profesional emplee cláusulas contrarias a Derecho. Conviene destacar que, pese a que el contrato de préstamo sea nulo debido a las cláusulas contrarias a Derecho, en la práctica, el equilibrio de las deudas entre el prestatario y el banco es casi idéntico al supuesto en el que estuvieran vinculados por un contrato de préstamo válido. El importe de las contraprestaciones recíprocas de las partes será casi el que correspondería si el prestatario hubiese pagado el principal del préstamo junto con los intereses. Al mismo tiempo, asumir que pueden reducirse los créditos del consumidor por el valor equivalente de un interés notional sobre el capital vulneraría el principio de efectividad de la misma forma que la atribución al banco del derecho a reclamar de los consumidores pagos en

concepto de utilización extracontractual del capital (cuestión a la que se refiere el asunto C-520/21).

34 Además, la citada limitación de la acción del consumidor para reclamar la devolución de una prestación satisfecha en virtud de un contrato nulo por incluir cláusulas abusivas parece ser muy similar a la limitación temporal de la acción de restitución del consumidor, que fue declarada inadmisibile por el TJUE en una sentencia de 21 de diciembre de 2016.³⁰ La diferencia consiste solamente en que la consecuencia del auto del Sąd Najwyższy de 29 de julio de 2021 es la limitación de la acción de restitución del consumidor respecto al importe, mientras que la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 versaba sobre la limitación en el tiempo de la acción de restitución. Por ese motivo, a juicio del órgano jurisdiccional remitente, puede considerarse que limitar la acción del consumidor para reclamar la devolución de la prestación indebida, satisfecha en cumplimiento de un contrato nulo, por el equivalente a un interés nocional sobre el capital vulnera los principios de efectividad y de equivalencia, pero también es directamente incompatible con los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.

35 **Relación de las cuestiones prejudiciales con la resolución del presente litigio.**

36 En el presente procedimiento, el órgano jurisdiccional remitente tiene la obligación de determinar todas las consecuencias inherentes a la nulidad del contrato de préstamo e informar de ellas a las partes del procedimiento, especialmente a los demandantes. La obligación de advertir al consumidor sobre los efectos de la nulidad de un contrato que incluye cláusulas abusivas se deduce tanto de disposiciones de la Unión,³¹ como nacionales.³² Una de las consecuencias fundamentales de la nulidad de un contrato de préstamo es que surge una acción del banco para reclamar la devolución del principal, mientras que para ambas partes del procedimiento reviste una importancia capital la cuestión de si ha prescrito la citada acción del banco. Por ello, el órgano jurisdiccional remitente considera que es necesario analizar esa cuestión en el presente litigio e informar a las partes de los resultados de ese análisis. Es verdad que, en el presente litigio, el órgano jurisdiccional remitente advirtió a los demandantes el 27 de octubre de 2020 de que un efecto de la nulidad del contrato es la acción del banco para reclamar la devolución del principal, pero no informó de si esa acción estaba prescrita.

³⁰ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, Gutiérrez Naranjo y otros, apartados 73 y 75.

³¹ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2021, C-19/20, Bank BPH, apartados 96 a 99.

³² Véanse las resoluciones del Sąd Najwyższy de 15 de septiembre de 2020, III CZP. 87/19, y de 7 de mayo de 2021, III CZP. 6/21, así como la sentencia del Sąd Najwyższy de 27 de julio de 2021, V CSKP. 49/21.

- 37 Asimismo, reviste una importancia fundamental determinar la fecha a partir de la cual a los demandantes les corresponden intereses legales de demora frente al banco demandado. Con arreglo a la nueva línea jurisprudencial (surgida tras haberse dictado la resolución del SN de 7 de mayo de 2021), dichos intereses corresponderían solo desde la fecha en que el consumidor presente una declaración consciente y libre de que conoce los efectos de la nulidad del contrato y los consiente. Esa cuestión tiene una gran importancia financiera.
- 38 También tiene una importancia esencial la cuestión de si el crédito que les corresponde a los demandantes frente al demandado debe reducirse por el equivalente a los intereses que le corresponderían hipotéticamente al banco, si el contrato de préstamo no fuese nulo. Así, en la pretensión formulada con carácter subsidiario, los demandantes reclaman del demandado la devolución del importe de 52 270 PLN por el equivalente a todas las cuotas de principal e intereses del préstamo, abonados del 18 de agosto de 2009 al 19 de diciembre de 2011, en relación con la nulidad del contrato. De aceptarse que los demandantes pueden reclamar la devolución de todas las cuotas del préstamo por su importe completo, la citada pretensión de pago formulada con carácter subsidiario se estimaría en su totalidad. En cambio, la citada pretensión subsidiaria debería desestimarse parcialmente en caso de que se declare que la acción de los demandantes debería reducirse por el equivalente a los hipotéticos intereses sobre el capital que le corresponderían al banco demandado frente a los demandantes si el contrato hubiera sido válido. El importe exacto del interés nocional, que debería sustraerse del crédito correspondiente a los demandantes, exigiría efectuar cálculos precisos.
- 39 **Cuestión prejudicial y propuesta de resolución.**
- 40 Por consiguiente, el órgano jurisdiccional remitente propone que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a la cuestión prejudicial planteada a la vista de los argumentos expuestos anteriormente, que pueden resumirse del siguiente modo.
- 41 En primer lugar, la sanción de ineficacia suspendida no cumple el requisito de que las cláusulas abusivas declaradas abusivas (y el contrato que las incluye) «no han existido nunca y no generan efectos frente al consumidor». Además, la Directiva 93/13 prevé que una cláusula abusiva no vincula al consumidor desde el momento de la celebración del contrato (*ex tunc*) y que el órgano jurisdiccional nacional debe apreciarlo de oficio y sin esperar a que el consumidor se pronuncie, mientras que en el caso de la ineficacia suspendida de un contrato (de una cláusula contractual), el efecto de la falta de vinculación del consumidor tiene lugar solo después de que el consumidor presente una declaración con un contenido cualificado o tras el transcurso del plazo para presentar esa declaración. Supeditar la concesión al consumidor de la protección otorgada por la Directiva 93/13 a que él preste esa declaración no encuentra acomodo en el contenido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ni alcanza el objetivo perseguido por el artículo 7, apartado 1, artículo de la Directiva 93/13, y, sobre todo, vulnera el principio de efectividad.

- 42 En segundo lugar, admitir que la prescripción de la acción del banco para reclamar la devolución del principal desembolsado en ejecución de un contrato de préstamo nulo empieza a correr a partir de la presentación por el consumidor de una declaración en la que afirme que no consiente las cláusulas abusivas y que conoce los efectos de la nulidad del contrato y los consiente, sitúa al banco en una posición privilegiada tanto frente al consumidor como frente a otros profesionales que se encuentren en una situación jurídica similar. Dado que el cómputo de la prescripción de la acción del banco empieza más tarde que en el caso de que el contrato adoleciera de nulidad absoluta, ello supondría que, desde ese punto de vista, resulta más ventajosa para el banco celebrar con un consumidor un contrato que incluya cláusulas abusivas. Ello es incompatible con el principio de equivalencia, como lo es también el hecho de que la acción del banco puede prescribir más tarde que la del consumidor e incluso no prescribir jamás (si el consumidor no es consciente de que el contrato contiene cláusulas abusivas o incluso si es consciente de ello, pero no presenta la correspondiente declaración o bien presenta esa declaración, pero su contenido resulta insuficiente). Al mismo tiempo, esa situación tan privilegiada de un banco que aplique cláusulas abusivas no alcanza el objetivo mencionado en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13. Por último, adoptar esa postura supone colocar al consumidor en una situación de permanente incertidumbre respecto de cuándo prescribe la acción del banco, puesto que incluso la presentación por el consumidor de una declaración manifestando que no consiente las cláusulas abusivas, que conoce las consecuencias de la nulidad del contrato y que las acepta, puede resultar insuficiente. El banco puede alegar que pese a todo el consumidor que presentó la citada declaración no era plenamente consciente de sus derechos.
- 43 En tercer lugar, es también incompatible con el principio de equivalencia declarar que solo en el momento de la presentación de la citada declaración por parte del consumidor deviene exigible su acción para reclamar la devolución de la prestación indebida y solo a partir de ese momento le corresponden al consumidor los intereses legales de demora frente al profesional. Así, en situaciones análogas, la acción para reclamar una prestación indebida deviene exigible ya tras la presentación del requerimiento de pago, sin necesidad de presentar una declaración con un contenido cualificado. Además, una consecuencia de la postura citada es una considerable limitación en el tiempo de la acción para reclamar intereses, de modo que no es posible que el consumidor se aproveche de los fondos que le son debidos y la pérdida de su valor a raíz de la inflación no le es compensada de ningún modo, lo que vulnera el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y el principio de efectividad. Es más, el profesional no soporta ningún tipo de consecuencia negativa en razón del retraso en devolver los recursos debidos al consumidor y de la dilatación del posible procedimiento judicial, lo que no alcanza el objetivo del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.
- 44 En cuarto lugar, también es incompatible con las disposiciones de la Directiva 93/13 la postura según la cual, por un lado, el contrato es nulo por incluir cláusulas abusivas, pero, por otro, el consumidor no puede recuperar del banco las cuotas del principal reembolsadas por él por su importe completo. Cuando el

contrato es nulo en virtud de otro fundamento jurídico, a las partes les corresponde una acción para reclamar la devolución de todas las prestaciones, sin ninguna limitación de su importe, de modo que la aplicación de tal limitación al consumidor es incompatible con el principio de equivalencia. Es más, la reducción del valor de la pretensión debida al consumidor no cumple el requisito del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, dando lugar a que sea fragmentaria la protección otorgada al consumidor. Finalmente, de ello resulta que, desde el punto de vista de los movimientos de dinero entre las partes, la situación es análoga al supuesto en el que las partes hubieren celebrado un contrato válido, que le procure beneficios al banco. A raíz de ello, el profesional obtiene ingresos de un contrato que es nulo por contener cláusulas abusivas, lo cual es incompatible con el principio de efectividad.

DOCUMENTO DE TRABAJO