

Vino viejo en odres nuevos

-

El pasado 15 de junio, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea publicó su decisión en el asunto C-520/21, *Bank M* (ECLI:EU:C:2023:478). Es una más de las muchas (acaso, demasiadas) decisiones en las que el Tribunal de Justicia responde a las cuestiones prejudiciales que le plantea un tribunal nacional –en este caso, polaco– sobre la compatibilidad entre su derecho nacional de contratos y la regulación europea que proscribe el uso de cláusulas abusivas en los contratos de consumo. Como en la mayor parte de los casos que han servido al Tribunal para elaborar su doctrina sobre la interpretación de la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores, llega al Tribunal un debate que se suscita con motivo de un préstamo con garantía hipotecaria.

En el caso, el contrato controvertido era una hipoteca en divisa extranjera. En la sección de Actualidad de este número de InDret, sus lectores encontrarán un extenso análisis del caso de referencia y en el número anterior de esta misma revista, un interesante e informado estudio sobre las razones y riesgos de este tipo de contratos de financiación, que tuvieron en algunas economías europeas un uso más intenso que en la nuestra, donde, sin embargo, no fueron exóticos. Así lo evidencia el número de decisiones que la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo ha adoptado sobre ese tipo de préstamos.

En esta ocasión, el préstamo, aunque concedido en la moneda de curso legal en Polonia, se asoció a la conversión de esa moneda con el franco suizo. Las cuotas mensuales debían pagarse en moneda polaca, aunque años después la pareja prestataria acordó con el banco el pago de las cuotas en francos suizos. En todo caso, la conversión entre las dos divisas debía calcularse cada mes según el tipo de venta del franco suizo aplicado por el banco prestamista.

Un préstamo referido a una moneda extranjera estable y fiable puede reducir la variabilidad del importe de las cuotas mensuales. Esto puede suponer ventajas para el consumidor (así como para cualquier otro prestatario). El problema de este tipo de préstamos, desde la perspectiva de la Directiva 93/13 es que, en casos como el del *Bank M*, la entidad calculaba el importe a reembolsar por el prestatario en función del índice de compra de la divisa extranjera, pero calculaba el importe de las cuotas mensuales en función del índice de conversión

aplicable a la venta de esa divisa. En la práctica bancaria habitual, los índices de compra son inferiores a los de venta, por lo que el banco obtiene un beneficio puramente financiero a costa del prestatario. Además, la cláusula de conversión, en este caso, como en el de muchos otros que han llegado al Tribunal de Justicia, no se negoció individualmente.

Desde las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18 (ECLI:EU:C:2019:819), de 2 de septiembre de 2021, *OTP Jelzálogbank*, C-932/19 (ECLI:EU:C:2021:673), y de 25 de noviembre de 2020, *Banco B*, C-269/19 (ECLI:EU:C:2020:954) (texto modificado por Orden de 20 de enero de 2021), no hay dudas de que ese tipo de cláusulas son abusivas. Merecen, por tanto, el reproche previsto por la Directiva 93/13, cuyo artículo 6.1 declara que tales cláusulas «no vincularán al consumidor». Así, conforme a la interpretación que el Tribunal de Justicia ha impuesto sobre las consecuencias de esa ausencia de vinculación, el tribunal nacional remitente dio por hecha la nulidad de la cláusula abusiva y, con ella, la de todo el contrato, incapaz de subsistir sin esa cláusula de conversión. Todo ello conforme a los estrechos –y muy discutibles– márgenes de reacción frente a la ineficacia que el Tribunal de Justicia ha impuesto a los tribunales y legisladores nacionales (por lo menos desde su sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 (ECLI:EU:C:2012:349), entre otras, y sin que la doctrina que anunció en la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler*, C-26/13 (ECLI:EU:C:2014:282), haya tenido ulteriores desarrollos significativos por parte del Tribunal).

El interés de la sentencia del caso *Bank M* no deriva de esa nulidad, sino del análisis de sus consecuencias, sobre las que el tribunal nacional inquiere a la corte europea. En el asunto del que trae causa la sentencia, las partes se enzarzaron en sus derechos respectivos a exigir una compensación por los beneficios obtenidos por prestamista y prestatario por las cantidades de dinero que, respectivamente, prestaron y reembolsaron durante el tiempo en que el contrato de préstamos estuvo en vigor. El debate que llega al Tribunal de Justicia plantea ante esa corte si es incompatible con el derecho europeo de los contratos de consumo, que se deduzca de la restitución de cantidades que sigue a la nulidad del contrato lo que cada una de las partes obtuvo durante el tiempo en que disfrutó de las cantidades que ahora debe restituir. Es decir, qué pasa con los frutos de la cosa durante el tiempo en que fueron poseídos por las partes contratantes.

Así planteada, la cuestión evoca una de las más problemáticas en todos y cada uno de los derechos de contratos (al menos, en nuestra tradición legal) y que discurre entre el derecho de obligaciones y el régimen legal de la propiedad, su transmisión y la protección de la posesión. Cuestiones, todas ellas, en las que la idiosincrasia de cada ordenamiento es relevante, y que son difíciles de evaluar sin entender el funcionamiento de cada derecho nacional de daños (contractuales y, en especial, extracontractuales).

De entre muchas y muy buenas referencias, la de Phillip HELLWEGE, *Die Rückabwicklung gegenseitiger Verträge als einheitliches Problem*, Mohr Siebeck, 2004, es una de las más destacables de entre las recientes y comparatistas de un fenómeno de muy difícil tratamiento unitario. Para una visión más extensa, con abundantes referencias a los derechos europeos, Peter SCHLECHTRIEM, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa*, Mohr Siebeck, 2000. También Hein KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck, pp. 158-190 y Konrad ZWEIGERT, Hein KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3rd edition, Oxford, 1998, pp. 537-594, para tener una idea de la complejidad del remedio restitutorio.

Por ello, algunos pensamos que el Tribunal no seguiría las conclusiones de 16 de febrero de 2023 que el Abogado General preparó para el caso (ECLI:EU:C:2023:120) y que la corte deferiría una cuestión tan espinosa al criterio de los tribunales nacionales. Fuimos ingenuos. El Tribunal, con la misma ligereza que el Abogado General, decidió que:

«En el contexto de la anulación en su totalidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a que este no puede subsistir tras la supresión de unas cláusulas abusivas, 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, deben interpretarse en el sentido de que,

- no se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a reclamar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad, y

- se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual la entidad de crédito tiene derecho a reclamar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento.»

Es decir, que los efectos restitutorios de la nulidad no son simétricos. Algo que el Tribunal justifica de manera muy controvertible en el efecto disuasorio o preventivo que ha de tener la aplicación de la normativa europea de protección de consumidores frente al uso de cláusulas abusivas. Un efecto que el Tribunal ha construido con los escasos mimbres que le da el artículo 7.1 de la Directiva 93/13, cuya lectura –parece claro, aunque el Tribunal no lo entienda así– interpela a las autoridades legislativas y administrativas nacionales y en ningún caso a los jueces (tampoco a los del Tribunal de Justicia).

En todo caso, lo más llamativo desde la perspectiva del derecho privado es que la asimetría en los efectos restitutorios de la nulidad se fundamenta, tanto en la sentencia como en las conclusiones del Abogado General, en el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. Un principio (así lo califica el Tribunal) de muchas y variadas expresiones y manifestaciones que supondrían en este caso que el causante de la nulidad (el banco prestamista) no puede beneficiarse de los efectos de la nulidad que causó. Por tanto, que está obligado a retribuir el uso que hizo de un capital que ha resultado ser ajeno tras la nulidad del contrato, pero que no tiene derecho a reclamar lo propio al consumidor, que cumple con la restitución de la cantidad recibida, sin necesidad de compensar los beneficios (financieros) que obtuvo o pudo obtener entre el momento de su recepción y el de la obligación de restitución. Tal y como lo refiere el propio Tribunal:

«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.» (párrafos 81 y 82)

Habrá que ver el impacto que la decisión tendrá en el derecho europeo de las compraventas de consumo. En general y en todas ellas, pues la decisión del Tribunal, aunque se formula con motivo de un contrato de financiación de perfiles muy concretos, se enuncia con carácter general y como una consecuencia –otra más- de una Directiva, la 93/13, que –ya se puede afirmar a estas alturas- no previó la mayor parte de consecuencias que el Tribunal extrae de sus escasas y parcas disposiciones.

En todo caso, el Tribunal da un paso más en su doctrina sobre las consecuencias de abusividad. Hasta ahora –de manera errónea- había entendido que la manera de devolver al consumidor a la situación previa a la abusividad pasaba por la eliminación del contrato (entre otras, sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15 (ECLI:EU:C:2016:980)). Falso, pues la manera de enmendar la abusividad consiste en convertir el «abuso» en «uso» y reformular el contrato que el consumidor quiso concluir en uno que no se aproveche de su estructural debilidad negociadora. Tras abundar en esa doctrina, el Tribunal parece haber descubierto lo que la mejor doctrina civil afirma desde hace décadas: la idea conforme a la cual un contrato nulo no produce efecto alguno es equivocada (Werner FLUME, *El negocio jurídico*, Fundación cultural del Notariado, 1998, pp. 643-649, traducción de la cuarta edición alemana de *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band. Das Rechtsgeschäft*, 1992). La nulidad del contrato supone el fracaso del acuerdo, de la reglamentación acordada entre las partes, pero mientras esta no se declare, el contrato nulo despliega sus efectos y puede producir consecuencias que el derecho no puede obviar. Y cuando el Tribunal ha tenido que enfrentarse a esas consecuencias, lo ha hecho como se indica en el asunto del *Bank M*.

Ciertamente, la idea conforme a la cual nadie puede enriquecerse de una ilegalidad se corresponde con una intuición muy elemental de justicia. A pesar de que se exprese habitualmente en latín, el «principio» *nemo auditur* es una construcción relativamente reciente. Max KASER y Rolf KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 17. Auflage, Beck, 2003, §9.1, lo disocian de la tradición romana que, afirman, apenas elaboró el régimen de la nulidad del contrato. Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. The Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon, 1996, pp. 865-868, lo vincula a desarrollos posteriores, de orígenes difusos, que compartían el común intento de sancionar contratos contrarios a las buenas costumbres y, en especial, reprimir y castigar la usura. El artículo 3 de nuestra Ley de Represión de la Usura es un buen ejemplo práctico de ese desarrollo. Se trataba de evitar que el usurero pudiera exigir el cumplimiento del contrato de préstamo y obtener el beneficio de su usura. Una lectura que explica la redundancia de la cuestión en los artículos 1305 y 1306 CC, cuyas previsiones no pueden disociarse de las consecuencias que merecen los contratos con causa ilícita (artículo 1275 CC). Unas consecuencias que conviene no extender a contratos que, a pesar de ser contrarios a normas imperativas, no merezcan ser calificados como «ilícitos» o «inmorales». La ilicitud o la inmoralidad no agotan el ámbito de aplicación de la nulidad.

Esa intuición tan básica, sin embargo, pierde fuerza cuando se cae en la cuenta de que también contradice a una intuición muy elemental de la justicia que alguien, en este caso el prestatario, se beneficie de esa ilegalidad más allá de las consecuencias negativas que le haya provocado.

El Tribunal sale al paso de esa objeción de peso de forma poco airada. Resuelve el problema, que es central en la determinación del alcance de la restitución con una vaga e imprecisa referencia al principio de proporcionalidad, cuyo contenido concreto en este ámbito deberá ser determinado por cada tribunal nacional:

«De ello se deduce que, en el contexto de la anulación de un contrato de préstamo hipotecario en su totalidad debido a que este no puede subsistir tras la supresión de las cláusulas abusivas que figuran en él, la Directiva 93/13 no se opone a una interpretación del Derecho nacional conforme a la cual el consumidor tiene derecho a solicitar a la entidad de crédito una compensación que exceda del reembolso de las cuotas mensuales abonadas y de los gastos pagados en cumplimiento de dicho contrato, así como del pago de los intereses de demora al tipo legal desde el requerimiento, siempre que se respeten los objetivos de la Directiva 93/13 y el principio de proporcionalidad.» (párrafo 74)

La decisión puede provocar un nuevo episodio de desconcierto. Para empezar, el *nemo auditur* es un principio menos general de lo que el Tribunal parece asumir. A los ordenamientos que, correctamente, lo restringen a los supuestos más graves de inmoralidad, se suman los que no lo codificaron (como Francia, aunque la jurisprudencia de ese país lo aplica), los que lo excluyen expresamente de su régimen de la ineficacia (como el caso del artículo 6:211 del Código civil holandés) y los que han optado por añadir excepciones a su aplicación. Además, entre estos últimos, el ordenamiento inglés que, desde *Patel v Mirza* ([2016] UKSC 42) ha limitado la exclusión de efectos restitutorios tras la nulidad de contratos ilegales; y aunque el Reino Unido ya no sea miembro de la Unión, su derecho de contratos no puede ser obviado. Puede consultarse un análisis de las referencias indicadas en Sonja MEIER, “Art 15:104: Restitution”, en Nils Jansen, Reinhard Zimmermann (editors), *Commentaries on European Contract Laws*, Oxford University Press, 2017, pp. 1921-1927. Para la evolución del derecho inglés, GOFF&JONES, *The Law of Restitution*, 7th edition, Sweet&Maxwell, 2007, 24-001 a 24-020.

Y para continuar, la decisión desconoce los desarrollos en materia de restitución y, en general, de las pretensiones derivadas del enriquecimiento injusto de las últimas décadas. La decisión del Tribunal está plagada de expresiones que evocan un entendimiento muy impreciso de la tutela frente al enriquecimiento injusto, entendido como un régimen general que veta las ganancias obtenidas en detrimento de otra persona y a sus expensas. Esa visión, general o unitaria del fenómeno, puede entenderse superada por otra que limita el remedio a supuestos o circunstancias consideradas como especialmente injustas (*unjust factors*). En ese debate, entre la tipología y la cláusula general, se mueve la literatura especializada desde hace tiempo. Así, de nuevo entre muchos otros, Reinhard ZIMMERMANN, “Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach”, *Oxford Journal of Legal Studies* 15-3, 1995, 403; Reinhard ZIMMERMANN, „Bereicherungsrecht in Europa: Eine Einführung“, in Reinhard Zimmermann (editor), *Grundstrukturen eines Europäischen Bereicherungsrecht*, Mohr Siebeck, 2005, pp. 17-45; Ernst VON CAEMMERER, „Bereicherung und unerlaubte Handlung“, *Gesammelte Schriften*, 1, Tübingen, 1968, pp. 209-278; Peter BIRKS, *An Introduction to the Law of Restitution*, Clarendon Press, 1985;

Peter BIRKS, *Unjust Enrichment*, 2nd edition, Oxford University Press, 2005; Andrew BURROWS, *The Law of Restitution*, 3rd edition, Oxford University Press, 2011.

Unos desarrollos que el Tribunal desconoce, para su descrédito propio y el perjuicio de todos. También desconoce una distinción que ayuda a entender la complejidad de los remedios asociados a la trasmisión injusta, ilegal o sin causa de activos que han de ser restituidos. Consiste en la distinción entre los supuestos en que la restitución se debe a la existencia de enriquecimientos y sus empobrecimientos correspondientes que carecen de causa o justificación legal y de supuestos en los que el enriquecimiento a evitar tiene su origen en una actuación ilegal o en una dañosa. La distinción entre *unjust enrichment* y *restitution of wrongs*, que el Tribunal esconde tras la rúbrica general (y genérica) del *nemo auditur*. Mientras las primeras situaciones se corresponden con la restitución tal y como se ha entendido tradicionalmente, las segundas son cercanas a las soluciones propias del derecho de daños, exigen un perjuicio, que puede no tener reflejo contable, a la víctima y acuden a los beneficios obtenidos por el infractor como una medida de cuantificación del daño que causó. Entre nosotros, varios trabajos de Xabier BASOZABAL ARRUE, en especial su *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, 1998, explican bien la proximidad entre las nociones de prohibición de un enriquecimiento injustificado y de causación de un daño y ayudan a entender los contornos de los remedios basados en la expropiación de ganancias ilícitas, *disgorgement* o *accounting of profits*. Nada de eso parece haber estado en la discusión del Tribunal. No hay, en todo caso, rastro de esos debates –centrales y muy relevantes- en la decisión del caso *Bank M*.

Por último, aunque es de temer que el tema dará para mucho en los tiempos que vienen, es sorprendente, una vez más, que un Tribunal que ha elaborado su doctrina sobre cláusulas abusivas con motivo de cuestiones prejudiciales planteadas en asuntos en que se litigaba sobre contratos de préstamo, habitualmente con garantía hipotecaria, formule afirmaciones generales, aplicables a todo tipo de contrato de intercambio de bienes o servicios, sin percatarse de las especialidades de los contratos de financiación. En ellos, las partes no intercambian cosas, que pueden ser fructíferas y cuya restitución plantea la difícil cuestión sobre la liquidación de los rendimientos generados u obtenidos; ni siquiera intercambian un servicio por un precio, con la dificultad que supone la restitución por parte de quien se benefició de la actividad ajena. En un contrato de préstamo, las partes intercambian valores, en el sentido contable del término. La restitución consiste, entonces, en la devolución del valor, que puede exceder del capital en que nominalmente se acordó la cuantía del contrato.

Ese valor depende, sin embargo, de los usos posibles del dinero, que es el bien más potencialmente fructífero de los imaginables. Quizá por ese motivo, todos los ordenamientos conocidos han resuelto hace tiempo el problema que ahora descubre el Tribunal asociando a la restitución del dinero su incremento conforme al interés legal. La solución puede pecar por exceso o por defecto, pero ahorra muchos problemas de prueba y reduce la litigación en relación con la medida del valor de la inmensa mayoría de los intercambios en una economía de mercado. No es una mala solución. Sobre el tema, recientemente, Johannes UNGERER, *Gesetzlich pauschalierter Schadensersatz*, Duncker&Humblot, 2022, pp. 59-71. Esa cantidad podría agotar lo que las partes de un contrato de préstamo nulo pueden reclamarse mutuamente con carácter adicional a las cantidades prestadas y pagadas. Reconocer al consumidor la posibilidad de reclamar una compensación adicional al reembolso de las cuotas mensuales, los intereses moratorios y los gastos en que incurrió es añadir una complejidad excesiva, en beneficio

exclusivo del consumidor que reclame y en perjuicio del resto. Y todo ello, con la vaga e imprecisa justificación del *nemo allegans*. A ver qué sucede. Por lo pronto, ya sabemos desde hace siglos lo que puede pasar cuando se emplean odres viejos para almacenar vino nuevo.

Carlos Gómez Ligüerre