

**¿APLICACIÓN DE LA REGLA *NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM*
ALLEGANS A LA NULIDAD CONTRACTUAL DERIVADA DE LA IMPOSICIÓN DE
UNA CLÁUSULA ABUSIVA?***

A propósito de las conclusiones del AG, de 16.02.2023, C-520/21, Arkadiusz Szcześniak

José María Martín Faba**
Profesor Ayudante Doctor UAM
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 17 de marzo de 2023

1. Introducción

En Polonia, al igual que en otros muchos países de la UE, los bancos han comercializado préstamos hipotecarios para la adquisición de inmuebles indexados en francos suizos (CHF). Esos préstamos seducían a los prestatarios, que se aprovechaban de tipos de interés inferiores a los aplicables a los préstamos denominados en eslotis polacos (PLN). Con todo, ciertos eventos desencadenaron que el tipo de cambio CHF-PLN se deteriorara desde el punto de vista de la divisa polaca y, en consecuencia, muchos prestatarios, entre ellos el demandante del asunto aquí tratado, demandaron a los bancos con los que habían contratado sus hipotecas. Ante los tribunales polacos los prestatarios alegaron que las

* Trabajo realizado en el marco de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana; en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4826-8140>



cláusulas de los préstamos que establecían la conversión de PLN a CHF y de CHF a PLN (en lo sucesivo, cláusulas de conversión) eran abusivas. La mayoría de los tribunales polacos estimaron esta pretensión, y, con fundamento en la STJUE 3 octubre 2019, C-260/2017, *Dziubak*, declararon la nulidad del contrato de préstamo hipotecario en su totalidad. En efecto, la anulación de las cláusulas de conversión llevaría no solo a la supresión del mecanismo de indexación y del diferencial cambiario, sino también, indirectamente, a la desaparición del riesgo de cambio, que está directamente relacionado con la indexación del préstamo a una moneda extranjera. Por consiguiente, parece que un préstamo de estas características no puede mantenerse objetivamente sin las cláusulas referidas.

2. Hechos y cuestión prejudicial

En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Distrito de *Varsovia-Śródmieście*, observa que, a la luz del Derecho interno, el carácter abusivo de las cláusulas de conversión conlleva la nulidad del contrato en su totalidad. La nulidad produce efectos *ex tunc*, de modo que deben restituirse todos los servicios prestados en cumplimiento del contrato (arts. 405 CC y 410.1 CC polaco). Así pues, una entidad bancaria puede exigir al prestatario la devolución del principal del préstamo, mientras que el prestatario puede solicitar el reembolso de las cuotas mensuales del préstamo, incluidos los gastos como comisiones, gastos administrativos y primas de seguro. Las partes también pueden reclamarse los intereses de demora, al tipo legal, devengados desde la fecha del requerimiento formal de pago (arts. 481. 1 y 2 y 455 CC polaco).

En el contexto de uno de esos litigios, el órgano judicial remitente pregunta al TJUE si las partes de un contrato de préstamo hipotecario que ha sido declarado nulo en su totalidad, por contener cláusulas abusivas como las referidas, pueden ejercitar pretensiones que vayan más allá del reembolso de la prestación dineraria satisfecha en virtud de dicho contrato y del pago de los intereses de demora, al tipo legal, devengados desde la fecha del requerimiento de pago. En particular, si las partes contratantes tienen derecho a una retribución, una indemnización, el reembolso de los gastos o la actualización de la prestación, por la utilización, sin título jurídico, de recursos dinerarios durante un determinado período de tiempo. El título jurídico de tales pretensiones serían el art. 405 CC polaco (enriquecimiento injusto), o ese mismo precepto en relación con el art. 401.1 CC (prestación indebida). El órgano jurisdiccional remitente afirma que la mayor parte de la doctrina polaca y de las instituciones y órganos jurisdiccionales nacionales niega la posibilidad de ejercitar tales pretensiones.



Según el órgano jurisdiccional remitente, los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 y el principio de efectividad se oponen a que el banco pueda ejercitar pretensiones frente a un consumidor relativas a la utilización del capital del préstamo por dicho consumidor. Considera que las pretensiones del banco deben limitarse al reembolso de los importes que desembolsó, incrementados, en su caso, con los intereses de demora al tipo legal. De lo contrario, el banco se lucraría por haber incluido cláusulas abusivas en el contrato de préstamo y por haber mantenido una conducta contraria a la ética y la buena fe. Además, este enfoque disuadiría a los consumidores de ejercitar los derechos que les confiere la Directiva 93/13, pues hacerlo podría conllevar consecuencias negativas para ellos, como tener que retribuir al banco por la utilización del capital del préstamo.

Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente estima que la posibilidad de que un consumidor ejercite frente a un banco pretensiones que van más allá de la devolución de las cuotas mensuales desembolsadas y de otros conceptos como comisiones, gastos administrativos y primas de seguro, incrementados, en su caso, con los intereses de demora al tipo legal, no es contraria al principio de efectividad. Sin embargo, a su juicio, admitir tales pretensiones sería incompatible con el objetivo de la Directiva 93/13 de disuadir a los profesionales de aplicar cláusulas abusivas y, cuando se apliquen, de obligarles a reembolsar a los consumidores las cantidades percibidas como consecuencia de ellas, considerándose toda responsabilidad que exceda de tal obligación desproporcionada y excesiva. En su opinión, ello también sería contrario al principio de seguridad jurídica. Por lo tanto, cuando un contrato de préstamo se declare nulo en su totalidad por incluir cláusulas abusivas, este principio debe aplicarse de modo que se limiten las pretensiones que pueden ejercitar las partes para reclamar los importes satisfechos en cumplimiento del contrato.

A la luz de estos antecedentes, el órgano jurisdiccional remitente pregunta “si los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13, así como los principios de efectividad, seguridad jurídica y proporcionalidad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación de la normativa nacional conforme a la cual, cuando un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un banco se declare nulo en su totalidad por incluir cláusulas abusivas, cada una de las partes tiene derecho a ejercitar frente a la otra pretensiones que vayan más allá del reembolso de la prestación dineraria satisfecha en virtud de dicho contrato y del pago de los intereses de demora”. En concreto, y de un lado, *si el consumidor tiene derecho a que el banco le pague una retribución por haber utilizado parte de las cuotas mensuales* del préstamo que desembolsó en cumplimiento del contrato de préstamo hipotecario. Y, de otro, *si el Banco tiene derecho a reclamar al consumidor* no solo el reembolso del capital del préstamo más los intereses de demora al tipo legal,

sino también *una retribución, al tipo de mercado, por la utilización extracontractual de esos fondos durante un determinado período de tiempo.*

3. Fundamentos

3.1. Pretensiones del consumidor frente al banco

El prestatario consumidor alega, en esencia, que tiene derecho a que el banco le pague una retribución por haber utilizado parte de las cuotas mensuales del préstamo que desembolsó en cumplimiento del contrato de préstamo hipotecario.

Según el AG, la finalidad de la Directiva 93/13 es conceder un elevado nivel de protección a los consumidores. La jurisprudencia del TJUE pone de manifiesto que esa finalidad se alcanza garantizando, en particular, que el consumidor no quede vinculado por una cláusula abusiva y que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría de no haber existido dicha cláusula. Según el duodécimo considerando de la Directiva 93/13, esta lleva a cabo una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales en materia de cláusulas abusivas y deja a los EEMM la posibilidad de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de dicha Directiva (art. 8). Así pues, la Directiva 93/13 no se opone a disposiciones legislativas nacionales, o a la jurisprudencia nacional que las interpreta, que conceden al consumidor derechos más amplios que los que se recogen en ella. Un EM podría, en teoría, permitir que los prestatarios, en caso de declararse nulo un contrato de préstamo hipotecario a raíz de la supresión de sus cláusulas abusivas, ejerciten frente a los bancos pretensiones que vayan más allá del reembolso de las cuotas del préstamo desembolsadas en virtud de dicho contrato y del pago de los intereses de demora al tipo legal. Por consiguiente, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz de su Derecho interno, si los consumidores tienen derecho a ejercitar este tipo de pretensiones y, en su caso, pronunciarse sobre su procedencia.

Según la resolución de remisión, la jurisprudencia y la doctrina polacas suelen basarse en el concepto de enriquecimiento injusto como título jurídico de las citadas pretensiones. En el presente asunto, si la situación del prestatario, una vez que el banco le haya reembolsado las cuotas mensuales satisfechas con arreglo al contrato de préstamo hipotecario declarado nulo, se viera perjudicada como consecuencia de dicho contrato, incumbiría al órgano jurisdiccional nacional examinar si concurren los requisitos del enriquecimiento injusto con arreglo al Derecho nacional, realizar todas las comprobaciones de hecho pertinentes a este respecto y extraer las consecuencias



oportunas. La situación es comparable a la que fue objeto de examen en el asunto que dio lugar a la STJUE 7 noviembre 2019, C-349/18 a C-351/18, *Kanyeba y otros*, en la que se declaró que la cuestión de si cabe aplicar el Derecho de la responsabilidad extracontractual a circunstancias como las de los litigios principales en dicho asunto debe resolverse aplicando el Derecho nacional, y no la Directiva 93/13. El hecho de que, en una situación como la que examina el órgano jurisdiccional remitente, los consumidores puedan teóricamente ejercitar pretensiones basadas en el concepto de enriquecimiento injusto con arreglo al Derecho nacional no significa que dichas pretensiones deban prosperar. En tales casos, deben cumplirse los requisitos que establece el Derecho polaco para que prospere una acción de enriquecimiento injusto. Los órganos jurisdiccionales nacionales también pueden ejercer su competencia para desestimar tales acciones cuando constituyan un abuso de derecho.

A juicio del AG, la posibilidad, prevista por el Derecho nacional, de que un prestatario ejercite frente a un banco pretensiones que vayan más allá del reembolso de las cuotas mensuales del préstamo y del pago de intereses de demora en caso de que se declare nulo un contrato de préstamo que incluya cláusulas abusivas no menoscaba la efectividad de la Directiva 93/13. Por el contrario, dicha posibilidad puede incitar a los prestatarios a ejercitar los derechos que, como consumidores, les confiere la citada Directiva y disuade a los bancos de introducir cláusulas abusivas en sus contratos.

Ciertamente, el TJUE ha declarado que el art. 6.1 Directiva 93/13 es una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (STJUE 16 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo*). Sin embargo, el AG no cree que la posibilidad, prevista por el Derecho nacional, de que un consumidor ejercite frente a un profesional pretensiones que vayan más allá de la restitución de las cantidades que este haya percibido en virtud de un contrato declarado nulo sea óbice para la consecución de este objetivo. A su juicio, como subrayó la STJUE 7 de agosto de 2018, C-96/16 y C-94/17, *Banco Santander y Escobedo Cortés*, del art. 3.1 Directiva 93/13 y de la concepción general de la misma se desprende que su finalidad no es tanto garantizar un equilibrio contractual global entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato como evitar que se produzca un desequilibrio entre esos derechos y esas obligaciones en detrimento de los consumidores.

A la vista de las consideraciones expuestas, el AG considera que los arts. 6.1 y 7 Directiva 93/13 “deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual, cuando se declare que un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un banco es nulo desde el inicio por incluir cláusulas



abusivas, el consumidor, además de reclamar el reembolso de las cantidades satisfechas en virtud de ese contrato y el pago de intereses de demora, al tipo legal, devengados desde la fecha del requerimiento de pago, puede ejercitar frente al banco pretensiones adicionales como consecuencia de tal declaración de nulidad. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, a la luz del Derecho nacional, si los consumidores tienen derecho a ejercitar tales pretensiones y, en su caso, pronunciarse sobre su procedencia”.

3.2. Pretensiones del banco frente al consumidor

El banco alega que tiene derecho a reclamar al consumidor no solo el reembolso del capital del préstamo más los intereses de demora al tipo legal, sino también una retribución por la utilización extracontractual de esos fondos durante un determinado período de tiempo. Afirma que, al poner fondos a disposición del prestatario durante varios años, le prestó un servicio no pecuniario con un valor económico propio, distinto de la transferencia de fondos. Su pretensión relativa a tal retribución se basa, fundamentalmente, en el concepto de enriquecimiento injusto.

Al igual que sucede con las pretensiones que asisten a los consumidores, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, a la luz del Derecho nacional, si, tras declararse nulo un contrato de préstamo hipotecario por incluir cláusulas abusivas, un banco puede ejercitar frente a un consumidor pretensiones que vayan más allá del reembolso del capital del préstamo y del pago de intereses de demora al tipo legal. Ahora bien, el AG considera que, a diferencia de la solución propuesta respecto de las pretensiones a ejercitar por el consumidor, el banco no tiene derecho a ejercitar tales pretensiones.

En primer lugar, observa que la nulidad del contrato de préstamo hipotecario es consecuencia de la inclusión por el banco de cláusulas abusivas en ese contrato. Habida cuenta del principio jurídico generalmente aceptado *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, una parte no puede obtener ningún beneficio económico de una situación creada por su propio comportamiento ilícito. En particular, si un banco sufre alguna desventaja a resultas de la anulación de un contrato de préstamo hipotecario que contiene cláusulas abusivas, no se le debe compensar por dicha desventaja, en la medida en que se derive exclusivamente de su propio comportamiento ilícito.

En segundo lugar, señala que, si en una situación como la del litigio principal se permitiera a un banco ejercitar frente a un consumidor pretensiones que vayan más allá del reembolso del principal del préstamo más los intereses de demora al tipo legal, en



particular la relativa a una retribución por la utilización extracontractual del préstamo, ello privaría a la Directiva 93/13 de su efectividad y conduciría a un resultado no conforme con los objetivos que persigue. Esta posibilidad podría menoscabar el efecto disuasorio que el art. 6.1 de la Directiva 93/13, en relación con su art. 7.1 trata de atribuir a la declaración de la existencia de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores y profesionales. Muestra de ello es la STJUE 14 junio 2012, C-618/10, *Banco Español de Crédito*, que declaró que, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art. 7 de la Directiva 93/13. En efecto, los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Así pues, la mencionada facultad podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen a los consumidores. Del mismo modo, en un caso como el que nos ocupa, no se disuadiría al banco de incluir cláusulas abusivas en sus contratos de préstamo con consumidores si, a pesar de la anulación de dichos contratos, pudiera obtener de los consumidores una retribución al tipo de mercado por la utilización del capital del préstamo. Tal situación podría incluso llevar a que fuera rentable para el banco imponer cláusulas abusivas a los consumidores. Cuando menos, se reduciría significativamente el riesgo económico que asume al hacerlo.

En tercer lugar, si un banco tuviera derecho a ejercitar frente a un consumidor pretensiones que van más allá del reembolso del capital del préstamo y del pago de los intereses de demora al tipo legal, ello podría menoscabar la efectividad de la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores. En el presente asunto, se desprende que la retribución por la utilización extracontractual del préstamo que el banco reclama al consumidor asciende a 192.812,51 PLN (aproximadamente 41.484,26 euros), lo que equivale a alrededor de dos tercios del capital del préstamo. Supeditar la posibilidad de que los consumidores se liberen de las cláusulas abusivas al pago de una retribución tan elevada puede crear una situación en la que dar cumplimiento al contrato que incluye la cláusula abusiva sería más beneficioso para ellos que ejercitar los derechos que les confiere la Directiva 93/13. Por otra parte, habida cuenta del carácter opaco, complejo y discrecional de los criterios en que los bancos basan sus cálculos, los prestatarios no suelen estar en condiciones de evaluar con suficiente precisión el importe que el banco podría reclamarles antes de decidir si les interesa impugnar la legalidad de las cláusulas abusivas. Cabe añadir asimismo que, por lo general, los bancos, como en el presente asunto, consideran que las cantidades supuestamente adeudadas por los consumidores como retribución por la utilización extracontractual del préstamo son inmediatamente



exigibles. En cambio, en el contexto del contrato de préstamo, los vencimientos de las cuotas se devengan a intervalos regulares, de modo que el prestatario puede planificar sus pagos. Todos estos factores pueden disuadir a los consumidores de ejercitar los derechos que les confiere la Directiva 93/13.

El AG también considera que no puede acogerse la alegación del banco según la cual, si el este no tiene derecho a reclamar al prestatario una retribución por la utilización extracontractual del préstamo, ello equivaldría a ofrecerle un “crédito gratuito” para la construcción de una vivienda. En primer lugar, tal situación es la consecuencia habitual de que, tras suprimirse sus cláusulas abusivas, el contrato de préstamo sea declarado nulo con efectos *ex tunc*. En segundo lugar, el hecho de que el profesional pierda el beneficio que esperaba obtener de la ejecución de un contrato de préstamo en caso de incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del DUE no es nuevo en la jurisprudencia del TJUE en materia de protección de los consumidores. En efecto, la STJUE 9 de noviembre de 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia*, consideró proporcional una normativa nacional que preveía privar al prestamista de su derecho a los intereses y gastos al no especificar en el contrato de crédito algunos de los datos exigidos por la Directiva 2008/48.

Asimismo, el banco afirma que la estabilidad de los mercados financieros en Polonia y en toda la UE se vería amenazada si se privara a los bancos de la posibilidad de reclamar una retribución por la utilización extracontractual del préstamo. Pero según el AG, esta alegación carece de pertinencia en el contexto de la interpretación de la Directiva 93/13, cuyo objetivo no es preservar la estabilidad de los mercados financieros, sino, ante todo, proteger a los consumidores. En cualquier caso, como sujetos de Derecho, los bancos tienen la obligación de organizar su actividad de modo que se respeten todas las disposiciones legales.

A la vista de las consideraciones expuestas, el AG propone al TJUE que declare que los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 “deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una interpretación judicial del Derecho nacional conforme a la cual, cuando se declare que un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y un banco es nulo desde el inicio por incluir cláusulas abusivas, el banco, además de reclamar el reembolso de las cantidades satisfechas en virtud de ese contrato y el pago de los intereses de demora devengados desde la fecha del requerimiento de pago, puede ejercitar frente al consumidor pretensiones adicionales como consecuencia de tal declaración de nulidad”.



4. Comentarios

1. Según el AG, tras declararse nulo un préstamo indexado en divisa extranjera, por ser abusivas las llamadas cláusulas de conversión, los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 no se oponen a que el consumidor reclame al banco, además del reembolso de las cantidades satisfechas en virtud de ese contrato y el pago de intereses de demora, una retribución por la utilización de parte de las cuotas mensuales del préstamo. Sin embargo, los citados preceptos sí se oponen a que el banco reclame al consumidor, además del reembolso del capital satisfecho y el pago de los intereses de demora, una retribución, al precio de mercado, por la utilización extracontractual de los fondos durante un determinado periodo de tiempo.

2. Aunque el AG no se explica en los términos que seguidamente se van a exponer, parece entender que los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 serían normas del mismo tipo que el art. 1306 CC. Este precepto establece una regla especial sobre cumplimiento/restitución tras la nulidad de un contrato con causa torpe por culpa de una o de las dos partes contratantes. En particular, el art. 1306 CC tiene una función preventiva y disuasoria de conductas que se consideran reprochables, pues a través de la fijación de la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* el que actúa de esa manera no puede recuperar lo que haya dado en virtud del contrato ni pedir el cumplimiento de lo prometido, mientras que la parte que es extraña y no incurre en esa conducta puede repetir lo pagado y retener en su beneficio lo que la otra parte prestó. Así, la aplicación de la regla *nemo auditor* conduce normalmente al enriquecimiento de una parte (no incurso en la conducta censurable) a costa de la otra. Aquí la liquidación del contrato no sigue un criterio de reciprocidad, de paridad plena o justicia conmutativa, como en el art. 1303 CC. Esta iniquidad de la liquidación contractual estaría justificada cuando la norma que se infringe no trata de proteger los intereses privados de las partes, sino el interés público. Aunque no es evidente que la causa torpe a la que se refiere el art. 1306 CC se aplique a los casos de vulneración de ley imperativa, supuestos considerados habitualmente también como de ilicitud causal, y sí más bien a los supuestos de contravención a la moral, puede de todos modos defenderse que el concepto de causa torpe debe ser sinónimo de ilicitud causal del art. 1275 CC, que no distingue entre inmoralidad e ilegalidad, y prevé sin embargo la nulidad de cualquier oposición a las leyes o a la moral.

Es evidente que los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13 no prevén una regla de irrepetibilidad de lo realizado equivalente a la del art. 1306 CC. Con todo, los citados preceptos tendrían también una función preventiva, disuasoria o sancionadora, pues tratarían de impedir conductas abusivas por parte de los predisponentes. Asimismo, puede dudarse que la nulidad del contrato derivada de la abusividad de una cláusula sea una nulidad por



contravención de la moral o buenas costumbres, pero parece evidente que sí es una nulidad derivada de la contrariedad de una norma imperativa. Además, aunque es un tema no resuelto definitivamente, podría considerarse que el art. 6.1 Directiva 93/13 es una norma que protege el interés público y no intereses privados (SSTJUE 21 diciembre 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo* y 30 mayo 2013, C-488/11, *Asbeek Brusse*). Por estas razones podría estar justificado que la regla *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* se aplicara analógica o expansivamente a casos de nulidad contractual derivada de la imposición por el predisponente de cláusulas abusivas. Si aplicamos dicha regla a un préstamo como el del caso, el consumidor podría recuperar las cantidades satisfechas con sus intereses, en aplicación del art. 1303 CC (o del 1896 CC, si entiende que el predisponente actúa de mala fe), precepto que no podría ser alegado por el predisponente para recuperar el uso del capital, ni tampoco los arts. 1547 y 1895 CC. Por lo demás, si en virtud de la regla *nemo auditur* el banco no puede recuperar lo realizado ni solicitar el cumplimiento de la contraparte, tampoco puede tener derecho a una indemnización que responda al interés contractual. En otras palabras, el banco no puede pedir siquiera frente al consumidor que el contrato se cumpla en términos no abusivos.

3. Habrá podido notarse que esta liquidación de un contrato de préstamo indexado en divisa extranjera nulo sería similar a la liquidación de un préstamo usurario. En efecto, una manifestación de la regla *nemo auditur* la encontramos en el artículo 3 LRU, precepto que, con la finalidad de prevenir conductas usureras, otorga al prestatario el derecho a enriquecerse mediante el uso “gratuito” de los fondos recibidos, pues solo deberá devolver el capital. Además, no habría obligación inmediata de devolver el capital, que es la solución a que llevaría el art. 1303 CC, pero no el art. 1306 CC, que consagra una *solutionis retentio*, para lo cual el prestatario ha de poder disfrutar del préstamo durante el tiempo pactado. Únicamente al final del plazo estipulado el prestatario deberá restituir el capital, que no podrá conservar definitivamente, pues el derecho de retención conforme al art. 1306 CC solo procede respecto de lo que se recibió en virtud del contrato nulo, y el prestatario recibió el préstamo a plazo, no la propiedad del dinero, que se conserva en poder del prestamista (CARRASCO, *Derecho de contratos*, 15/42). Por consiguiente, el banco debería restituir los importes pagados por el consumidor en virtud del préstamo con sus intereses, y el consumidor no debería restituir el capital hasta el vencimiento del plazo. En consecuencia, el banco nunca podrá oponer compensación hasta que no venza el plazo del préstamo, y por ello no podrá negarse a restituir las cantidades abonadas por el consumidor con sus intereses. No parece, tampoco, que el banco pueda oponer abuso de derecho al consumidor que le reclama las cantidades satisfechas con sus intereses (v. CARRASCO, *Tratado de abuso de Derecho y fraude de Ley*, 14.2).



Repárese, no obstante, que la nulidad por usura está directamente relacionada con los intereses remuneratorios del préstamo, mientras que las cláusulas enjuiciadas en este asunto no son realmente cláusulas de intereses remuneratorios, sino cláusulas que permiten al predisponente determinar los importes que tiene que abonar el consumidor. Mas no parece que esta circunstancia tenga que motivar la adopción de una solución diferente a la expuesta, pues las cláusulas declaradas abusivas inciden en los importes que tiene que pagar el consumidor, y repárese que se reputa *interés toda prestación pactada a favor del acreedor* (art. 315 Ccom).

4. Con todo, es previsible que el TJUE no asuma la solución del AG. De un lado, porque la jurisprudencia comunitaria sobre Derecho de la competencia ha sostenido que las consecuencias restitutorias fundadas en una regla de irrepetibilidad como la del art. 1306 CC no son exigidas por el DUE (STJUE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage Ltd.*). En consecuencia, es probable que el TJUE no se pronuncie sobre esta cuestión y que remita a la aplicación del Derecho nacional para su resolución. De otro, porque la jurisprudencia de los EEMM restringe el ámbito de la regla *nemo propiam* (INFANTE Y DE LA OLIVA, *Indret* 3/2009) y, al menos la jurisprudencia española, busca normalmente liquidar la nulidad conforme a un criterio neutral de completa reciprocidad (CARRASCO, *Derecho de contratos*, 15/42). En efecto, parece ir consagrándose la idea de que la regla primaria para privar de efectos al contrato nulo o anulable es la *restitutio in integrum*, mientras que se deja en un segundo plano la *nemo auditur*, para los casos más graves de culpabilidad de los contratantes en la ilegalidad o inmoralidad del contrato (arts. 1306 PMCCOC y 15:104 PECL).

5. El Tribunal polaco entiende que una medida *proporcional* podría ser que el banco no pueda reclamar al consumidor el uso del capital, pero que tampoco el consumidor pueda reclamar al banco el uso de parte de las cuotas. Acaso podría proponerse como una medida *proporcional*, que además no quebrantaría el fin de prevención de conductas abusivas derivado de los arts. 6.1 y 7.1 Directiva 93/13, la concesión al banco de una retribución por el uso de capital *significativamente inferior a la retribución* de mercado.