

Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de junio de 2023 (*Bank M.*): nulidad total del contrato por causa de abusividad de una cláusula y restricciones a las pretensiones del prestamista que exceden de la reintegración del nominal prestado

Sumario

-

La Sentencia Bank M. del TJUE declara incompatible con la Directiva 93/13 cualquier pretensión del prestamista que ha empleado una cláusula abusiva que hace nulo el contrato que vaya más allá de la pura restitución del importe nominal del capital prestado (y, en su caso, del interés moratorio sobre ese importe nominal computado desde la reclamación efectuada al consumidor). La Sentencia comentada pone fin a una situación de incertidumbre sobre los préstamos en divisas que han caracterizado distintos mercados de crédito en Europa central y oriental. Con su decisión, sin embargo, el TJUE hace un mal servicio a una adecuada y actualizada comprensión de la ordenación de los efectos de la ineficacia de los contratos puramente financieros y empaña la búsqueda de soluciones coherentes que conjuguen la disuasión del empleo de cláusulas abusivas y la debida compensación a los consumidores afectados con el correcto funcionamiento de la restitución post-nulidad en contratos cuyas prestaciones son flujos financieros.

Abstract

-

The Bank M. decision from the CJEU holds that Directive 93/13 prevents that, when a loan contract is declared void as a whole due to the existence of unfair terms that do not allow the contract to survive, the lender seeks any remedy that allows it to recover amounts beyond the nominal amount of the loan and, eventually, the default interest since restitution of the loan is sought by the lender. The Bank M. ruling seems to close the most important open debate concerning FC-loans in Central and Eastern Europe. The findings of the Court, however, do not reflect an up-to-date and adequate view of the consequences of the lack of legal effects of a credit contract, and does not pave the way in the search of satisfactory solutions that combine the proper deterrence effect against the use of unfair terms and the proportionate compensation to affected consumers in financial contracts.

Title: *Commentary on the Decision of the Court of Justice of the European Union of June 15, 2023, C-520/21 (Bank M.): nullity of the contract arising from unfair terms and constraints on lender's claims in restitution*

-

Palabras clave: préstamos en divisas, contratos de crédito, Directiva 93/13, cláusulas abusivas

Keywords: *FC-loans, credit contracts, Directive 93/13, unfair terms*

-

Índice

-

1. Introducción

2. Hechos principales del caso y la consulta al TJUE

3. La respuesta de Luxemburgo

3.1. La posición del Abogado General


3.2. La posición del TJUE

4. Los problemas de la aproximación patrocinada por la Sentencia Bank M.

5. Conclusiones

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción*

La protección de los consumidores en el marco de los contratos celebrados con entidades de crédito ha sido objeto recurrente de atención por parte de los tribunales nacionales de distintos países europeos en los últimos años, singularmente tras la crisis financiera. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) ha jugado un papel protagonista en la interpretación de la principal norma europea aplicable a este tipo de asuntos, esto es, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13). En el marco de esta tarea de marcar la interpretación a que han de sujetarse los órganos jurisdiccionales europeos al aplicar la Directiva 93/13, hace unas semanas el TJUE se ha pronunciado sobre las consecuencias de la nulidad total de un contrato que contenía cláusulas abusivas, con motivo de una cuestión prejudicial remitida por un tribunal de instancia polaco relativa a una hipoteca en divisa.

En su sentencia de 15 de junio de 2023 (C-520/21) (en adelante, Sentencia *Bank M.*), el TJUE aborda las cuestiones suscitadas por el juez polaco acerca de las consecuencias en el terreno restitutorio de la nulidad de un contrato de préstamo hipotecario denominado en francos suizos con un consumidor. La nulidad total del contrato tenía su raíz en la presencia de una cláusula abusiva relativa a la concreta determinación, para cada pago que hubiera de hacerse por el prestatario, del tipo de cambio entre la moneda polaca y la divisa en que se denomina el crédito. En concreto, el juez remitente quería cerciorarse de si las pretensiones del consumidor prestatario y/o del profesional prestamista que excedan de la mera reintegración de las cantidades abonadas por cada parte: las cuotas del préstamo ya pagadas, en el caso del prestatario y el capital prestado en el caso del prestamista, eran compatibles con la correcta interpretación de los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como con los principios de efectividad, seguridad jurídica y proporcionalidad.

En este breve trabajo pretendemos ofrecer algunas consideraciones sobre la Sentencia *Bank M.* En la sección 2 presentamos una síntesis de los hechos del caso. La sección 3 resume las posiciones adoptadas en sus conclusiones por el Abogado General A.M. Collins y por el TJUE en su pronunciamiento. La sección 4 sintetiza las posibles aproximaciones (incluidas las adoptadas por el Tribunal Supremo en España) en relación con los contratos de préstamo hipotecario en divisas, y valora críticamente la Sentencia *Bank M.*, tanto en la solidez de sus argumentos como en la deseabilidad de las conclusiones alcanzadas, en un doble plano: como solución a la saga polaca (o de Europa central y oriental, más ampliamente) de préstamos hipotecarios en francos suizos a los hogares, de un lado; como doctrina general sobre las consecuencias de la nulidad total de un contrato que arranca de la concurrencia en el mismo de cláusulas abusivas. La sección 5 cierra el trabajo con unas muy sucintas conclusiones.

* Fernando Gómez Pomar (fernando.gomez@upf.edu). Sheila Canudas Perarnau (sheilacanudas@gmail.com).

Es preciso advertir que el primer autor del trabajo elaboró un informe jurídico independiente sobre cuestiones de Derecho de la UE por encargo de la parte demandada en el asunto resuelto por la Sentencia comentada. Las opiniones expresadas en este comentario no se refieren a las cuestiones de dicho informe ni se ven afectadas por información obtenida en el asunto, en cuyo resultado final no tenemos ningún tipo de interés directo o indirecto.

Agradecemos el apoyo financiero del Ministerio de Ciencia e Innovación español con cargo a los proyectos PID2021-126354OB-I00/MICIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER, UE, sobre «Responsabilidad contractual y extracontractual de las plataformas en línea» y PID2021-127258NA I00/AEI/10.13039/501100011033, UE RYC2018-026249-I, sobre «iConsumers: Protecting Consumers in Digital Platforms» financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, la Agencia Estatal de Investigación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional.

2. Hechos principales del caso y la consulta al TJUE

La presente controversia nace de un contrato de préstamo hipotecario que suscribieron A.S. y su esposa con un banco polaco, Bank M., en 2008. La cuantía total del préstamo ascendía a 329.707,24 złotys polacos (PLN) indexados al franco suizo (CHF). El contrato permitía que el pago mensual se efectuara en la moneda polaca tras convertir la cuota a la divisa suiza mediante el tipo de cambio empleado por el propio banco. Los préstamos en francos suizos habían sido muy populares en Polonia (y en otros países de la misma zona de Europa) desde la primera década del siglo XXI, al permitir a los prestatarios beneficiarse de tipos de interés claramente inferiores a los aplicables a los préstamos denominados en moneda local. El estallido de la crisis financiera mundial en 2008 desplomó el valor de la divisa polaca -de otras divisas europeas y, en buena medida, también del euro- frente al franco suizo, poniendo en serias dificultades a muchos prestatarios para el pago de sus obligaciones según el préstamo hipotecario. En un proceso que no puede sorprender a nadie en España (pues vivimos uno muy similar, aunque no centrado en las hipotecas en divisa), como consecuencia de tales circunstancias, miles de demandas de prestatarios se acumularon en los años posteriores ante los tribunales polacos (y de otros países del este de Europa)¹.

En mayo de 2021, A.S. presentó una demanda ante los tribunales polacos, solicitando que se declarase la nulidad de varias cláusulas del contrato de préstamo en divisas y que, por consiguiente, le fueran reembolsadas las cantidades satisfechas (solicita la mitad del total, perteneciendo la otra mitad a su esposa). En su petición, el demandante sostenía que el prestamista obtenía una ganancia indebida a través de la conversión de las cuotas de la moneda local al franco suizo.

En la contestación a la demanda, el banco prestamista alegó que la solicitud de A.S. debía ser desestimada pues las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario no eran abusivas. Además, argumentó que, en cualquier caso, era el propio banco quien eventualmente tendría derecho al reembolso de dinero por parte de A.S. en caso de nulidad del contrato, tanto por el nominal del capital prestado como a título de compensación por el uso, sin base o causa jurídica (por ser nulo el propio préstamo) del capital prestado que durante años habían hecho los prestamistas.

El tribunal remitente afirma que los tribunales polacos coinciden en considerar ilícitas las cláusulas de conversión de moneda del tipo de las incluidas en el préstamo objeto de la controversia. No obstante, el tribunal polaco señala que la jurisprudencia nacional no es unánime en relación con los efectos que la ilicitud ha de desplegar, aunque parece haber cierto consenso, desde la resolución del asunto *Dziubak* (C-260/18) del TJUE, en cuanto a que la inclusión de dichas cláusulas invalida el contrato en su conjunto.

Por otro lado, se indica que el derecho polaco prevé que la nulidad opera con efectos *ex tunc*, por lo que las partes pueden exigir la restitución de la totalidad de las prestaciones ejecutadas en virtud del contrato nulo. Ahora bien, las dudas que plantea la cuestión prejudicial recaen sobre

¹ Sobre los antecedentes y efectos de la proliferación de crédito en divisa a los hogares en países del centro y este de Europa, véase GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, «La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», *InDret* 2.2023, pp. 640-644.

la posibilidad de que las partes puedan pretender y obtener otras cantidades más allá de lo estrictamente pagado por cada una a resultas del contrato declarado nulo. Más concretamente, a la exigencia, con base en doctrinas como el enriquecimiento injustificado o la restitución de lo indebidamente cobrado, de un importe correspondiente a la utilización de fondos procedentes de la otra parte durante el período en el cual aún no se había constatado la nulidad del contrato, dado que esta privaría de fundamento jurídico a dicha utilización.

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional nacional pregunta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si, a la luz de la Directiva 93/13 (concretamente, de sus artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1) y del principio de efectividad, se puede interpretar la normativa nacional en el sentido que, ante la declaración de nulidad *ab initio* de un contrato de préstamo entre un banco y un consumidor, por incluir cláusulas abusivas, las partes se pueden reclamar también prestaciones que superen las cantidades pagadas en estricta ejecución del contrato nulo y los intereses de demora, devengados al tipo legal desde la fecha del requerimiento de pago a la contraparte. En particular, la consulta al TJUE pretende dilucidar si de conformidad con la Directiva 93/13 el banco prestamista puede obtener más del nominal del capital prestado, a través del cauce de la remuneración o compensación por el uso de este capital que han hecho por los prestatarios desde el 2008 (año de la firma del contrato entre Bank M. y A.S.).

3. La respuesta de Luxemburgo

3.1. La posición del Abogado General

En sus conclusiones de 16 de febrero de 2023, el Abogado General A.M. Collins comienza recordando una proposición sobre la que pretende construir el conjunto de sus restantes argumentos: la Directiva 93/13 persigue la protección del consumidor a través de la armonización mínima de los derechos de los consumidores ante cláusulas abusivas, de manera que las disposiciones legislativas nacionales, y la jurisprudencia que las interpreta, pueden legítimamente conceder al consumidor derechos más amplios y potentes que los recogidos en la Directiva 93/13. Así, se muestra con toda decisión favorable a considerar plenamente compatible con la Directiva el que los consumidores puedan ejercitar frente al banco que les concedió el préstamo hipotecario nulo otras pretensiones que supongan que el importe global que recibirían los consumidores excediera el reembolso de las cuotas del préstamo pagadas.

El Abogado General no entiende que dicha conclusión menoscabe el principio de efectividad de la Directiva, antes al contrario: tal posibilidad puede incentivar a los prestatarios a ejercitar los derechos que como consumidores les atribuye la Directiva 93/13, a la vez que disuade a los bancos de introducir cláusulas abusivas en sus contratos con los consumidores.

Por el contrario, el Abogado General considera que el banco prestamista tiene vedado ejercitar pretensiones de esta o similar naturaleza. En primer lugar, porque si se permitiera al banco ejercitar frente a un consumidor pretensiones que excedieran del reembolso del principal del préstamo y, más concretamente, una pretensión dirigida a recibir una remuneración por el uso - efectivo o simplemente posible- por parte del consumidor del capital prestado y abonado, se estaría esencialmente privando de efectividad a la Directiva 93/13, dando lugar a un resultado incompatible por el texto legal europeo. Además, se estaría menoscabando el efecto disuasorio que debe caracterizar a todas las consecuencias jurídicas de la normativa protectora de consumidores que expresa la mencionada Directiva.

Según el Abogado General, una remuneración por el capital prestado en el caso de que el contrato fuera nulo por efecto de las cláusulas abusivas insertas por ellos mismos en los contratos de préstamo supondría que los prestamistas podrían verse tentados -de manera indeseable- a introducir en sus contratos cláusulas incompatibles con las exigencias de la Directiva 93/13. Podría ser el caso que la imposición de cláusulas abusivas a los consumidores por parte de los bancos pudiera llegar a ser rentable para estos, lo que quebraría por completo la efectividad de la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores. Además, supeditar la liberación de los consumidores de las cláusulas abusivas que les han sido impuestas al pago por parte de los beneficiarios de la protección legal de una retribución potencialmente elevada podría crear un escenario indeseado, en que les resultara más atractivo a los consumidores el seguir cumpliendo con el contrato en el que hay cláusulas abusivas que reaccionar frente a estas a través de las vías trazadas por la Directiva 93/13. Este resultado, arguye el Abogado General, es, a todas luces, rechazable.

Adicionalmente, se argumenta que al ser la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en divisa una consecuencia de la inclusión por parte del propio banco de cláusulas abusivas en ese contrato, si la parte responsable de la ilicitud obtuviera algún tipo de ventaja económica derivada de la situación creada por el propio comportamiento ilícito, se estaría contraviniendo el principio jurídico *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Por todo ello, concluye el Abogado General que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que el consumidor pueda reclamar contra el prestamista, en caso de nulidad de un contrato de préstamo por causa de contener cláusulas abusivas, el reembolso de cantidades adicionales a las satisfechas al prestamista en ejecución del contrato nulo, y también al montante de intereses de demora al tipo legal. De hecho, esas pretensiones adicionales de ordinario servirán los objetivos y fines de la Directiva 93/13, aunque es cierto que su alcance y procedencia se remiten a las reglas del Derecho nacional aplicable, y deja abierta la puerta a que los órganos jurisdiccionales nacionales las desestimen cuando constituyan un abuso de derecho.

En cambio, en relación con el prestamista, la conclusión es justamente la contraria: la Directiva 93/13 veda tajantemente que el banco reclame cualquier importe superior al nominal del préstamo satisfecho al consumidor y a los intereses de demora que se hubieran devengado desde la fecha del requerimiento de pago -del reembolso de ese nominal- dirigido por el prestamista al prestatario una vez constatada la nulidad del contrato.

3.2. La posición del TJUE

En su sentencia, el TJUE comparte en todo lo relevante la aproximación y los resultados que avanzó unos meses atrás el Abogado General. La Sentencia *Bank M.*, con plena conciencia del alcance de sus pronunciamientos, trata de arrojar luz sobre las restricciones que se derivan de la Directiva 93/13 sobre las consecuencias de la nulidad total de un contrato entre una empresa y un consumidor al contener elementos abusivos que tocan a cláusulas sin las cuales el contrato - a juicio de un cierto derecho nacional y según los tribunales de ese país- no puede subsistir.

Lo hace de manera específica en relación con contratos de crédito y, aún más singularmente, con contratos de préstamo hipotecario en divisas, que ya habían llegado en nutrido número a las puertas del TJUE, dada su popularidad antes de la crisis financiera en distintos países de Europa

central y oriental y a la vista de las negativas repercusiones sociales y económicas que su extensión había comportado a muchos hogares de esos países de nuestro continente. Con todo, no es fácil detectar datos en la Sentencia *Bank M.* que permitan conjeturar que el alcance que el TJUE quiere darle a las soluciones alcanzadas y a los argumentos empleados para llegar a ellas una trascendencia limitada o circunscrita al ámbito concretamente afectado por el pronunciamiento del Tribunal. Al contrario, parecería más bien que trata de proyectar una lectura amplia y general de las constricciones que la interpretación de la Directiva 93/13 (artículos 6 y 7 y principio de efectividad, de manera destacada) ha de tener sobre el derecho de los Estados Miembros que gobierna las consecuencias de la nulidad total del contrato cuando el origen de esta se halla en la vulneración de las normas que trasponen la Directiva 93/13.

La nulidad total del contrato y sus efectos jurídicos es materia que, notoriamente, queda fuera del ámbito armonizador de la Directiva 93/13. Además, la jurisprudencia del TJUE había remitido de forma ostensible a las disposiciones legales y los órganos judiciales nacionales, la determinación de la nulidad total del contrato en presencia de cláusulas abusivas y, *a fortiori*, los efectos jurídicos de una eventual nulidad de esta clase. La nulidad de la totalidad del contrato no es un remedio, efecto jurídico o sanción que pertenezca a la esfera de la Directiva 93/13: SSTJUE *Jörös*² y *Bank BPH*³. La Sentencia *Bank M.* reitera esta posición, indicando que al no regular la Directiva 93/13 las consecuencias que acarrea la invalidez contractual tras la supresión de cláusulas abusivas, ha de corresponder a los Estados Miembros la determinación de esas consecuencias. Ahora bien, señala, siempre desde el respeto al Derecho de la UE y, particularmente, a los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13.

La conexión entre los efectos de la nulidad total según el derecho nacional y la consecución de los objetivos de protección de la Directiva no había pasado inadvertida al TJUE, que ya se había mostrado consciente de que la nulidad total de un contrato a resultas de contener cláusulas abusivas, así como los efectos jurídicos -restitutorios, en particular- derivados de esa nulidad podrían afectar a la situación jurídica de los consumidores y, con ello, al balance final de ventajas y desventajas derivadas de la aplicación de la Directiva 93/13 a un cierto asunto. Ahora ha querido el TJUE someter explícitamente una parte relevante de aquello que pertenece a los Derechos civiles (de contratos, de cobro de lo indebido o del enriquecimiento sin causa) nacionales a precisas restricciones fundadas en las exigencias protectoras de la Directiva 93/13 en favor del consumidor. En último extremo, la viabilidad competencial y el sustrato jurídico de esta misión armonizadora por parte del TJUE dependen de la ambición y amplitud con que se conciba o se quiera concebir la plasmación en previsiones reglamentadoras de los efectos mediatos -sobre nulidad total y sus consecuencias restitutorias- de la abusividad a tenor de la Directiva 93/13 de ciertos elementos fundamentales de este texto legal: el reequilibrio de la situación de inferioridad en que se halla el consumidor respecto al profesional, tanto en la capacidad de negociación como de información, por lo que toca a las cláusulas no negociadas, y la consiguiente obligación para los Estados Miembros de instrumentar medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

El TJUE recuerda un ingrediente básico añadido por el propio Tribunal en 2016 en su proceso de construcción de un Derecho jurisprudencial sobre el escueto texto de la Directiva 93/13. Es uno

² Sentencia del TJUE, 30 de mayo de 2013, *Jörös*, C-397/11.

³ Sentencia del TJUE, 29 de abril de 2021, *Bank BPH*, C-19/20.

que todos los juristas españoles recuerdan (o debieran hacerlo): la exigencia de restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido nunca la cláusula abusiva, articulando las pretensiones contra la empresa responsable de la abusividad de las necesarias pretensiones de restitución que fueran adecuadas a ese fin de pleno restablecimiento de la integridad de la posición del consumidor), afirmado contundentemente por el TJUE en el asunto *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15). Cualquier insuficiencia en este terreno supondría, a juicio del TJUE, una desvirtuación inadmisibles del efecto disuasorio que la Directiva impone respecto de la inclusión de cláusulas abusivas por parte de las entidades bancarias en estos contratos.

Todo este argumentario y las prescripciones que de él resultan se desplazan ahora desde los efectos de la invalidez de una cláusula (que, aunque sea de manera genérica, sí constituye un remedio propio en la Directiva 93/13, pues se contempla en su artículo 6) a la invalidez del entero contrato, un ámbito, por contra, reservado -y tradicional, además- al derecho nacional. De modo que el TJUE deduce que serán compatibles con el Derecho comunitario aquellos ordenamientos jurídicos nacionales (¿y solo ellos?) que (i) permitan efectivamente el restablecimiento de hecho y de derecho de la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido el contrato, y (ii) no pongan en peligro el efecto disuasorio de la Directiva 93/13.

Sentado lo anterior, el TJUE concluye que es conforme con la Directiva 93/13 y con el principio de efectividad la autorización por un derecho nacional de una reclamación por parte de un consumidor que supere la cifra del reembolso de las cuotas abonadas y los gastos pagados en virtud del préstamo declarado nulo, y también exceda la cuantía de los intereses de demora al tipo legal computados desde el requerimiento de pago formulado por el consumidor. Esta posibilidad no supone, a juicio del TJUE, poner en cuestión el principio de seguridad jurídica, por constituir mera aplicación concreta de la prohibición de las cláusulas abusivas establecida por la Directiva 93/13, así como tampoco el principio de proporcionalidad (aunque son las normas y los órganos nacionales los encargados de cerciorarse de que su aplicación no vaya más allá de lo necesario para alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva 93/13).

En la misma línea que el Abogado General Collins, el TJUE utiliza el mismo razonamiento para alcanzar conclusiones diametralmente opuestas en relación con las pretensiones que pudiera plantear el prestamista más allá de la estricta restitución del nominal prestado al prestatario consumidor -y, en su caso, del interés de demora devengado a partir de la reclamación de pago de ese nominal dirigido al consumidor-. Cualquier importe, por nimio que fuere, superior a esas cantidades, pondría en riesgo extremo la efectividad de la protección dispensada por el Derecho de la UE al consumidor frente a las cláusulas abusivas, así como el imprescindible efecto disuasorio de la Directiva 93/13 sobre los incentivos de las empresas a usar, o abstenerse de hacerlo, cláusulas abusivas en sus modelos de contratación en masa.

El argumento se refuerza, de nuevo en sintonía con el Abogado General Collins, trayendo a colación el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*: no puede admitirse que el prestamista obtenga ventaja o provecho alguno de su comportamiento ilícito (el uso de cláusulas abusivas), ni que se le compense o indemnice por las desventajas que tal comportamiento le haya provocado.

El TJUE discrepa igualmente de las alegaciones del banco, en el sentido de que no permitir esta reclamación por parte de la entidad bancaria implicaría la obtención por los consumidores de un préstamo gratuito. También rechaza enfáticamente (como lo hizo, en su momento, en *Gutiérrez Naranjo*, contra el parecer del Abogado General Mengozzi) el argumento de que proscribir cualquier remuneración por el capital prestado a numerosos consumidores durante largos períodos de tiempo constituye una amenaza de la estabilidad de los mercados financieros.

4. Los problemas de la aproximación patrocinada por la Sentencia *Bank M.*

No es el objetivo de este comentario a la Sentencia *Bank M.* reproducir, ni siquiera en forma somera, el análisis de los contratos de préstamo en divisa entre entidades bancarias y consumidores y su problemática contractual, incluyendo la que se suscita en relación con la Directiva 93/3, que ya realizamos en nuestro trabajo publicado en esta revista⁴. Tratamos simplemente de ofrecer un breve comentario -sin sorpresas para quien haya leído el trabajo anterior- crítico con el planteamiento y los resultados interpretativos sobre la Directiva 93/13 contenidos en la Sentencia.

La Sentencia *Bank M.* es relevante en un doble plano. Primero, como guía a la luz de la Directiva 93/13 a las soluciones jurisprudenciales para las controversias sobre cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario en divisas. Segundo, como expresión de la interpretación escogida por el TJUE de la Directiva 93/13 en cuanto a las restricciones que este texto europeo erige frente a los regímenes legales nacionales de nulidad del contrato y sus consecuencias jurídicas -cuando la nulidad arranca de la presencia en el contrato de una o más cláusulas abusivas-. En ambos, la Sentencia *Bank M.* genera perplejidades. Desde nuestra perspectiva, su argumentario y sus conclusiones difícilmente pueden concitar opiniones y consensos, tanto en el terreno teórico como en el de sus consecuencias prácticas.

En el primero de los planos indicados, el del debate acerca de la aproximación jurisprudencial a la protección del consumidor basada en la Directiva 93/13 para las hipotecas en divisa, es cierto que el TJUE se hallaba condicionado en su capacidad de respuesta por la senda elegida por los tribunales polacos en la materia: partiendo de la inserción en el contrato de cláusulas que favorecían al prestamista en la fijación del tipo de cambio aplicable en cada pago de hipoteca, se eligió en Polonia declarar la nulidad de estas previsiones contractuales: considerando que sin ellas el contrato de préstamo hipotecario en divisa en cuanto tal no podía permanecer en vigor, se había de decretar la nulidad total del contrato.

Evidentemente, la nulidad total viene acompañada de manera natural, si no semiautomática, de la restitución recíproca de prestaciones, un efecto que puede comportar consecuencias adversas para el consumidor -pues ha de reintegrar de una vez y de inmediato el capital recibido y aún pendiente de devolución-. Al tiempo, en el caso particular de los préstamos en divisa, la nulidad total supone un efecto económico extremadamente favorable para el consumidor: el riesgo de tipo de cambio entre la moneda local y el franco suizo, que en la realidad se ha materializado con gran crudeza contra aquellos que asumían el riesgo de depreciación de las monedas distintas -incluyendo el euro- al franco suizo, y que en el préstamo hipotecario recaía sobre el prestatario, ahora, por obra de la nulidad del contrato, se produce en detrimento del prestamista. Este, contra

⁴ GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, *InDret* 2.2023, pp. 635-669.

lo que esperaba y decía el contrato, no verá reintegrado el capital prestado en moneda local al contravalor actual de los francos suizos inicialmente prestados, sino al contravalor de la fecha del préstamo, mucho más favorable a la moneda local. De ahí resulta que el prestatario ha de pagar menos y el prestamista recibir menos de lo previsto inicialmente en el contrato.

Como es notorio, la vía polaca no ha sido ni es la única viable para los tribunales⁵ de los distintos Estados Miembros a la hora de abordar las hipotecas en divisa desde la Directiva 93/13. En el caso español, por ejemplo, el Tribunal Supremo optó por aproximarse a los contratos de préstamo hipotecario en divisa sobre la base de la transparencia sustantiva emanada -por vía interpretativa- de la Directiva 93/13. Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo ha venido considerando con frecuencia las cláusulas de divisa como no transparentes⁶ y, de manera cuasiautomática, abusivas⁷. No obstante, en algunas ocasiones el propio Tribunal Supremo ha rehusado calificar la denominación en divisa como no transparente y, por esa razón, abusiva. Así, en la reciente sentencia de 27 de abril de 2023, el Tribunal Supremo considera que «*con los hechos probados, mal puede fundarse una supuesta falta de transparencia que pueda desembocar en una declaración de abusividad, cuando consta que la prestataria fue informada con antelación suficiente del funcionamiento del préstamo en divisas y sus riesgos*». Y entiende el Tribunal que «*no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios*»⁸.

Además, una vez declarada la abusividad como tal de la denominación del préstamo hipotecario en divisa sin suficiente información de los riesgos para el prestatario, el Tribunal Supremo ha procedido a «reescribir» el contrato de crédito celebrado entre prestamista y prestatario para redenominarlo en euros y para referenciar la evolución del tipo de interés variable al EURIBOR. Es dudoso que este audaz (o poco ortodoxo, si se prefiere) giro del Tribunal Supremo se encuentre

⁵ Como señalamos en nuestro trabajo ya publicado, no solo se han ensayado salidas judiciales. Distintos países afectados masivamente por hipotecas en divisa optaron por soluciones legislativas *ad hoc* estableciendo una conversión forzosa a la moneda local o al euro, con tipos de cambio menos favorables a los prestamistas que los realmente existentes en los mercados: GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, *InDret* 2.2023, pp. 635-669.

⁶ El Tribunal Supremo ha considerado que las cláusulas de préstamo denominados en divisa superan el control de transparencia cuando pueda acreditarse que el prestatario ha estado efectivamente en condición de conocer «(i) el riesgo de fluctuación de la moneda en que se referencia el préstamo puede influir en el importe de las cuotas periódicas de amortización; y (ii) que también puede influir en la cantidad que haya que amortizar en total, lo que supone que puede acabar pagándose más capital del recibido» (criterio reiterado en los pronunciamientos sobre esta cuestión; por ejemplo, en sentencia de 28 de marzo de 2023). Para un análisis más detallado sobre este control de transparencia desplegado por el Tribunal Supremo sobre las cláusulas de denominación en divisa, véanse, NAVAS NAVARRO, «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 106, 2018; ÁLVAREZ LATA, «Control de transparencia y préstamos multidivisa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 119, 2022; CARRASCO PERERA, «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA (ed.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 521 ss.

⁷ Es el caso, entre otras, de las recientes sentencias del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 26 de mayo de 2023, 6 de junio de 2023 y 14 de junio de 2023.

⁸ Lo mismo pone de relieve la sentencia de 9 de marzo de 2023, al afirmar que «*en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia. Resulta irrelevante el modo en que los consumidores llegan a ser conscientes de la carga jurídica y económica de la cláusula controvertida, puesto que lo determinante es que tengan dicho grado de conocimiento*».

amparado por las excepciones a la prohibición estricta que pesa sobre los tribunales nacionales europeos de ajustar el contrato tras una declaración de abusividad de una o varias cláusulas. Singularmente, por las excepciones fundadas en *Kásler*⁹ -que autoriza a los órganos judiciales a recurrir a las disposiciones legales supletorias cuando ello sea necesario para evitar la nulidad de todo el contrato con consecuencias negativas para el consumidor- y en *Bank PBH* -que permite a los tribunales no suprimir toda la cláusula abusiva cuando se invalida la totalidad de la parte abusiva y existen medidas legales específicas que garantizan la disuasión del uso de ese tipo de cláusulas abusivas-.

En España el resultado de la litigación en la materia -salvo en los casos de cláusula de denominación en divisa «transparente»- ha sido que el prestatario devolverá en euros el importe del capital aportado por el prestamista más el interés pactado inicialmente en el contrato -si bien su variación queda referenciada al EURIBOR-, según el calendario de cuotas inicialmente previsto. Los prestatarios, mediante esta solución, no solo se ven libres del riesgo -materializado, como sabemos, en su contra, al menos en el caso del franco suizo- de tipo de cambio del euro con la divisa elegida, sino que disfrutan del menor tipo de interés de partida que se asociaba a la opción del préstamo en divisa, aunque esta segunda ventaja se erosiona con la variación del tipo deudor al EURIBOR. Sin duda, ventajas no desdeñables, si bien palidecen ante las que van a obtener los consumidores polacos con hipotecas en francos suizos a tenor de lo dispuesto por la Sentencia *Bank M.*: no solo se liberan del riesgo de tipo de cambio, sino que van a disfrutar de un préstamo a interés cero desde la fecha de celebración del contrato hasta el momento en el que, declarada la nulidad del contrato, el prestamista exija la devolución del nominal del préstamo.

El TJUE, en la Sentencia que comentamos, ha tenido que operar, ineludiblemente, dentro del marco delimitado por la «vía polaca» en el tratamiento de los préstamos hipotecarios en divisa según la Directiva 93/13: al venir a faltar la determinación concreta del tipo de cambio entre la moneda local y la divisa elegida, siendo el préstamo en divisa, el propio contrato como tal no puede subsistir y se ha de considerar nulo¹⁰. En lo que el TJUE no estaba condicionado, en cambio, es en cómo y dónde trazar los límites que las exigencias emanadas de la Directiva 93/13 (pleno restablecimiento de la situación *ex ante* del consumidor, efectividad de los remedios jurídicos dispuestos por el Derecho de la UE y efecto disuasorio respecto de las conductas infractoras de las reglas europeas) comportan para los derechos nacionales que rigen, para un contrato de crédito denominado en divisa, las pretensiones entre las partes al constatarse la nulidad del contrato entre la empresa y el consumidor cuando esta nulidad emana de la presencia de cláusulas abusivas en el contrato.

La aproximación elegida por el Tribunal de Luxemburgo nos parece poco ajustada a la problemática contractual de los créditos en divisa. También, como trataremos de explicar más adelante, la creemos insatisfactoria en cuanto interpretación general de cómo la Directiva 93/13 condiciona la libertad de maniobra de los legisladores y los tribunales de los Estados Miembros

⁹ Sentencia del TJUE, 30 de abril de 2014, *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai / OTP Jelzálogbank Zrt*, C-26/13.

¹⁰ Ya apuntamos en nuestro anterior trabajo (GÓMEZ POMAR, CANUDAS PERARNAU, InDret 2.2023) que, al contrario de lo que ocurre en los litigios españoles, en Polonia no es la cláusula que determina que el préstamo se denomine en moneda extranjera la que se considera abusiva, sino que lo es una cláusula accesoria relativa al tipo concreto que se utiliza en cada desembolso o pago para convertir una divisa en otra. Por consiguiente, el mantenimiento del contrato de préstamo tras la supresión de la cláusula seguiría dejando al prestatario sometido al riesgo de tipo de cambio sin perjuicio de que los contornos menores de dicho riesgo -el detalle de la tasa de conversión- puedan haber variado por la abusividad de aquella cláusula accesoria.

al ordenar jurídicamente la situación post-nulidad entre las partes en los casos en que la nulidad obedece a la abusividad de una o más cláusulas -esenciales- en el contrato, sea de crédito o de otra naturaleza.

En cuanto al modo de abordar las dificultades de la contratación de crédito en divisa, la Sentencia *Bank M.* adolece de formalismo y de insuficiente -inexistente sería acaso más fiel a la realidad- atención a las características propias de los contratos de crédito. Un contrato de crédito es esencialmente un intercambio de flujos de dinero entre las partes. En el modelo más tradicional de contrato de crédito (el préstamo, con o sin garantía hipotecaria), el prestamista intercambia un flujo inmediato de dinero (el capital prestado) por flujos periódicos de efectivo durante el período de duración del préstamo. Esta ordenación del importe y secuencia temporal de flujos supone, naturalmente, «financiación» al prestatario -que con el anticipo de fondos puede acometer las decisiones de consumo o inversión que no tendría a su alcance dada su riqueza e ingresos- y remuneración -los intereses y, en su caso, comisiones- al prestamista por la financiación otorgada al prestatario.

Pero una cierta relación contractual de crédito es (siempre y necesariamente) un determinado esquema de ordenación de los flujos de dinero entre las partes en el contrato. Todas las vicisitudes «anormales» -esto es, toda aquella contingencia o circunstancia distinta del cumplimiento regular del contrato según lo previsto - que puedan afectar al contrato no son sino alteraciones temporales y/o de cuantía en el intercambio pactado en el contrato. Por ejemplo, si el prestatario incumple el contrato y el prestamista lo resuelve o lo hace vencer anticipadamente, el flujo de cuotas periódicas programado inicialmente e incumplido por el prestatario se sustituye por un pago inmediato a cargo del prestatario consistente en el importe total debido menos la reducción de intereses que supondrá la menor duración de la financiación por el vencimiento anticipado, más los intereses de demora que procedan hasta el efectivo abono. En otras palabras, se altera el importe y el tiempo de los flujos monetarios a cargo del prestatario.

Algo muy parecido sucede con la nulidad total del contrato de préstamo. La restitución *ex artículo 1303 CC* supone que los flujos fijados en el contrato se sustituyen por uno inmediato a cargo del prestatario consistente en el capital recibido más los intereses legales del capital desde que este se recibió hasta que se produce el pago al prestamista, y otro a cargo del prestamista consistente en el total de cuotas percibidas del prestatario más los intereses legales de las mismas desde que se percibieron hasta su pago al prestatario. En la cantidad concurrente, estos pagos, que han de ser simultáneos (artículo 1308 CC) se compensan en la cantidad concurrente y uno de los contratantes habrá de hacer un pago al otro por la cantidad neta restante. Si la nulidad fuera solo parcial, un ejercicio parecido de alteración de los pagos inicialmente previstos debiera producirse, ahora dirigido a hacer que los flujos sean los que se hubieran dado en ausencia de la cláusula nula.

En definitiva, cualquier intervención jurídica sobre un contrato de crédito no supone otra cosa que alterar (en importe y/o tiempo) el intercambio de flujos de dinero previsto en el contrato. En particular, cualquier consecuencia jurídica que suponga «deshacer» la eficacia del contrato no representa sino el establecer un flujo de pagos distinto al ordenado en el contrato, que habrá de corresponderse con el objetivo del fundamento de ineficacia del contrato (resolución, nulidad parcial, nulidad total) que sea de aplicación.

¿Hay elementos diferenciales derivados de la constatación de que la nulidad total o parcial tiene su origen -como ocurre en la Sentencia *Bank M.*- en la presencia de una o más cláusulas abusivas? Nada más uno, diríamos: que la determinación de los importes y los tiempos de los flujos de pago habrán de satisfacer algunas condiciones que resultan precisamente de ser fieles a la interpretación de la Directiva 93/13 por parte del TJUE: (i) el restablecimiento para el consumidor de la situación de hecho y de derecho en la que hubiera estado de no haber existido la cláusula abusiva en el contrato; (ii) la preservación de la efectividad de los remedios concedidos al consumidor por la Directiva 93/13 de modo que no se obstaculiza o se dificulta de forma relevante que el consumidor pueda reaccionar frente a la presencia de cláusulas abusivas en el contrato y (iii) que se satisfaga la eficacia disuasoria de la Directiva 93/13 de modo que el resultado para la empresa sea tal que se enfrente a un desincentivo apreciable a la inserción de cláusulas abusivas como las empleadas en el contrato.

El TJUE, sin embargo, lo que hace es fijar, de manera que no deja margen interpretativo -al menos en apariencia- a los tribunales nacionales, un marco cerrado de visión: en el caso de nulidad total del préstamo en divisa, el único flujo de pagos en favor del prestamista que respeta las tres condiciones señaladas en el párrafo anterior es el que tiene como límite superior¹¹ el importe del nominal del préstamo inicialmente entregado al consumidor. Este rígido entendimiento de las exigencias de la Directiva 93/13 sobre los regímenes nacionales de restitución aplicables a los préstamos en divisa resulta, en nuestro criterio, arbitrario o, lo que es aún peor, reduccionista. Nos parece evidente que hay muchas otras soluciones en cuanto a la determinación del flujo neto de pagos a la restitución por nulidad del préstamo en divisa que permiten satisfacer, incluso con un amplio margen de seguridad, las condiciones que expresa el propio TJUE en la Sentencia *Bank M.* En este sentido, se produce una restricción del margen de acción de los legisladores y los jueces nacionales que va más allá -mucho más allá, incluso- de lo que precisa la fidelidad al texto y la consecución efectiva de los objetivos de la Directiva 93/13.

Por ejemplo, parece, en principio, asumiendo que el prestatario no realizó pago alguno y usando los tiempos del caso individual en que se planteó la cuestión prejudicial, que si el consumidor recibe una cantidad en 2008 y restituye la misma cantidad -o una inferior, si puede ejercitar alguna pretensión contra el prestamista, por daños y perjuicios, pongamos por caso- en 2023, no solo ha sido reintegrado a la situación de hecho y de derecho que tenía antes del contrato de préstamo, sino que se le coloca en una situación mucho mejor que la inicial: ha disfrutado durante 15 años de una cantidad y ahora la devolvería en términos puramente nominales. Esto mismo, de por sí, le genera una ganancia importante, pues la inflación acumulada en Polonia en los últimos 15 años supera el 30%. Es decir, la solución del TJUE -la única compatible, según la Sentencia *Bank M.* con la Directiva 93/13- va notoriamente más allá del restablecimiento de la situación fáctica y jurídica del consumidor existente en el momento de concertar el contrato con cláusulas abusivas.

¹¹ La Sentencia *Bank M.*, en efecto, establece que la restitución del importe nominal supone un límite máximo a cargo del consumidor y en favor del prestamista, pues la misma decisión reconoce a los sistemas jurídicos nacionales la facultad de atribuir pretensiones al consumidor frente al prestamista, lo que naturalmente puede suponer que se reduzca el importe neto que recibe el banco por debajo del nominal del préstamo. Respecto de esas pretensiones en favor del consumidor, el límite trazado por el TJUE es poco preciso, pues basta con que los órganos judiciales nacionales entiendan que esas pretensiones respetan los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad.

En cuanto al principio de efectividad¹² y la eficacia disuasoria frente al uso de cláusulas abusivas, en este caso también parece evidente que la mera liberación del riesgo de tipo de cambio entre la moneda polaca y el franco suizo motivaban al consumidor a ejercitar sus derechos y desincentivan al prestamista a usar cláusulas abusivas en cuanto a la fijación concreta del tipo de cambio: la moneda polaca ha perdido la mitad (depreciación del 50%) de su valor respecto del franco suizo desde 2008 hasta hoy. Esto es, simplemente con una solución «a la española» (se mantienen los flujos de pagos del contrato, pero en moneda local, no en francos suizos o indexados a francos suizos) el prestatario se está ahorrando la mitad del capital a restituir al prestamista respecto del que era debido según el contrato en divisa. Y el reverso afecta al prestamista: un flujo de pagos que tenía un determinado valor esperado, al estar denominado en francos suizos, ahora, al denominarse en la moneda local, vale la mitad. Parece que una reducción del 50% del capital es señuelo bastante para que el consumidor ejercite sus derechos conforme a la Directiva 93/13 y desincentivo abultado para que los prestamistas en el futuro se abstengan de insertar cláusulas abusivas barriendo para casa en la determinación del tipo de cambio en un préstamo en divisa¹³.

La restitución tras la declaración de nulidad contractual debe implicar el pleno restablecimiento de la situación original de las partes, sin olvidar los principios de equivalencia y efectividad, así como los requisitos que se derivan de la consecución efectiva de los objetivos protectores y disuasorios de la normativa comunitaria y, en concreto, de la Directiva 93/13. A su vez, tampoco es indiferente en quién recae la responsabilidad de la nulidad contractual por la inclusión de cláusulas estándar abusivas. Es por esto por lo que, a nuestro parecer acertadamente, tanto el Abogado General en sus conclusiones como posteriormente el TJUE abogan por otorgar posiciones diferenciadas a prestamista y prestatario al tratar las respectivas limitaciones con relación a las pretensiones ulteriores a simple restitución del valor nominal.

Ahora bien, lo que no puede afirmarse es que el (único) resultado correcto sea que el prestamista solo tenga derecho a percibir el importe nominal del préstamo inicialmente concedido al consumidor, teniendo que soportar, sin embargo, toda la pérdida financiera asociada al riesgo de tipo de cambio, al riesgo de depreciación y al coste de oportunidad de los fondos concedidos al consumidor. De hecho, esta solución, que se infiere de las conclusiones del Abogado General (apartados 61 a 64) y que acoge el TJUE íntegramente en su resolución, compromete gravemente la *restitutio in integrum*, por cuanto parte de una premisa manifiestamente errónea, según la cual

¹² Un análisis conceptual sobre el principio de efectividad en el propio contexto de la Sentencia *Bank M.* puede encontrarse en ORDUÑA MORENO, «Comentario a la STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21: la proyección del principio de efectividad sobre el contenido indemnizatorio derivado de la nulidad del contrato y el reequilibrio contractual del efecto restitutorio», *Diario La Ley*, vol. 10331, 2023, pp. 19-26.

¹³ El argumento es aún más claro si se piensa que en el Derecho de la UE el préstamo hipotecario en divisa no está prohibido en cuanto tal (véase el artículo 23 de la Directiva 2014/17). Lo mismo sucede en España: art. 20 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Lo anterior es un dato, cualquiera que sea la opinión que pueda albergarse de *lege ferenda* acerca de las bondades o maldades asociadas a la presencia importante en un mercado de crédito de financiación en divisa a los hogares. En otras palabras, el mero hecho de que el contrato coloque el riesgo de tipo de cambio sobre el prestatario no genera abusividad. Por eso, los tribunales nacionales han debido acudir, para liberar a los prestatarios de ese riesgo de tipo de cambio que se había materializado de manera muy desfavorable para los consumidores, bien a la falta de transparencia (la vía española), bien a la abusividad de la cláusula concreta de determinación periódica del tipo de cambio (no al carácter de préstamo en divisa del contrato) y a la existencia de una laguna en un elemento esencial del contrato que arrastra inapelablemente la nulidad de este (la vía polaca).

la restitución estricta del importe nominal del préstamo original no equivale para el consumidor a haber recibido un préstamo sin intereses.

En definitiva, la solución ofrecida por el TJUE para los préstamos en divisa se ha revelado a la postre enormemente favorable *ex post* a los consumidores. Mucho más que la del Tribunal Supremo, que ha reajustado los flujos de pago de manera más apegada al contrato y con poca trascendencia más allá de la liberación del riesgo de tipo de cambio que pesaba sobre el prestatario (ya de por sí importante, desde luego). Pero esta solución tan beneficiosa *ex post* para la situación económica de los consumidores afectados se impone a los Estados Miembros so capa de ser la única solución respetuosa con la Directiva 93/13 en los casos de nulidad total del contrato. Ya hemos comprobado que había y hay otras soluciones plausibles, aun en caso de nulidad total del contrato, que respetan escrupulosamente la reintegración de la posición anterior del consumidor, el principio de efectividad de la tutela europea frente a las cláusulas abusivas y también la eficacia disuasoria de la Directiva 93/13.

Con todo, no es la rígida y sesgada solución a los préstamos en divisa lo que resulta criticable en este terreno. Como ya se ha indicado, el proceso de construcción de esa solución es muy discutible, pues ignora la propia sustancia de los contratos de crédito y cómo esta afecta a las consecuencias jurídicas que siguen a las distintas vías de ineficacia -o, en general, intervención jurídica- de tales contratos. En materia contractual y financiera, *bad economics cannot make good law*.

El segundo plano de relevancia de la Sentencia *Bank M.* es el que trasciende del ámbito de la contratación de crédito en divisa y se extiende a lo que es la restitución entre contratantes cuando hay cláusulas abusivas de por medio, sea cual sea la naturaleza de los contratos y las prestaciones. Ya hemos indicado cómo, en nuestro criterio, el TJUE, en el marco de una interpretación estrecha y rígida de la Directiva 93/13 y de sus consecuencias mediatas, restringe de manera excesiva el margen de maniobra de los legisladores y los tribunales nacionales a la hora de aplicar las categorías generales de su derecho de contratos y de la restitución -con el variado sustrato jurídico en concreto que esta tiene en los diversos sistemas legales- a las consecuencias de la nulidad contractual que arranca de la presencia de cláusulas abusivas.

Hay otro dato a la vez desconcertante y preocupante en el razonamiento del TJUE en su intento por apuntalar la solución que deja a los legisladores y tribunales nacionales maniatados en la práctica en el terreno de las consecuencias de la nulidad por causa de abusividad. La Sentencia *Bank M.* saca a relucir la máxima *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza), no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento.

«A este respecto, en primer lugar, de conformidad con el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza), no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se le indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento.

En el caso de autos, como señaló, en esencia, el Abogado General en el punto 58 de sus conclusiones, la posible anulación del contrato de préstamo hipotecario es una consecuencia del uso de cláusulas abusivas

por parte de Bank M. Por tanto, esta última entidad no puede ser indemnizada por la pérdida de un beneficio análogo al que esperaba obtener de dicho contrato.»

No existe, nos atreveríamos a decir, un gran consenso teórico en Europa acerca del alcance y el atractivo del conjunto de efectos jurídicos asociados a la expresión *nemo auditur*, más allá de una formulación general de rechazo de las pretensiones sustentadas en la propia conducta reprochable (ilícita, inmoral) de quien las presenta. En el ámbito concreto de la nulidad, esto se podría traducir en repudiar las pretensiones declarativas o restitutorias ejercitadas por aquel que trata de sacar ventaja de su actuación reprochable al socaire de la nulidad que él mismo ha provocado con su conducta reprobable.

Es bien conocido que en distintos sistemas jurídicos que conocen expresiones codificadas¹⁴ del *nemo auditur* y semejantes (exclusión de la *condictio ob turpem causam, soluti retentio* en las prestaciones contra las buenas costumbres) están muy extendidas las opiniones sustancialmente críticas con su fundamento y deseabilidad, que abogan por interpretaciones restrictivas y excepcionales, cuando no abrogantes, de las previsiones legales al efecto¹⁵. De manera que convertir el *nemo auditur* en un principio general del derecho privado europeo apto a iluminar las dificultades que pueblan la búsqueda de esquemas razonables para ordenar las consecuencias mediatas de la presencia de cláusulas abusivas en contratos de consumo parece, cuanto menos, aventurado.

No se puede negar que el conjunto de soluciones «especiales» aplicadas a la nulidad del contrato y asociadas al brocardo *nemo auditur* pueden ofrecer algunas ventajas en términos de eficacia disuasoria o preventiva de contratos cuya celebración resulta particularmente rechazable o negativa¹⁶.

En relación con un contrato nulo, el propio efecto jurídico de ineficacia e inexigibilidad anejo a la nulidad impide precisamente que las partes puedan pretender jurídicamente el cumplimiento de las conductas pactadas como prestación. La consecuencia de la nulidad consiste en la plena restitución o reintegración de la situación preexistente a la celebración del contrato nulo (régimen general del artículo 1303 CC y, por otras vías técnicas, la que hallamos en otros países europeos). Pero este regreso al *statu quo ante contractum* produce que no se disipen o eliminen en la medida necesaria los incentivos de las partes -o, al menos, de aquella parte que promueve

¹⁴ Por ejemplo, artículo 1306 CC, § 817 BGB, artículo 2035 *Codice civile*, art. 1174 ABGB, art. 5.123, Código civil belga.

¹⁵ En España, entre otros, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico* (reimpresión de la edición de 1971), Civitas, Madrid, 1985, pp. 251-251; CERDÁ OLMEDO, «Nemo Propriam Turpitudinem Allegans», *Revista de Derecho Privado*, vol. 64, 1980, p. 1208; MORALES MORENO, «Simulación absoluta, causa ilícita y restitución de subvenciones de la PAC. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2021», *Anuario de Derecho civil*, vol. 74, 2021, pp. 1536-1537. En Alemania, por ejemplo, FLUME, *El negocio jurídico* (traducción española), Fundación Cultural del Notariado, 1998, pp. 465 ss. En Italia, RESCIGNO, «In pari causa turpitudinis», *Rivista di Diritto civile*, 1966, p. 53.

¹⁶ Este efecto se destaca en las aproximaciones al contrato que emplean herramientas de la teoría de juegos: GANUZA FERNÁNDEZ, GÓMEZ POMAR, «Civil and Criminal Sanctions Against Blackmail: An Economic Analysis», *International Review of Law and Economics*, vol. 21, 2002, p. 475; GÓMEZ POMAR, GILI SALDAÑA, «Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles», *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 2011, p. 1409. El argumento preventivo, desde luego, ya era conocido con anterioridad, aunque generalmente rechazado por la doctrina jurídica: DEMANTE Y COLMET DE SANTERRE, *Cours Analytique de Code civil*, Tomo V, Henri Plon, París, 1865, pp. 64-65; ALLARA, *Sul pagamento «ob turpem causam»*, Tipografia Commerciale, Cortona, 1930.

la causa inmoral o ilícita con su conducta de inducción al contrato- a celebrar o realizar el negocio en primer término. El sujeto que promueve el contrato ilícito anticiparía el posible resultado de nulidad y de restitución y podría decirse: en el mejor de los casos, me salgo con la mía y obtengo el resultado ilícito perseguido; en el peor, si se declara la nulidad y no puedo obtener lo que pretendía con el contrato, me quedo como estaba antes de concertar el contrato ilícito.

Una fórmula como la del artículo 1306.II CC se puede entender como un instrumento para tratar de minar este incentivo a celebrar el contrato que el sistema jurídico desea evitar. Priva al contratante que ha promovido la contratación ilícita de lo que hubiere dado en virtud del contrato, pero le obliga a restituir a la contraparte lo que hubiera recibido de esta. El precepto, con este esquema de restitución asimétrica contiene una forma de sanción civil¹⁷ -la privación de lo entregado en virtud del contrato nulo-. Además, se trata de un mecanismo muy poco costoso -no implica inversión de recursos públicos en detección y sanción- pues se basa en la conducta en su propio provecho de la contraparte arrastrada a la contratación ilícita por la otra, y sorprendentemente eficaz.

Esta asimetría en el tratamiento de los contratantes, si es anticipado por quien tiene la iniciativa de la contratación ilícita, puede tener saludables efectos disuasorios de aquello que se quiere evitar (el intercambio contractual ilícito o inmoral). En efecto, la posibilidad combinada de no cumplir el contrato nulo y de retener al tiempo lo recibido de la otra parte hará irremediabilmente atractivo el oportunismo contractual para la contraparte. Esto, a su vez, anticipado por la parte culpable, contribuirá a disuadirla de celebrar el contrato ilícito o al menos de celebrarlo en los términos de los que resulta la ilicitud causal. En otras palabras, la eliminación del derecho a la restitución de quien promueve la causa torpe -y la correlativa sujeción a la restitución que puede reclamar la parte ajena a la torpeza- sirve de incentivo para que la parte no culpable pueda, una vez celebrado el contrato, quedarse con todo. La parte promotora de la ilicitud causal que anticipe ese comportamiento -racionalmente oportunista- de la otra y, por tanto, imagine que puede acabar en una situación peor a la que estaba antes de contratar, acaso optará entonces por no proponer o celebrar el contrato ilícito.

Esta lógica disuasoria tiene algunos límites basados en la repetición de la relación y la presencia de organizaciones dedicadas habitualmente a la contratación ilícita¹⁸. Por eso se explica que el artículo 1306.II del Código Civil no reemplace al Código Penal y al Derecho Administrativo sancionador para todos los ilícitos de comisión «contractual».

Pero no es esto lo que nos interesa destacar aquí. Lo importante es la inadecuación de la ventaja disuasoria -acaso la única que tiene- del *nemo auditur* al contexto de los contratos de consumo con cláusulas abusivas, incluso cuando estas afectan a elementos del contrato sin los cuales este no puede subsistir.

La virtualidad preventiva descrita más arriba tiene aplicación a los intercambios contractuales con una función (una causa, en términos tradicionales) ilícita e indeseable según los valores del sistema jurídico. Esto es, contratos que, desde el punto del bienestar de la sociedad, no crean

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, Civitas, 1985, p. 251, ya identifica el artículo 1306.II CC como una forma de sanción civil. No discute, sin embargo, su eficacia disuasoria o preventiva ex ante y el cauce por el que se produciría.

¹⁸ GANUZA FERNÁNDEZ, GÓMEZ POMAR, *International Review of Law and Economics*, 2002, p. 475; GÓMEZ POMAR, GILI SALDAÑA, *Anuario de Derecho civil*, 2011, p. 1409.

valor sino que lo reducen (prestaciones ilegales o delictivas, contratos cuyo cumplimiento afecta negativamente a terceros o al interés público, etc.). El sistema jurídico, con toda razón, quiere disuadir que se celebren estos intercambios voluntarios que destruyen el bienestar social.

Esta lógica no es trasladable, en general, a los contratos entre empresas y consumidores sobre bienes y servicios que, en principio, son valorados por los consumidores. Se trata de contratos que, en principio, crean valor, aunque contengan un elemento de ilegalidad (como puede ser una cláusula abusiva, aunque esta lleve a la nulidad del contrato por afectar a las posibilidades de determinar las prestaciones esenciales). Una cláusula abusiva no es habitualmente una prestación ilícita o contraria a las buenas costumbres, por muy mala opinión que tengamos de las cláusulas abusivas. En el caso de la contratación de crédito en divisa, acaso el *nemo auditur* podría esgrimirse si la propia concertación de financiación en divisa fuera *per se* ilícita o inmoral¹⁹. Pero con el Derecho de la UE en la mano, nadie puede decir eso, pues está expresamente permitida (aunque regulada) por la Directiva 2014/2017. No hay en el intercambio contractual una infracción de reglas básicas y fundamentales de la contratación privada. Hay concretas cláusulas abusivas (por su falta de transparencia o por su contenido). Ni más ni menos. En los contratos con consumidores, no son los contratos en sí, sino las cláusulas abusivas lo que el sistema jurídico desea disuadir.

Por tanto, la aplicación del *nemo auditur* en el contexto de la Sentencia *Bank M.* parece desencaminada y fuera de lugar. En realidad, más allá de los dudosos perfiles del instituto y de sus cuestionables ventajas (más allá de su función preventiva en determinados contextos), parece un instrumento inapropiado para el terreno de los contratos de consumo en los que se hallan presentes cláusulas abusivas. Ni siquiera cuando esa presencia lleva en definitiva a la nulidad total del contrato resulta provechoso acudir al mismo. Mucho menos aún en los contratos de crédito, en los que, por las razones ya desarrolladas, es mucho más operativo reajustar los flujos de dinero entre las partes para satisfacer los objetivos pretendidos con la intervención judicial *ex post* (incluidos los de la Directiva 93/13 cuando esta es de aplicación).

Por último, un detalle no irrelevante en cuanto a la aplicación de la doctrina argumentada por el TJUE para denegar cualquier importe al prestamista más allá del nominal del préstamo (lo que, en términos reales, supone una notable pérdida para este). Es claro que el otorgamiento del préstamo al prestatario y la entrega del dinero al segundo nada tienen de ilícito. En el caso concreto de la Sentencia *Bank M.*, la ilicitud se circunscribe a un determinado mecanismo de fijación del tipo de cambio (o, en la versión española del asunto, en la falta de información sobre riesgos relevantes). Es claro igualmente que cuando el prestamista pretende, por ejemplo, que se le reintegre la cantidad prestada en valor real y no puramente nominal, no está tratando de obtener una retribución o una ventaja por su conducta ilícita. Está, más simplemente, pidiendo que se le reintegre -en términos reales- a la situación *ante contractum*. Acaso no debamos acceder a ello, pero será por razones que tengan que ver con el respeto a los objetivos de la Directiva 93/13 (reintegración plena del consumidor a la situación anterior, virtualidad del principio de

¹⁹ En el caso polaco, recordemos, la abusividad se predicaba no de la denominación en divisa en cuanto tal, sino de la inserción de una cláusula sesgada en favor del prestamista para fijar el tipo de cambio en cada ocasión en que debía hacerse un pago por el prestatario. En el caso español, la abusividad se residencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el propio mecanismo de denominación del crédito en divisa, pero por motivos de falta de transparencia sobre los riesgos de la denominación en divisa, no porque se trate de un intercambio contractual ilícito o inmoral.

efectividad y potencia preventiva o disuasoria frente a la inserción del tipo de cláusula abusiva de que se trate). No, desde luego, por el uso retórico del *nemo auditur*.

5. Conclusiones

La protección de los consumidores en los contratos celebrados con entidades de crédito ha sido objeto de análisis -una vez más- por el TJUE. En la Sentencia *Bank M.*, el Tribunal de Luxemburgo se pronuncia sobre las consecuencias de la nulidad total de un contrato de préstamo hipotecario en divisa cuyo origen está en la presencia de una cláusula abusiva relacionada con la determinación del tipo de cambio. La cuestión central versa sobre si el prestamista puede reclamar cantidades que superen el importe nominal del préstamo anticipado al consumidor en virtud del contrato nulo y si el consumidor puede hacer otro tanto respecto de las cuotas y comisiones que hubiera abonado al prestamista.

El Abogado General y el TJUE coinciden: los consumidores tienen derecho a reclamar cantidades adicionales al reembolso de las cuotas del préstamo pagadas en caso de nulidad del contrato debido a cláusulas abusivas. Esta posibilidad no menoscaba el principio de efectividad de la Directiva 93/13 y puede incluso fomentar el ejercicio de los derechos del consumidor, además de disuadir a los bancos de incluir cláusulas abusivas en sus contratos. Para el prestamista también están de acuerdo Abogado General y TJUE: la Directiva 93/13 proscribía que el prestamista pueda reclamar ninguna cantidad por encima del valor nominal del capital prestado y de los intereses de demora devengados tras el requerimiento de pago al consumidor una vez constatada la nulidad del contrato. De lo contrario, la efectividad de los derechos del consumidor según la Directiva 93/13 quedaría en entredicho, y la eficacia disuasoria de la norma de Derecho de la UE, irremisiblemente cuestionada.

Más allá de dar razón de la posición manifestada por el TJUE, hemos tratado de mostrar cómo la opción elegida por Luxemburgo no era la única conciliable con los objetivos de protección de la Directiva 93/13. Ni siquiera creemos que fuera la mejor o, incluso, que sea medianamente compatible. Entendemos que se ha adoptado cerrando los ojos a los rasgos propios -y caracterizadores- de los contratos de crédito, incluyendo los concertados en divisa y pretende constreñir de manera que juzgamos indeseable el juego razonable de las normas y las interpretaciones judiciales de los Estados Miembros en cuanto a las consecuencias de la nulidad de un contrato, también cuando esta tiene en su raíz la presencia de una cláusula abusiva. Aunque no es previsible, no renunciamos del todo al sentimiento optimista de que, acaso más adelante, el propio TJUE revise este -y otros- elementos discutibles de su jurisprudencia en materia de cláusulas abusivas.

6. Bibliografía

ALLARA, Mario, *Sul pagamento «ob turpem causam»*, Tipografia Commerciale, Cortona, 1930.

ÁLVAREZ LATA, Natalia, «Control de transparencia y préstamos multidivisa», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 119, 2022.

CARRASCO PERERA, Ángel, «Préstamos inmobiliarios en moneda extranjera», en CARRASCO PERERA, Ángel (ed.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Thomson Reuters - Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

CERDÁ OLMEDO, Miguel, «Nemo Propriam Turpitudinem Allegans», *Revista de Derecho Privado*, vol. 64, 1980.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *El negocio jurídico* (reimpresión de la edición de 1971), Civitas, Madrid, 1985.

DEMANTE, Antoine Marie, COLMET DE SANTERRE, Edouard, *Cours Analytique de Code civil*, Tomo V, Henri Plon, París, 1865.

FLUME, Werner, *El negocio jurídico* (traducción española), Fundación Cultural del Notariado, 1998.

GANUZA FERNÁNDEZ, Juan José, GÓMEZ POMAR, Fernando, «Civil and Criminal Sanctions Against Blackmail: An Economic Analysis», *International Review of Law and Economics*, vol. 21, 2002.

GÓMEZ POMAR, Fernando, GILI SALDAÑA, Marian, «Aspectos contractuales de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre distribución de combustibles» *Anuario de Derecho civil*, vol. 64, 2011.

GÓMEZ POMAR, Fernando, CANUDAS PERARNAU, Sheila «La naturaleza de los contratos de financiación y su incidencia en los problemas contractuales relativos a la restitución e integración de lagunas derivadas de abusividad: el caso de los préstamos en divisa en Europa», *InDret 2.2023*.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Simulación absoluta, causa ilícita y restitución de subvenciones de la PAC. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio de 2021», *Anuario de Derecho civil*, vol. 74, 2021.

NAVAS NAVARRO, Susana, «Hipoteca multidivisa. No se trata de un instrumento financiero complejo. Nulidad parcial por falta de transparencia», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, vol. 106, 2018.

ORDUÑA MORENO, Francisco Javier, «Comentario a la STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21: la proyección del principio de efectividad sobre el contenido indemnizatorio derivado de la nulidad del contrato y el reequilibrio contractual del efecto restitutorio», *Diario La Ley*, vol. 10331, 2023.

RESCIGNO, Pietro, «In pari causa turpitudinis», *Rivista di Diritto civile*, 1966.