

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO 1522/2018**

Órgano: JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 9 DE SALAMANCA  
Demandante/Apelantes: ASUFIN EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DE ----- Y -----  
Procurador/a: TERESA MARÍA FERNÁNDEZ DE LA MELA MUÑOZ  
Demandando/Apelado: BANKINTER, S.A.  
Procurador/a: MARÍA JESÚS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ

**Escrito: SOLICITUD DE PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL**

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 9 DE SALAMANCA**

MARÍA JESÚS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de la sociedad BANKINTER, S.A. (en adelante, “**Bankinter**”), de conformidad con la escritura de poder que consta en los autos de referencia, bajo la dirección letrada de D. JOSÉ LUIS TERRÓN GUIJARRO, ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho, **DIGO**:

1. Que, tal y como se expondrá a lo largo del presente escrito, recientemente se han producido ciertos acontecimientos que suscitan dudas relativas a la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>1</sup> (“**Directiva 93/13**”) que, a juicio de Bankinter, resulta necesario aclarar para una correcta resolución del presente procedimiento.
2. Que, conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“**TFUE**”), cuando se plantean dudas sobre la interpretación del Derecho de la Unión Europea, cualquier juez nacional puede pedir el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“**TJUE**”) que se pronuncie sobre dichas dudas, si estima necesaria una decisión al respecto para emitir su fallo.
3. Que, a la vista de lo anterior, Bankinter solicita el planteamiento de determinadas cuestiones prejudiciales en el presente asunto, todo ello con fundamento en las siguientes,

**ALEGACIONES**

**PREVIA. CIRCUNSTANCIAS QUE ACONSEJAN EL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL**

**A. La jurisprudencia más reciente del TJUE ha aclarado que el carácter abusivo de una cláusula contractual no puede obedecer únicamente a su falta de transparencia**

4. El 14 de marzo de 2019, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una nueva sentencia sobre un préstamo denominado en moneda extranjera en el asunto *Dunai*<sup>2</sup>. Esta

<sup>1</sup>Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, DOUE L 95 de 21.4.1993, p. 29.

<sup>2</sup>Sentencia del TJUE de 14 marzo de 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207.

sentencia complementa la jurisprudencia del TJUE recaída en los asuntos *Andriciuc*<sup>3</sup> y *OTP Bank y OTP Faktoring*<sup>4</sup>. En la sentencia dictada en el asunto *Dunai*, el TJUE ha establecido con toda claridad que la falta de transparencia de una determinada cláusula contractual no equivale automáticamente a que dicha cláusula sea abusiva.

5. En concreto, dicha sentencia ha dispuesto lo siguiente:

*“Si, en tercer término, el órgano jurisdiccional remitente considera que la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio controvertida en el litigio principal no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicho artículo 4, apartado 2, le incumbe examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si esta causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato en detrimento del consumidor de que se trate”<sup>5</sup>.*

6. Lo anterior significa que, en el presente asunto, la eventual declaración del carácter abusivo de las cláusulas contractuales examinadas no puede descansar únicamente en su supuesta falta de transparencia, sino que para declarar dicho carácter abusivo es imprescindible realizar un juicio adicional y autónomo para valorar (i) si las cláusulas contractuales causan un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes y (ii) si dicho desequilibrio se produce de forma contraria a las exigencias de la buena fe.

7. En caso de que el juzgador no comparta el razonamiento anterior, antes de emitir su fallo, debería elevar cuestión prejudicial ante el TJUE para evitar que la sentencia que dicte no sea conforme a la jurisprudencia de dicho tribunal.

## **B. La facultad de modificación de la divisa impide declarar el carácter abusivo de las cláusulas examinadas**

8. Por otra parte, el 16 de marzo de 2019, se publicó la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario<sup>6</sup> (“Ley 5/2019”), cuyo artículo 23 establece, para los contratos de préstamo inmobiliario denominados en moneda extranjera que se celebren a partir de la entrada en vigor de la norma (conforme a la Disposición transitoria primera), que el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en dicho artículo.

9. Esta norma transpone al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito

<sup>3</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703.

<sup>4</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, *OTP Bank y OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750.

<sup>5</sup> Sentencia del TJUE de 14 marzo de 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, apartado 49, con cita de la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 64.

<sup>6</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2019, pág. 26329.

celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial<sup>7</sup> (“**Directiva 2014/17**”).

10. El Considerando 30 de la Directiva 2014/17 explica que debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. Dicho Considerando continúa indicando que “*el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos*”.
11. Conforme a estas previsiones, el artículo 23, apartado 1 de la Directiva 2014/17 dispone que los Estados miembros se asegurarán de que exista, en el momento de la celebración del contrato de crédito, un marco reglamentario que garantice, como mínimo, (i) bien que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones especificadas, (ii) o bien que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito.
12. A la vista de lo anterior, resulta claro que el legislador español, con la aprobación de la Ley 5/2019, ha optado por exigir con carácter obligatorio que, en España, en los contratos de préstamo inmobiliario denominados en moneda extranjera a los que dicha norma resulte de aplicación, el prestatario tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa, aunque dicha facultad de conversión no esté contemplada en el contrato.
13. A pesar de que al contrato que se examina en el presente procedimiento no le resulta de aplicación directa la Ley 5/2019 por su fecha de celebración, lo cierto es que dicho contrato sí incorpora una facultad unilateral de modificación de la divisa a favor del consumidor, requisito que no era exigible cuando el contrato se celebró.
14. A juicio de Bankinter, la atribución de esta facultad al consumidor (i) necesariamente elimina el desequilibrio contractual a los efectos de la Directiva 93/13 y en todo caso, aun cuando ello no fuera así, (ii) las decisiones de cambio de divisa adoptadas por el consumidor deben vincularle conforme a la Directiva 93/13.
15. Hasta el día de hoy, el TJUE no ha examinado nunca un contrato que incorpore dicha facultad, por la sencilla razón de que no se le ha planteado hasta ahora una cuestión en un asunto como éste, en el que el contrato denominado en moneda extranjera reúna esta concreta característica. Tampoco ha examinado nunca, por el mismo motivo, si las decisiones de cambio de divisa adoptadas por el consumidor deben vincularle o no.

<sup>7</sup> Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) N° 1093/2010, DOUE L 060 de 28.2.2014, p. 34. Versión consolidada disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1507398634345&uri=CELEX:02014L0017-20140228>

16. Por ello, esta parte cree que resulta necesario elevar una cuestión prejudicial al TJUE que permita despejar estas dudas que son esenciales para resolver este procedimiento.

**C. La prescripción de las acciones relativas al carácter abusivo de las cláusulas contractuales en los contratos multidivisa**

17. Por último, si bien en la sentencia dictada en el asunto *Gutiérrez Naranjo*, el TJUE declaró que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión<sup>8</sup>, la cuestión de la prescripción de las acciones derivadas del carácter abusivo de las cláusulas contractuales no ha sido hasta ahora específicamente analizada por el TJUE con carácter general, ni en especial en el ámbito de los préstamos denominados en moneda extranjera.

18. Ello no ha impedido a diversos tribunales españoles analizar la eventual prescripción de las acciones declarativas y/o restitutorias derivadas del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Hasta donde esta parte conoce, dicho análisis se ha realizado hasta ahora en relación con la cláusula de gastos hipotecarios y algunos de estos tribunales han aplicado la institución de la prescripción a las acciones ejercitadas en dichos asuntos<sup>9</sup>.

19. En el caso que nos ocupa, al igual que en los asuntos mencionados, se ejercitan por la parte contraria determinadas acciones dirigidas a declarar el carácter abusivo de determinadas cláusulas contractuales y a resarcir al consumidor como consecuencia de dicha declaración. Por tanto, la institución de la prescripción resulta aquí también de aplicación.

20. Bankinter considera que el planteamiento de una cuestión prejudicial al TJUE sobre este extremo permitiría despejar las dudas que parecen existir en estos momentos en relación con esta cuestión.

**PRIMERA. LA FALTA DE TRANSPARENCIA NO DETERMINA AUTOMÁTICAMENTE LA ABUSIVIDAD**

**A. La relevancia de la sentencia dictada en el asunto *Dunai***

21. Recordemos que el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:

*“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.*

<sup>8</sup> Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartados 68 y 69.

<sup>9</sup> Sentencias de la Audiencia Provincial de La Coruña, Sección 4ª, de 29 de noviembre de 2017 (PROV 2018, 27770), de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 9ª, de 1 de febrero de 2018 (PROV 2018, 131835) o de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, número 64/2019, de 21 de enero de 2019 (AC 2019, 35), ES:APB:2019:219, entre otras.

22. Por su parte, el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 establece lo siguiente:

*“Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.*

23. En el asunto *Andriciuc*, relativo a los préstamos denominados en moneda extranjera, el TJUE interpretó ambos preceptos de forma independiente, sin exponer expresamente la relación existente entre la falta de transparencia, regulada en el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 y el desequilibrio y la buena fe, regulados en el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13<sup>10</sup>. Posteriormente, en la sentencia dictada en el asunto *OTP Bank y OTP Faktoring*, el TJUE adoptó una aproximación similar<sup>11</sup>.

24. Recientemente, la sentencia dictada en el asunto *Dunai* ha explicado la relación entre ambos preceptos en los contratos denominados en divisa extranjera. Así, el TJUE ha establecido los 3 pasos a seguir cuando se declara el carácter abusivo de una cláusula contractual:

- (a) En primer lugar, es necesario apreciar si la cláusula reúne el requisito de la transparencia, conforme al artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13.
- (b) En segundo lugar, solo cuando la cláusula no sea transparente, es necesario valorar si la cláusula causa, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, conforme al artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13.
- (c) Finalmente, de existir ese desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe, es necesario determinar cuáles son las consecuencias en cada caso de la declaración del carácter abusivo de la cláusula, conforme al artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13.

25. La sentencia lo explica del siguiente modo:

*“A este respecto, debe recordarse en segundo término que, en lo referente a las cláusulas contractuales relativas al riesgo del tipo de cambio, se desprende de la*

<sup>10</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703. Ver apartados 24 a 51 para la interpretación del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13. Ver apartados 52 a 58 para la interpretación del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13.

<sup>11</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, *OTP Bank y OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750. Ver respuesta a la primera cuestión prejudicial en relación con el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 y respuesta a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta en relación con el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13.

*jurisprudencia del Tribunal de Justicia que a tales cláusulas, en cuanto definen el objeto principal del contrato de préstamo, les resulta de aplicación el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, quedando excluidas de la apreciación de su carácter abusivo solo en la medida en que el órgano jurisdiccional nacional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible”<sup>12</sup>.*

*“Si, en tercer término, el órgano jurisdiccional remitente considera que la cláusula relativa al riesgo del tipo de cambio controvertida en el litigio principal no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicho artículo 4, apartado 2, le incumbe examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si esta causa, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato en detrimento del consumidor de que se trate”<sup>13</sup>.*

*“En cuarto término y por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del carácter eventualmente abusivo de tal cláusula, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige, tal como se ha recordado en el anterior apartado 39, que los Estados miembros establezcan que no vincularán al consumidor, en las condiciones determinadas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y que el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si puede subsistir sin las cláusulas abusivas”<sup>14</sup>.*

26. De conformidad con este razonamiento no puede afirmarse ya que la falta de transparencia determine de forma necesaria o automática un determinado desequilibrio contractual en contra de las exigencias de la buena fe, sino que para alcanzar esta conclusión (abusividad), es necesario que el juez nacional realice un juicio adicional y autónomo.

## **B. Solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial**

27. En caso de que el juzgador no comparta el razonamiento anterior, consideramos necesario que, antes de emitir su fallo, eleve una cuestión prejudicial ante el TJUE para evitar que la sentencia que dicte no sea conforme a la jurisprudencia de dicho tribunal.
28. Por ello, en ese supuesto, Bankinter solicita que se plantee la siguiente cuestión prejudicial al TJUE:

*“¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, en relación*

<sup>12</sup> Sentencia del TJUE de 14 marzo de 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, apartado 48, con cita de la sentencia de 20 de septiembre de 2018, *OTP Bank y OTP Faktoring*, C-51/17, EU:C:2018:750, apartado 68.

<sup>13</sup> Sentencia del TJUE de 14 marzo de 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, apartado 49, con cita de la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 64.

<sup>14</sup> Sentencia del TJUE de 14 marzo de 2019, *Dunai*, C-118/17, EU:C:2019:207, apartado 50.

*con el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en un contrato denominado en moneda extranjera, la circunstancia de que una cláusula contractual no esté redactada de manera clara y comprensible no determina de forma automática el carácter abusivo de la cláusula, sino que para declarar dicho carácter es necesario realizar un juicio adicional y autónomo para valorar si la cláusula causa, pese a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor?”*

## **SEGUNDA. EL ANÁLISIS DE ABUSIVIDAD. EL EQUILIBRIO Y LA BUENA FE. LA CLÁUSULA DE OPCIÓN DE CAMBIO DE MONEDA**

### **A. La cláusula de opción de cambio de moneda**

29. Aceptada la necesidad de llevar a cabo el juicio adicional y autónomo que exige el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13, un hecho relevante en la resolución de este asunto es que el contrato examinado incluye una cláusula que ha sido impugnada por la parte contraria al pretender la anulación del “clausulado multdivisa” y que permite al prestatario modificar a su elección la divisa en la que está denominado el préstamo.
30. Tal y como se analizará a continuación, dicha cláusula (i) elimina cualquier riesgo de desequilibrio que merezca la calificación de abusivo porque permite al consumidor expulsar el riesgo de divisa del contrato en cualquier momento e (ii) impide afirmar que el contrato se celebró en contra de las exigencias de la buena fe, habida cuenta de que la fluctuación de la divisa no depende de ninguna de las partes.
31. Se trata de la cláusula financiera 3ª D) “OPCIÓN DE CAMBIO DE MONEDA Y COMUNICACIONES” de la escritura de préstamo hipotecario, que establece lo siguiente:
- “Al vencer cada periodo de amortización, la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España, valorándose la divisa anterior al cambio vendedor o “cambio alto” y la que se introduce al comprador o “cambio bajo”. Igualmente podrá traducirse a EUROS. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa.”*
32. Exponemos a continuación el efecto que produce la existencia de la mencionada cláusula en el análisis o juicio de abusividad y los elementos que el juzgador debe tener en cuenta para realizar dicho análisis.

## B. Análisis de abusividad

### (i) Momento de celebración

33. En primer lugar, procede recordar que el juicio de abusividad debe realizarse conforme a las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato.

34. Así, el artículo 4, apartado 1 de la Directiva 93/13 establece lo siguiente:

*“Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa”.*

35. En interpretación de este precepto, en relación con el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13, relativo al juicio de abusividad, la sentencia dictada en el asunto *Andriciuc* declaró lo siguiente:

*“De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado en los puntos 78, 80 y 82 de sus conclusiones, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato”<sup>15</sup>.*

36. En las Conclusiones dictadas en dicho asunto, el Abogado General *Wahl* aclaraba que “esta apreciación no puede depender en modo alguno de acontecimientos posteriores a la celebración del contrato que son ajenos a la voluntad de las partes” y que “a este respecto, debe distinguirse el caso en el que una cláusula contractual entraña un desequilibrio entre las partes que sólo se manifiesta mientras se ejecuta el contrato de aquel otro en el que, aunque no existe una cláusula abusiva, las obligaciones que incumben al consumidor son percibidas por éste como más gravosas de resultas de una modificación de las circunstancias posterior a la celebración de un contrato y ajena la voluntad de las partes”<sup>16</sup>.

### (ii) Equilibrio

37. Aclarado cuál es el momento al que el juzgador debe atender para examinar el posible

<sup>15</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 54.

<sup>16</sup> Conclusiones del Abogado General Sr. *Nils Wahl*, presentadas el 27 de abril de 2017, C-186/16, *Andriciuc*, EU:C:2017:313, apartados 80 y 82.

desequilibrio del contrato, en el caso que nos ocupa debe tenerse necesariamente en cuenta la presencia de la cláusula que permitía al consumidor modificar la divisa del préstamo.

38. Así, la cláusula relativa a la opción de cambio de moneda, que permite al prestatario modificar a su elección la divisa en la que está denominado el préstamo con ocasión de cada vencimiento de las cuotas mensuales, determina una clara ausencia de desequilibrio contractual desde el mismo momento de la celebración del contrato, que impide declarar el carácter abusivo de las cláusulas que se examinan.
39. Resulta evidente que si el prestatario puede modificar la divisa en la que está denominado el préstamo desde el mismo momento de la celebración del contrato, y si resulta además que puede hacerlo con cada vencimiento de cuota mensual, pudiendo elegir el euro como divisa de denominación para expulsar con ello del contrato el riesgo de la fluctuación de la divisa con aplicación de un tipo de cambio que no depende de la voluntad de ninguna de las partes, el contrato no ha nacido desequilibrado. Por tanto, las cláusulas relativas al capital sujeto a devolución y a las cuotas que se deben abonar no pueden ser declaradas abusivas.
40. Tan es así que, como decíamos anteriormente, el artículo 23, apartado 1 de la Directiva 2014/17 establece hoy en día que en los contratos denominados en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que exista, en el momento de la celebración del contrato de crédito, un marco reglamentario que garantice (a) que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa o (b) que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito.
41. En España, el legislador nacional ha optado por exigir obligatoriamente que el consumidor tenga derecho a modificar la moneda del préstamo. Así, el artículo 20, apartado 1 de la Ley 5/2019 ha establecido que en los contratos de préstamo inmobiliario que se denominen en moneda extranjera, el prestatario tendrá derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa conforme a lo dispuesto en dicho artículo.
42. A la vista de este marco normativo, cabe concluir que la facultad de cambio de moneda constituye en estos momentos el elemento esencial, desde un punto de vista regulatorio, para valorar la conformidad de estos contratos con el Derecho de la Unión y con el Derecho español. De hecho, en España la concesión de este derecho en estos momentos se exige obligatoriamente, pero recordemos que no se exigía en el momento de la celebración del contrato y aun así en el contrato que nos ocupa ya estaba incorporada.
43. Desde el punto de vista de la Directiva 93/13, la consecuencia de lo anterior es que la presencia de la cláusula a la que nos referimos en el contrato determina la inexistencia de desequilibrio contractual. Resulta imposible sostener lo contrario, cuando precisamente

esta cláusula atribuye una facultad que ha sido exigida por el legislador europeo y por el legislador español como un requisito que en estos momentos deben cumplir este tipo de contratos para ser conformes con esta normativa.

(iii) Buena fe

44. Por otra parte, en cuanto al requisito de la buena fe, conforme a la jurisprudencia del TJUE, este requisito implica que el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual<sup>17</sup>.
45. En este contexto, la atribución al consumidor de la facultad de cambio de divisa en el propio contrato excluye la mala fe, porque permite pensar que el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría celebrar el contrato de préstamo, dado que en cualquier momento podía modificar la divisa del préstamo, pasando a denominarlo a euros y expulsando con ello el riesgo de la fluctuación de la divisa del contrato.
46. Procede recordar nuevamente que no se puede trasladar sin más al profesional el riesgo de fluctuación de la divisa, porque dichas fluctuaciones son, conforme a la jurisprudencia del TJUE “*acontecimientos posteriores a la celebración del contrato que son ajenos a la voluntad de las partes*” y por ello, no pueden ser tomados en consideración en el juicio de abusividad.

**C. Solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial**

47. La trascendencia de la cláusula relativa a la facultad de opción en el juicio de abusividad no ha sido abordada hasta ahora por la jurisprudencia del TJUE. Ello obedece a que en las sentencias que el TJUE ha dictado en los asuntos *Andriciuc*, *OTP Bank* y *OTP Faktoring y Dunai* los contratos examinados no atribuyen al consumidor una facultad de esta naturaleza.
48. A juicio de Bankinter, si el TJUE tuviera ocasión de examinar la citada facultad de opción, la atribución de esta facultad al consumidor sería considerada como un elemento que descartaría la existencia de desequilibrio contractual y que confirmaría la existencia de buena fe en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13, lo que impediría en todo caso calificar como abusivas las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa, con independencia de su transparencia en los términos del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13. Y ello resulta esencial para la resolución del presente litigio.
49. Por ello, Bankinter solicita que se plantee la siguiente cuestión prejudicial al TJUE:

<sup>17</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 57, con cita de la sentencia de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69.

*“¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, en relación con el artículo 4, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en un contrato denominado en moneda extranjera, la atribución al consumidor de una facultad unilateral de modificación de la divisa en la que está denominado el préstamo que puede ejercitar con ocasión de cada amortización mensual de la cuota determina, en cuanto a las cláusulas por las que el consumidor asume el riesgo de la divisa, la inexistencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor y confirma que dicho contrato se celebró conforme a las exigencias de la buena fe?”*

**TERCERA. LOS CAMBIOS DE DIVISA REALIZADOS POR EL CONSUMIDOR LE VINCULAN**

**A. El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 exige que el consumidor quede vinculado por sus decisiones de cambio de divisa**

50. En el caso que nos ocupa, además, el consumidor ha ejercitado la facultad de cambio de divisa hasta en CUATRO OCASIONES desde la suscripción del préstamo hasta la interposición de la demanda, con ello eliminando el riesgo de desequilibrio y afirmando que el contrato se celebró con las exigencias de la buena fe. En primer lugar, en mayo de 2008 (antes de que se hubiera materializado el riesgo ni les hubiera afectado negativamente el tipo de cambio) llevaron a cabo el primer cambio de Yenes Japoneses a Francos Suizos, en octubre de 2008 volvieron a cambiar su préstamo a los Yenes Japoneses, en febrero de 2013 eligieron cambiar de divisa a las Libras Esterlinas y finalmente en diciembre de 2016 cambiaron su préstamo a Euros, divisa con la que han pagado desde entonces.
51. Especial importancia debe darse al cambio a EUROS, con ese cambio el demandante demostró que conocía, como mínimo desde ese momento, esa posibilidad de mantener su préstamo en Euros, expulsando por completo el riesgo de fluctuación de la divisa que era inherente a un préstamo multidivisa cuya divisa fuera diferente al Euro.
52. A juicio de Bankinter ello plantea la necesidad de aclarar otra cuestión que (i) tampoco está resuelta por la jurisprudencia del TJUE, (ii) resulta necesario abordar en caso de respuesta negativa a la cuestión anterior y (iii) es esencial para resolver este concreto asunto, en el que el consumidor ha hecho uso de la facultad de opción.
53. El punto de partida para resolver esta cuestión es que la cláusula que atribuye al consumidor la facultad de opción no es una cláusula abusiva.
54. Recordemos nuevamente que el artículo 23, apartado 1 de la Directiva 2014/17 establece que en los contratos denominados en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que exista, en el momento de la celebración del contrato de crédito, un marco reglamentario que garantice que el consumidor tenga derecho a convertir el

préstamo a una moneda alternativa y que esta previsión ha sido transpuesta al ordenamiento español en el artículo 20, apartado 1 de la Ley 5/2019.

55. Por ello, cabe concluir que la cláusula relativa a la opción de cambio de moneda constituye en estos momentos un elemento esencial, desde un punto de vista regulatorio, para valorar la conformidad de estos contratos con el Derecho de la Unión y con el Derecho español.
56. Pues bien, desde el punto de vista de la Directiva 93/13, la consecuencia de lo anterior no sólo es que la presencia de esta cláusula elimina cualquier tipo de desequilibrio contractual o de mala fe del contrato, sino que, además, este tipo de cláusula no puede ser declarada abusiva en ningún caso. Resulta imposible sostener lo contrario, cuando precisamente esta cláusula atribuye una facultad que ha sido exigida por el legislador europeo y por el legislador español como un requisito que en estos momentos deben cumplir este tipo de contratos para ser conformes con esta normativa.
57. Por tanto, es claro que no se puede afirmar que esta concreta cláusula contractual sea una cláusula abusiva. De lo contrario no se habría exigido la facultad de opción en el nuevo marco regulatorio.
58. La consecuencia de lo anterior es que, en los casos, como éste, en los que el consumidor ha hecho uso de la opción de cambio de divisa se produce, por una correcta aplicación de la Directiva 93/13, y, en concreto, de su artículo 6, apartado 1, el efecto de que sus decisiones deben vincularle.
59. **El artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13**, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del TJUE, no sólo exige que no vinculen al consumidor las cláusulas abusivas, sino que también **impide que se dejen sin efecto otras cláusulas de ese mismo contrato que no están afectadas por la declaración de abusividad**.
60. Así, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de la cláusula abusiva, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible<sup>18</sup>.
61. Dado que la cláusula que permite al prestatario modificar a su elección la divisa en la que está denominado el préstamo no es abusiva, las decisiones adoptadas por el consumidor en aplicación de una cláusula contractual que no es abusiva deben vincularle, porque constituyen actos propios y no pueden ser sin más ignoradas por el juzgador.
62. Al igual que ocurre en el Derecho español, el Derecho de la Unión reconoce el principio que prohíbe actuar contra los actos propios o *“non concedit venire contra factum*

<sup>18</sup> Sentencia del TJUE de 7 de agosto de 2018, *Banco Santander*, C-96/16 y C-94/17, EU:C:2018:643, apartado 73 y de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65.

*proprium*”<sup>19</sup>.

63. En Derecho español, las decisiones adoptadas por el consumidor por las cuales ha modificado la divisa en la que está denominado el préstamo reúnen todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo para ser considerados actos propios conforme al artículo 7, apartado 1 del Código Civil (“CC”)<sup>20</sup>.
64. A juicio de Bankinter, resulta especialmente desacertado privar de efectos a estas decisiones con base en que las mismas no hayan supuesto un determinado beneficio económico al consumidor que las ha adoptado, como están haciendo numerosos tribunales al referirse a que el consumidor “consolida una pérdida” como elemento acreditativo del carácter abusivo del contrato.
65. Este criterio supone desconocer palmariamente la Directiva 93/13. No puede apreciarse el carácter abusivo del contrato en función de una decisión adoptada por el consumidor (i) en aplicación de una cláusula del contrato que no es abusiva, (ii) de forma completamente ajena a la voluntad del profesional, (iii) evidentemente, en un momento posterior a la celebración del contrato y (iv) con el argumento de que la decisión adoptada por el consumidor le ha perjudicado económicamente.
66. La Directiva 93/13 pretende poner fin a situaciones de desequilibrio contractual, pero no persigue que los profesionales aseguren los riesgos libremente asumidos por los consumidores en ejercicio de su propia autonomía de la voluntad. Esa no es la finalidad de la Directiva 93/13.
67. Por tanto, dado que la privación de efectos jurídicos a las decisiones de cambio de divisa adoptadas por el consumidor sólo podría tener lugar si se considerase que la propia cláusula que le permite modificar la divisa es abusiva en sí misma (algo que no puede sostenerse hoy en día a la vista de la Directiva 2014/17 y de la Ley 5/2019), la doctrina que priva de efectos a estas decisiones supone (i) una infracción del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 y (ii) una clara infracción también del principio de los actos propios en Derecho español.

## **B. Solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial**

68. De nuevo, esta cuestión no ha sido resuelta por la jurisprudencia del TJUE, porque en las sentencias que el TJUE ha dictado en los asuntos *Andriuc*, *OTP Bank* y *OTP Faktoring y Dunai*, los contratos examinados no atribuyen al consumidor la facultad de cambio de divisa.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal General de 5 de septiembre de 2014, *Éditions Odile Jacob/Comisión*, T-471/11, EU:T:2014:739, apartado 52, con cita de los autos de 25 de octubre de 2007, *Nijs/Tribunal de Cuentas*, C-495/06 P, EU:C:2007:644, apartados 52 a 56 y de 24 de junio de 2010, *Kronoply/Comisión*, C-117/09 P, EU:C:2010:370, apartado 44.

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 291/2006, de 21 de abril (RJ 2006/4604), Sentencia del Tribunal Supremo número 466/2000, de 9 de mayo (RJ 2000/3194) y Sentencia del Tribunal Supremo número 41/2000, de 28 de enero (RJ 2000/455), entre otras.

69. Entendemos también, según se ha indicado anteriormente, que el planteamiento de esta cuestión prejudicial únicamente resulta procedente en caso respuesta negativa a la pregunta anterior.
70. En este escenario, a juicio de Bankinter debería elevarse al TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

*“En caso de respuesta negativa a la pregunta anterior, ¿debe interpretarse el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en un contrato denominado en moneda extranjera deben vincular al consumidor las decisiones adoptadas por éste en ejercicio de una facultad unilateral de modificación de la divisa que le atribuye el contrato?”*

#### **CUARTA. LA PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CARÁCTER ABUSIVO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES**

##### **A. La legislación española no establece que la acción para la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contractuales sea imprescriptible.**

71. Existe por último una cuestión que también resulta necesario abordar para una adecuada aplicación de la Directiva 93/13 al caso de autos: la prescripción de las acciones ejercitadas de contrario.
72. En primer término, procede recordar que conforme al artículo 1.930 CC, segundo párrafo se extinguen por la prescripción los derechos y las acciones, de cualquier clase que sean, por lo que la regla general en Derecho español es la prescriptibilidad de las acciones, siendo el instituto de la prescripción básico para la garantía de la seguridad jurídica.
73. Por su parte, el artículo 9, apartado 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación<sup>21</sup> (“LCGC”) establece que las acciones declarativas del carácter abusivo de una cláusula contractual pueden tener un doble efecto: (i) bien la anulación de la cláusula afectada, subsistiendo el contrato o (ii) bien la nulidad del contrato, cuando el mismo no reúna alguno de los elementos del artículo 1.261 CC.
74. Finalmente, el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias<sup>22</sup> (“TRLUCU”) dispone que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno Derecho y que se tendrán por no puestas, debiendo el contrato, no obstante, seguir siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

<sup>21</sup>Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998, pág. 12304.

<sup>22</sup>Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007, pág. 49181.

75. En los términos del artículo 6, apartado 3 CC, relativo a la nulidad por infracción de norma imperativa, debe entenderse que el legislador español ha decidido, al adoptar estas normas que transponen la Directiva 93/13, que la nulidad de las cláusulas abusivas da lugar a dos efectos distintos en caso de contravención de la norma: (i) la nulidad de todo el contrato cuando el mismo no reúna alguno de los elementos del artículo 1.261 CC y, por tanto, su existencia sea imposible o (ii) la anulación de la concreta cláusula afectada cuando el contrato pueda subsistir.
76. La prescripción de la acción declarativa del carácter abusivo de la cláusula en uno y en otro caso necesariamente debe ser distinta.
77. Así, el artículo 1.300 CC dispone que pueden ser anulados los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 CC. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha interpretado que sólo las acciones que determinan la nulidad del contrato cuando no reúna los elementos del artículo 1.261 CC son imprescriptibles, mientras que aquellas otras acciones en las que el contrato subsiste por reunir los elementos del artículo 1.261 CC, deben estar sujetas a la regla de prescripción del artículo 1.301 CC, por aplicación del referido artículo 1.300 CC<sup>23</sup>, el cual dispone, insistimos, que pueden ser anulados los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1.261 CC.
78. En este caso, la acción declarativa del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se impugnan no da lugar a la falta de subsistencia del contrato por no reunir los requisitos del artículo 1.261 CC, sino que las cláusulas supuestamente abusivas se expulsan del contrato, permaneciendo el mismo en vigor por reunir los requisitos esenciales de todo contrato conforme al artículo 1.261 CC.
79. Por todo ello, en Derecho español, la acción para la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que aquí se examinan sí está sujeta a prescripción, conforme a los artículos 1.930, apartado 2 CC, 1.300 CC y 1.301 CC.
- B. El plazo para el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad en los casos de cláusulas objeto principal del contrato conforme al artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13 es de 4 años**
80. Una vez establecido que el ejercicio de la acción declarativa del carácter abusivo de una cláusula contractual que determina la subsistencia del contrato por reunir los requisitos del artículo 1.261 CC está sujeto a un plazo de prescripción, debe indagarse cuál es, conforme al Derecho español, el concreto plazo de prescripción aplicable a la acción.
81. En este caso, dado que las cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo se pretende declarar se refieren a la definición del objeto principal del contrato, por aplicación del

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Supremo número 1080/2008, de 14 de noviembre (RJ 2009\409), Sentencia del Tribunal Supremo número 236/2008, de 18 de marzo (RJ 2008\3054) y Sentencia del Tribunal Supremo número 895/1996, de 4 de noviembre (RJ 1996\7910), entre otras muchas.

artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, es preciso que dichas cláusulas no sean transparentes para que puedan ser declaradas abusivas. Esta situación no se produce en otros ámbitos, como por ejemplo el relativo a los gastos de los préstamos hipotecarios, donde el carácter abusivo de las cláusulas no está sujeto al examen de transparencia.

82. Pues bien, la situación descrita presenta una indudable relación de analogía con la situación regulada en el artículo 1.301 CC para los supuestos de vicio del consentimiento contractual en los supuestos de error. La falta de transparencia determina que la voluntad del consumidor se ha formado de una manera incorrecta, al igual que sucede en los supuestos de error. Resulta contrario a la lógica más elemental que una causa determinante de una incorrecta formación de la voluntad que da lugar a la anulación completa de un contrato esté sujeta a un plazo de prescripción o de caducidad de 4 años, mientras que otra causa que del mismo modo determina una incorrecta formación de la voluntad contractual, pero que únicamente da lugar a la expulsión de una concreta cláusula del contrato, permaneciendo el contrato en vigor, no esté sujeta a ningún plazo de prescripción o caducidad. Ni tal efecto ha sido previsto por el Derecho de la Unión, ni ha sido tampoco expresamente establecido por el legislador español.

83. Conforme al artículo 4, apartado 1 CC, procede la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón. Este es precisamente el caso que nos ocupa y, por ello, el plazo de prescripción aplicable en este supuesto es de 4 años.

### **C. En todo caso, la acción dirigida a la restitución de cantidades ha prescrito**

84. Pero es que además, aunque no se comparta el razonamiento anterior, conforme a la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, aun cuando la acción para la declaración de la nulidad pueda ser considerada imprescriptible en determinados supuestos (que no son los de este asunto), la acción dirigida a la restitución de cantidades siempre está sujeta a prescripción porque lo contrario infringe claramente el artículo 1.930, segundo párrafo 2 CC<sup>24</sup>.

85. Por ello, si el juzgador considerase que la acción declarativa es imprescriptible, entendemos que en todo caso debería admitir la aplicación de la prescripción a las acciones de restitución derivadas del carácter abusivo de las cláusulas afectadas. Entendemos que resulta de aplicación el plazo general contemplado en el vigente artículo 1.964, párrafo segundo CC.

### **D. Solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial**

<sup>24</sup> Entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1964, con referencia de repertorio jurisprudencial (RJ 1964\1152), de 27 de octubre de 1960, con número de repertorio jurisprudencial 3438 y de 26 de febrero de 1957, con número de repertorio jurisprudencial 1148.

86. La jurisprudencia del TJUE no se opone al establecimiento de plazos de prescripción para el ejercicio de las acciones derivadas del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Por el contrario, admite expresamente que los Derechos de los Estados miembros establezcan este tipo de plazos de prescripción, siempre que los mismos no resulten contrarios a los principios de efectividad y de equivalencia.
87. Así, en la sentencia dictada en el asunto *Gutiérrez Naranjo*, el TJUE declaró que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión<sup>25</sup>.
88. Por otra parte, conforme a la jurisprudencia del TJUE, al no estar regulado en el Derecho de la Unión el plazo para el ejercicio para las acciones derivadas del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer tales normas, en virtud del principio de la autonomía procesal, siempre y cuando estas normas no sean menos favorables que las que regulan situaciones similares sometidas al Derecho interno (principio de equivalencia) y no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión (principio de efectividad)<sup>26</sup>.
89. En cuanto al principio de equivalencia, el cual exige la aplicación indiferenciada de normas nacionales a los procedimientos basados en la infracción del Derecho de la Unión y a los basados en la infracción del Derecho nacional<sup>27</sup>, resulta indudable que en este caso, tanto la regla del artículo 1.301 CC, como la prescripción de las acciones de restitución conforme al artículo 1.964, párrafo segundo CC son de aplicación indistinta a las acciones reguladas por el Derecho nacional y a las acciones ejercitadas con fundamento en el Derecho de la Unión.
90. Respecto del principio de efectividad, son muy numerosos los ejemplos de asuntos en los que el TJUE ha considerado que el establecimiento de plazos de prescripción o de caducidad inferiores a 5 años o a 4 años resultan razonables y no hacen imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el Derecho de la Unión.
91. Por ejemplo, en las sentencias dictadas en los asuntos *Aprile* y *Grundig Italiana*, el TJUE declaró que plazos nacionales de caducidad de 3 años son razonables<sup>28</sup>. Y en el asunto *Palmisani/INPS*, el TJUE declaró que un plazo de 1 año para el ejercicio de una acción

<sup>25</sup> Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartados 68 y 69.

<sup>26</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*, C-448/17, EU:C:2018:745, apartado 36, con cita de la sentencia de 27 de febrero de 2014, *Pohotovost*, C-470/12, EU:C:2014:101, apartado 46.

<sup>27</sup> Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2018, *EOS KSI Slovensko*, C-448/17, EU:C:2018:745, apartado 38, con cita de la sentencia de 20 de octubre de 2016, *Danqua*, C-429/15, EU:C:2016:789, apartado 30.

<sup>28</sup> Ver sentencias del TJUE de 17 de noviembre de 1998, *Aprile/Amministrazione delle Finanze dello Stato*, C-228/96, EU:C:1998:544, apartado 19 y de 16 de 24 de septiembre de 2002, *Grundig Italiana*, C-255/00, EU:C:2002:525, apartado 34.

indemnizatoria también es conforme con el principio de efectividad<sup>29</sup>.

92. Por ello, Bankinter solicita que se plantee la siguiente cuestión prejudicial al TJUE:

*“¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el mismo no se opone a la aplicación del plazo de 4 años para el ejercicio de la acción declarativa del carácter abusivo de una cláusula contractual por falta de transparencia, y/o del plazo general del artículo 1964 del Código Civil español para el ejercicio de la acción de restitución de cantidades?”*

En virtud de lo anterior,

**SUPlico AL JUZGADO:** Que tenga por presentado este escrito, por realizadas las alegaciones en él contenidas y, en consecuencia, plantee las cuestiones prejudiciales propuestas por esta parte en el presente escrito.

\*\*\*

**PRIMER OTROSÍ DIGO:** Que, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 TFUE, tenga por solicitado el planteamiento de las siguientes cuestiones prejudiciales:

1. *“¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en un contrato denominado en moneda extranjera, la circunstancia de que una cláusula contractual no esté redactada de manera clara y comprensible no determina de forma automática el carácter abusivo de la cláusula, sino que para declarar dicho carácter es necesario realizar un juicio adicional y autónomo para valorar si la cláusula causa, pese a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor?”*

2. *“¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, en relación con el artículo 4, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en un contrato denominado en moneda extranjera, la atribución al consumidor de una facultad unilateral de modificación de la divisa en la que está denominado el préstamo que puede ejercitar con ocasión de cada amortización mensual de la cuota determina, en cuanto a las cláusulas por las que el consumidor asume el riesgo de la divisa, la inexistencia de un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato en detrimento del consumidor y confirma que dicho contrato se celebró conforme a las exigencias de la buena fe?”*

3. *“En caso de respuesta negativa a la pregunta anterior, ¿debe interpretarse el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que en un contrato denominado en*

<sup>29</sup> Ver sentencia del TJUE de 10 de julio de 1997, *Palmisani/INPS*, C-261/95, EU:C:1997:351, apartados 28 y 29.

*moneda extranjera deben vincular al consumidor las decisiones adoptadas por éste en ejercicio de una facultad unilateral de modificación de la divisa que le atribuye el contrato?”*

4. *“¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 en el sentido de que el mismo no se opone a la aplicación del plazo de 4 años para el ejercicio de la acción declarativa del carácter abusivo de una cláusula contractual por falta de transparencia, y/o del plazo general del artículo 1964 del Código Civil español para el ejercicio de la acción de restitución de cantidades?”*

**SUPlico AL JUZGADO:** Que tenga por realizada la anterior manifestación, a los efectos procesales oportunos.

\*\*\*

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO,** Que a los efectos de lo dispuesto en el artículo 231 de la LECiv, manifiesta esta parte su voluntad de subsanar los posibles defectos en que incurra el presente escrito a fin de que los actos de esta parte cumplan con los requisitos exigidos por la ley.

**SUPlico AL JUZGADO:** Que tenga por realizada la anterior manifestación, a los efectos procesales oportunos.

\*\*\*

Es Justicia que, respetuosamente, solicito en Salamanca, a 7 de junio de 2019.



\_\_\_\_\_  
Ldo. José Luis Terrón  
Col. ICAM 75.509

\_\_\_\_\_  
María Jesús Hernández González  
Procuradora de los Tribunales

Ldo. José Luis Terrón Guijarro  
Col. ICAM: 75.509  
(Firmado digitalmente)

**ALLEN & OVERY**