



UN NUEVO EJEMPLO DE LA TORTUOSA RELACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL CON LA DIRECTIVA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS

Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*)

Ricardo Pazos Castro

Doctor en Derecho

Universidad de Santiago de Compostela

TITLE: *Another Example of the Tortuous Relationship between Spanish Law and the Unfair Terms Directive*

RESUMEN: La Directiva de cláusulas abusivas sigue siendo uno de los asuntos principales en la jurisprudencia del TJUE. La sentencia Banco Primus examina cuestiones relacionadas con el Derecho procesal, el test de abusividad, la transparencia en los contratos con consumidores, el objeto principal del contrato y las cláusulas de vencimiento anticipado. La resolución confirma sentencias anteriores y, al mismo tiempo, incluye algunas novedades.

ABSTRACT: *The unfair terms directive goes on being one of the main topics in the ECJ's case-law. In Banco Primus, issues regarding procedural law, the unfairness test, transparency in consumer contracts, the subject matter of the contract and acceleration clauses are addressed. The decision confirms previous judgements and, at the same time, include a few novelties.*

PALABRAS CLAVE: contratos con consumidores, cláusulas abusivas, cláusulas de vencimiento anticipado, control de transparencia, objeto principal del contrato

KEY WORDS: *consumer contracts, unfair terms, acceleration clauses, review of the substantive transparency, subject matter of the contract*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL INCIDENTE EXTRAORDINARIO DE OPOSICIÓN BASADO EN LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. A PROPÓSITO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO. 3. EL CONTROL DE CONTENIDO, LA DOBLE INSTANCIA JUDICIAL Y LA COSA JUZGADA. 4. EL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC, SOBRE VENCIMIENTO ANTICIPADO, Y LA CONDUCTA DEL EMPRESARIO DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO. 5. LA DEFINICIÓN GENERAL DE ABUSIVIDAD. 6. LA APLICACIÓN DE LA DEFINICIÓN GENERAL DE ABUSIVIDAD A UNA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO. 7. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA DE UNA CLÁUSULA RELATIVA AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO. 8. LA APLICACIÓN DE LA DEFINICIÓN GENERAL DE ABUSIVIDAD A UNA CLÁUSULA SOBRE EL MODO DE CÁLCULO DEL TIPO DE INTERÉS REMUNERATORIO. 9. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (*Gutiérrez Naranjo y otros*¹) se pronunció sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los

¹ Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (Francisco Gutiérrez Naranjo/Cajasur Banco, S.A.U; Ana María Palacios Martínez/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.; Banco Popular Español, S.A./Emilio Irlés López, Teresa Torres Andreu, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, ECLI: EU: C: 2016: 980).

contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva de cláusulas abusivas)², con relación a la controversia que han suscitado las cláusulas suelo en Derecho español. Cuando la doctrina todavía estaba analizando esa sentencia, su implementación en nuestro Derecho, y el contenido del Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo; el 26 de enero de 2017 recaía otra sentencia del Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la Directiva de cláusulas abusivas. Se trata de la sentencia *Banco Primus*, objeto del presente comentario³. Esta sentencia destaca por tratar un abanico de cuestiones ciertamente amplio, aunque no conlleva innovaciones en todas ellas. Como tendrá ocasión de comprobarse, en algunos puntos el Tribunal de Justicia simplemente reitera conclusiones a las que ya había llegado en otras ocasiones.

El presente trabajo tiene su origen en un breve comentario a la sentencia *Banco Primus* que fue publicado en el número de febrero de la revista *La Ley Unión Europea*⁴. Por esta razón, además de las lógicas coincidencias en cuanto al fondo, entre ambos textos también hay ciertas similitudes con relación a la división efectuada entre los apartados y respecto del título de los mismos.

2. EL INCIDENTE EXTRAORDINARIO DE OPOSICIÓN BASADO EN LA EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. A PROPÓSITO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA DE LA LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

Después de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictase su sentencia *Aziz*⁵, el legislador español modificó el artículo 695 de la LEC, que quedaría redactado en la forma prevista por el apartado catorce del artículo 7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (en adelante, Ley 1/2013). Se introdujo de esta manera una nueva causa de oposición en el proceso de ejecución hipotecaria, consistente en «el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible» (art. 695.1.4º de la LEC).

² DO L 95, de 21 de abril de 1993, p. 29.

³ Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*, S.A./Jesús Gutiérrez García, C- 421/14, ECLI: EU: C: 2017: 60). Otros trabajos que analizan esta misma sentencia pueden encontrarse en ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *Blog Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2017; MARTÍN FABA, J. M^º, «Preclusión del plazo de oposición, cosa juzgada formal y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: mucho ruido y pocas nueces con la STJUE de 26 de enero de 2017», *Blog CESCO*, 2 de febrero de 2017; y ADÁN DOMÈNECH, F., «STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: nuevo varapalo jurídico al Tribunal Supremo y crisis del sistema procesal español», *Diario La Ley*, nº 8922, Sección Tribuna, 15 de febrero de 2017.

⁴ Cfr. PAZOS CASTRO, R., «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la directiva de cláusulas abusivas. A propósito de la STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*)», *La Ley Unión Europea*, Año V, nº 45, 28 de febrero de 2017 (LA LEY 1797/2017).

⁵ Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz/Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa [Catalunyacaixa], C-415/11, ECLI: EU: C: 2013:164).

Además, la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013 estableció un régimen transitorio para los procesos en ejecución. Por un lado, se preveía el caso de que, en un procedimiento ejecutivo todavía en curso en el momento de la entrada en vigor de la ley, ya hubiese transcurrido el periodo de oposición de diez días previsto en el artículo 556.1 de la LEC. Y, por otro, que habiéndose iniciado ya el periodo de oposición, éste no hubiese finalizado todavía. En ambas situaciones, el ejecutado disponía de un plazo preclusivo de un mes para formular un incidente extraordinario de oposición. En el marco de este incidente extraordinario, las causas de oposición que podían ser alegadas por los ejecutados en las dos situaciones no eran las mismas, si bien en ambos casos se incluía la existencia de cláusulas abusivas. El plazo preclusivo de un mes para formular el incidente extraordinario de oposición comenzaba a correr el día siguiente al día de la entrada en vigor de la Ley 1/2013.

Este régimen transitorio ya había sido examinado por la sentencia *BBVA*⁶. En opinión del Tribunal de Justicia, la duración del plazo no hacía imposible en la práctica, ni tampoco excesivamente difícil, la protección del consumidor contra las cláusulas abusivas; considerando que un mes era una duración razonable y suficiente⁷. Sin embargo, la norma española vulneraba el Derecho de la Unión debido al momento en que el plazo comenzaba a correr. Existía un riesgo elevado de que los consumidores desconociesen la posibilidad de plantear un incidente extraordinario de oposición, ya que no se les informaba de ello personalmente. De este modo, no se garantizaba que los consumidores estuviesen en condiciones de hacer valer sus derechos. Por este motivo, el Tribunal consideró que la Directiva de cláusulas abusivas se oponía a una regulación como la contenida en la disposición transitoria cuarta de la Ley 1/2013⁸. La sentencia *Banco Primus* simplemente confirma esta conclusión⁹.

3. EL CONTROL DE CONTENIDO, LA DOBLE INSTANCIA JUDICIAL Y LA COSA JUZGADA

El artículo 207 de la LEC se refiere a las resoluciones definitivas, a las resoluciones firmes y a la cosa juzgada formal. Cuando una resolución adquiere fuerza de cosa juzgada, el órgano jurisdiccional del proceso en el marco del cual se hubiere dictado dicha resolución debe estar en todo caso a lo dispuesto en ella. En la sentencia *Banco Primus* se plantea si un juez puede examinar de nuevo de oficio determinadas cláusulas de un contrato que ya ha sido objeto de un examen judicial, cuando ese examen concluyó con una resolución con fuerza de cosa juzgada.

El Tribunal de Justicia incide en el fundamento de la protección a los consumidores y en la necesaria labor del juez para alcanzar los objetivos perseguidos por el legislador de la

⁶ Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 (*BBVA, S.A./Pedro Peñalva López, Clara López Durán, Diego Fernández Gabarro, C-8/14, ECLI: EU: C:2015:731*).

⁷ Sentencia *BBVA*, apartados 26 a 32.

⁸ Sentencia *BBVA*, apartados 35 a 41.

⁹ Sentencia *Banco Primus*, apartados 36 y 37.

Unión Europea¹⁰. Sin embargo, señala que la protección del consumidor no es absoluta. Uno de los límites es, precisamente, la normativa procesal nacional en materia de cosa juzgada, por su importancia para garantizar la seguridad jurídica. Además, el TJUE recuerda que, según su jurisprudencia, la protección de los consumidores no requiere necesariamente la existencia de una doble instancia judicial, siendo suficiente con garantizar el acceso a un tribunal¹¹. Por estas razones en principio la Directiva de cláusulas abusivas no se opone a una disposición como el artículo 207 de la LEC¹².

No obstante, el Tribunal de Justicia constata que el artículo 207 de la LEC impide examinar el carácter abusivo de todas las cláusulas de un contrato que ya haya sido objeto de examen, incluyendo aquellas cláusulas que el juez nacional no ha sometido de manera efectiva a un control de contenido. Y este hecho sí puede menoscabar la protección de los consumidores. De esta forma, para el caso de que en un proceso el control de contenido se haya limitado a una o varias cláusulas, el Derecho de la Unión requiere que el juez nacional no esté vinculado por una resolución que ha adquirido fuerza de cosa juzgada. Ya sea a instancia de parte o de oficio, este otro juez deberá apreciar el eventual carácter abusivo de una cláusula. Ahora bien, cuando el Tribunal de Justicia enuncia su conclusión, la referida obligación se proclama específicamente respecto de un juez nacional «ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición»¹³.

A simple vista, este pronunciamiento podría parecer sorprendente. Cabría decir que, si se impone al juez el deber de controlar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, en realidad el juez debe analizar de oficio todas las cláusulas contractuales. Sobre todo, teniendo en cuenta que el carácter abusivo debe apreciarse a la luz de, entre otras circunstancias, el resto de cláusulas del contrato, según se recoge en los artículos 4.1 de la Directiva de cláusulas abusivas y 82.3 del TRLGDCU. Esto permite al juez acercarse a todas las cláusulas. Y, si en ese proceso se le plantean dudas sobre el carácter equilibrado de alguna de ellas, el juez deberá analizarla.

Para comprender mejor la sentencia *Banco Primus* y sus implicaciones, creo que es preciso ponerla en relación con otras sentencias anteriores. Cuando se ha proclamado

¹⁰ Sentencia *Banco Primus*, apartados 40 a 43.

¹¹ Lo mismo puede decirse del derecho a la tutela judicial efectiva en el marco del Derecho español, con excepción de las cuestiones penales. Cfr. SALAS CARCELLER, A., «Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal», Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 13 y 14.

¹² Sentencia *Banco Primus*, apartados 44 a 49.

¹³ Sentencia *Banco Primus*, apartados 50 a 54. No obstante, ADÁN DOMÈNECH, F. (*loc. cit.*, apartado IV.3.B) cree que el deber de analizar cláusulas que no han sido objeto de un control de contenido efectivo no se circunscribe al juez que conozca de la ejecución. En este sentido, afirma que «a pesar de haberse discutido en un procedimiento previo, la abusividad de las cláusulas de un contrato, [si no] consta que entre las cláusulas examinadas se encuentra la relativa al vencimiento anticipado, por obediencia europea será posible plantear un posterior juicio, cuyo objeto sea el enjuiciamiento de esa concreta cláusula».

el deber del juez de apreciar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, a este deber se le ha añadido el inciso «tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello»¹⁴. Parecía que el juez no estaba obligado a realizar el control de contenido hasta el momento en que dispusiera de esos elementos de hecho y de Derecho. Sin embargo, surgía la pregunta de si el juez estaba obligado a practicar de oficio diligencias de prueba para obtener tales elementos. Esta cuestión fue planteada al Tribunal de Justicia, que debía responder si la Directiva de cláusulas abusivas se oponía a una normativa nacional que permitía acordar diligencias de prueba únicamente a instancia de parte¹⁵. La respuesta que dio el Tribunal fue incongruente con la pregunta, pues declaró que el juez nacional estaba obligado a acordar diligencias de prueba «para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva (...) está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva»¹⁶.

La jurisprudencia europea dejó muchas dudas sin resolver. No estaba claro si el deber del juez de apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula surgía sólo cuando efectivamente dispusiese de los elementos necesarios, si debía acordar diligencias de prueba para obtenerlos, o si esta última obligación se circunscribía a las cláusulas de sumisión de expresa y a los efectos de determinar si la cláusula en cuestión estaba incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva de cláusulas abusivas. El Tribunal de Justicia tampoco aclaró las cosas en sus sentencias posteriores¹⁷.

Desde mi punto de vista, cuando el juez nacional no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para llevar a cabo el control de contenido, no está obligado a actuar para obtenerlos. Creo que la sentencia *Banco Primus* recoge esta interpretación. Si el juez nacional estuviese obligado a acordar diligencias de prueba, todas las cláusulas deberían ser objeto de examen desde el primer momento. Nunca se plantearía el caso de que en un proceso subsistiesen cláusulas no controladas de forma efectiva. En definitiva, considero que el Derecho de la Unión Europea permite que un proceso continúe sin un examen de la totalidad de las cláusulas contractuales. Pero si en un momento posterior aparecen los elementos de hecho y de Derecho necesarios

¹⁴ Entre otras, sentencia del TJCE de 4 de junio de 2009 (Pannon GSM Zrt./Erzsébet Sustikné Győrfi, C-243/08, Rec. p. I-4713, ECLI:EU:C:2009:350), apartado 35; sentencia *Aziz*, apartado 46; y sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 (Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García/Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099), apartado 24.

¹⁵ Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2010 (VB Pénzügyi Lízing Zrt/Ferenc Schneider, C-137/08, Rec. p. I-10847, ECLI: EU: C: 2010:659), apartado 25.

¹⁶ Sentencia *VB Pénzügyi Lízing*, apartado 56.

¹⁷ Sobre la cuestión apuntada en este párrafo, cfr. ANCERY, A. / WISSINK, M., «ECJ 4 June 2009, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Győrfi*», *European Review of Private Law*, vol. 18, nº 2, 2010, p. 314; MICKLITZ, H.-W. / REICH, N., «The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, vol. 51, nº 3, 2014, p. 782; CALAIS-AULOY, J. / TEMPLE, H., *Droit de la consommation*, 9ª ed., Dalloz, París, 2015, p. 178, notas 2 y 3; y HARTKAMP, A., *European Law and National Private Law*, 2ª edición, Intersentia, Cambridge, 2016, p. 227.

para el control de contenido, el juez debe realizarlo, incluso cuando ello suponga no aplicar las normas procesales relativas a la cosa juzgada.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado que el Derecho europeo no obliga al juez nacional a dejar de aplicar las normas procesales nacionales sobre cosa juzgada, ni siquiera cuando ello permitiese subsanar la infracción de una disposición de la Directiva de cláusulas abusivas¹⁸. Pues bien, a partir de la sentencia *Banco Primus*, esto debe entenderse como una regla general sometida a excepciones. La aparición sobrevenida de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para evaluar el carácter abusivo de una cláusula anteriormente no evaluada sería una de tales excepciones.

4. EL ARTÍCULO 693.2 DE LA LEC, SOBRE VENCIMIENTO ANTICIPADO, Y LA CONDUCTA DEL EMPRESARIO DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO

El artículo 693.2 de la LEC permite pactar una cláusula de vencimiento anticipado por falta de pago por parte del deudor de al menos *tres plazos mensuales*, o un número de cuotas equivalente a un incumplimiento de tres meses. Una cláusula contractual que haga uso de la facultad concedida por el artículo 693.2 de la LEC está sometida a control de contenido, porque este artículo no constituye ni una disposición imperativa ni una norma dispositiva aplicable en defecto en pacto. Simplemente otorga a las partes la facultad de prever una determinada cláusula. En consecuencia, sobre ella no se proyecta la exclusión del control de contenido prevista en el artículo 1.2 de la Directiva de cláusulas abusivas, en relación con su considerando 13¹⁹.

En el litigio principal del que trae causa la sentencia *Banco Primus*, la cláusula de vencimiento anticipado estaba redactada de conformidad con el artículo 693.2 de la LEC, pero no con arreglo a su redacción vigente a día de hoy, sino a su contenido previo a la reforma operada a través de la Ley 1/2013. Antes de que el precepto fuese reformado, se permitía pactar el vencimiento anticipado por la falta de pago de *alguna* de los plazos. No obstante, el empresario no aplicó la cláusula tal y como estaba formulada en el contrato, sino que esperó a que se produjese un incumplimiento de hasta siete mensualidades. Con su conducta, el empresario respetó *en la práctica* lo dispuesto en el artículo 693.2 de la LEC hoy en vigor.

La cuestión prejudicial planteada es si la Directiva de cláusulas abusivas se opone a una interpretación jurisprudencial del artículo mencionado, conforme a la cual se prohíbe al juez declarar la nulidad de una cláusula cuando el empresario no la ha aplicado en sus justos términos, sino respetando los requisitos establecidos por la legislación nacional. El problema es que, como ha tenido ocasión de advertir la doctrina, en realidad no

¹⁸ Sentencias *Gutiérrez Naranjo y otros*, apartado 68; y *Banco Primus*, apartado 47.

¹⁹ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Banco Primus* (ECLI: EU: C: 2016:69), punto 78.

existe semejante interpretación jurisprudencial²⁰. Eso no significa que los pronunciamientos de la sentencia *Banco Primus* relativos a esta cuestión prejudicial carezcan de relevancia. La respuesta del Tribunal de Justicia puede reconducirse a la cuestión de qué valor tiene, en el marco del control de contenido, la conducta del empresario en un momento posterior a la celebración del contrato.

La sentencia *Banco Primus* declara que la Directiva de cláusulas abusivas se opone a una (hipotética, debería decirse) interpretación jurisprudencial como la anteriormente señalada. El Tribunal argumenta que, a los efectos de incentivar a los empresarios para que no incluyan cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, las facultades del juez nacional no pueden depender de la aplicación práctica de la cláusula controvertida. Tratándose de una cláusula de vencimiento anticipado, por ejemplo, el hecho de que el empresario espere a que se cumplan los requisitos legales no puede impedir al juez examinar el carácter abusivo de una cláusula, y deducir, en su caso, las consecuencias oportunas²¹.

A los efectos de dilucidar si la conducta del empresario *a posteriori* puede influir de alguna manera en el control de contenido, la sentencia *Banco Primus* no hace más que confirmar lo dicho por el auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*²². En este contexto, quisiera incidir en dos afirmaciones de este auto que no deberían pasar desapercibidas. En primer lugar, indica que «la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que [la cláusula sea abusiva]»²³. En segundo lugar, señala que «la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión», afirmación esta última que también aparece en la sentencia *Banco Primus*²⁴.

A la vista de la jurisprudencia europea, y en particular de las expresiones «no excluye por sí sola» y «no se opone por sí sola», considero que lo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea está prohibiendo es que la conducta *ex post* del empresario pueda implicar automáticamente el carácter equilibrado y válido de la cláusula controvertida. Es decir, el Tribunal de Justicia prohíbe que se impida al juez controlar su contenido, pero no afirma rotundamente que la conducta del empresario carezca de toda relevancia en el marco de ese control. En mi opinión, la conducta del empresario es uno más de los elementos que el juez nacional puede ponderar al llevar a cabo el control de contenido. Ahora bien, no cabe desconocer que el artículo 4.1 de la Directiva de cláusulas abusivas dispone que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará considerando todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato. En

²⁰ Cfr. ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *cit.*; y MARTÍN FABÁ, J. M^a., *loc. cit.*, pp. 5 y 6.

²¹ Sentencia *Banco Primus*, apartados 72 a 75.

²² Auto del TJUE de 11 de junio de 2015 (*Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A./Fernando Quintano Ujeta, María Isabel Sánchez García*, C-602/13, ECLI: EU: C:2015: 397).

²³ Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartado 53.

²⁴ Auto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, apartado 54; y sentencia *Banco Primus*, apartado 73.

nuestro Derecho, el artículo 82.3 del TRLGDCU establece la misma norma. Por consiguiente, entiendo que el juez español puede tomar en consideración la conducta del empresario después de la celebración del contrato; pero, única y exclusivamente, si dicha conducta está condicionada o influida de forma clara por una circunstancia existente ya en el momento de la celebración del contrato.

En este sentido, con relación a las cláusulas de vencimiento anticipado, la conducta del empresario en el litigio principal que dio lugar a la sentencia *Banco Primus* encuentra su razón de ser, sin ninguna duda, en que la cláusula contractual fue pactada de tal forma que respetaba la legislación y la jurisprudencia vigentes en aquel momento. Por lo tanto, la no aplicación de la cláusula en sus justos términos no supone automáticamente la validez de la misma, pero tampoco puede ser obviada sin más por el juez. Lo contrario obligaría a los empresarios a reformular todos los contratos suscritos, añadiendo un coste al mercado de crédito (coste que probablemente acabarían asumiendo los prestatarios) para cumplir con una formalidad que, en realidad, no incrementa la protección del consumidor desde un punto de vista sustantivo²⁵.

Conviene poner de relieve que en la sentencia *Banco Primus* el órgano de remisión había preguntado expresamente al Tribunal de Justicia si un juez nacional puede tomar en consideración circunstancias posteriores a la celebración del contrato cuando examine el carácter abusivo de una cláusula contractual. Pero el TJUE manifestó que el tribunal remitente no había precisado con claridad cuáles eran tales circunstancias posteriores, por lo que no estaba en disposición de dar una respuesta²⁶. Por su parte, en opinión del Abogado General, el artículo 4.1 de la Directiva de cláusulas abusivas sí permite considerar circunstancias posteriores a la celebración del contrato, «siempre y cuando la remisión a tales circunstancias futuras resulte del examen de la legislación nacional supletoria en el momento de la celebración del contrato»²⁷. No obstante, el Abogado General precisó que la conducta del empresario en el marco del litigio principal, esperando a que el impago de su deudor alcanzase siete mensualidades, era un aspecto que no debía ser tenido en cuenta por el juez. En este sentido, señaló que una cláusula no pierde su carácter abusivo por que el empresario mantenga un comportamiento razonable²⁸.

Para concluir el presente apartado, me gustaría resaltar que la Directiva de cláusulas abusivas no se opone a que un Derecho nacional prevea que las circunstancias a tener en cuenta a la hora de apreciar el carácter abusivo de una cláusula son no sólo las concurrentes en el momento de la celebración del contrato, sino también todas las

²⁵ En este sentido, cfr. LYCZKOWSKA, K., «¿Quedan todavía cláusulas de vencimiento anticipado no abusivas?», *Blog CESCO*, 25 de noviembre de 2015, p. 4.

²⁶ Sentencia *Banco Primus*, apartado 56.

²⁷ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Banco Primus*, puntos 69 y 74.

²⁸ Conclusiones del Abogado General en la sentencia *Banco Primus*, punto 85.

circunstancias posteriores. Así sucede, de hecho, en algunos ordenamientos²⁹. Además, la norma puede configurarse de tal modo que se ponderen sólo aquellas circunstancias posteriores que beneficien al consumidor, o todas ellas. La Directiva de cláusulas abusivas admite ambas posibilidades. En el segundo caso, la norma resulta neutral, puesto que se desconoce *a priori* si el consumidor saldrá beneficiado o perjudicado. En consecuencia, no podría afirmarse que el eventual nivel de protección reconocido por el ordenamiento jurídico nacional fuese inferior al mínimo exigido por la Directiva de cláusulas abusivas.

5. LA DEFINICIÓN GENERAL DE ABUSIVIDAD

Tanto la Directiva de cláusulas abusivas como la ley española de protección de los consumidores definen la noción de «cláusula abusiva» con arreglo a criterios cumulativos. Es abusiva la estipulación no negociada individualmente que causa un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en detrimento del consumidor, y que sea contraria a las exigencias de la buena fe (arts. 3.1 de la Directiva y 82.1 del TRLGDCU).

La sentencia *Banco Primus* reitera que el criterio del desequilibrio significativo debe ponderarse comparando la posición jurídica del consumidor con arreglo a una cláusula contractual, por un lado, con la posición jurídica del consumidor con arreglo al Derecho dispositivo, por otro³⁰. Cuando una cláusula empeore la posición jurídica del consumidor, se entenderá que concurre un desequilibrio. En teoría, el desequilibrio debe ser importante, significativo, pues así lo dispone el artículo 82.1 del TRLGDCU³¹. Pero cabría decir que, en la práctica, este inciso es olvidado en el marco de la protección de los consumidores³².

²⁹ Cfr. BROWNSWORD, R. / HOWELLS, G. / WILHELMSSON, Th., «The EC Unfair Contract Terms Directive and Welfarism», en AA.VV. (Eds. BROWNSWORD, R. / HOWELLS, G. / WILHELMSSON, Th.), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, Aldershot, 1994, pp. 291 y 292; y BERNITZ, U., «Swedish Standard Contracts Law and the EC Directive on Contract Terms», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 39, 2000, p. 23.

³⁰ Sentencia *Banco Primus*, apartado 59.

³¹ Cfr. BERCOVITZ, R., «Comentario a la disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU», en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ, R.), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pp. 759 y 760. De acuerdo con el artículo 82.1 del TRLGDCU, «se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato». Por su parte, entre los requisitos que deben cumplir las cláusulas no negociadas, el artículo 80.1.c) alude a la «buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas».

³² Cfr. DESHAYES, O. / GENICON, Th. / LAITHIER, Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, París, 2016, p. 306.

Las exigencias del principio de buena fe permiten algo más de discusión doctrinal. La legislación francesa, por ejemplo, no hace referencia a la buena fe cuando conceptualiza las cláusulas abusivas en el artículo L. 212-1 del *Code de la consommation*. La doctrina francesa entiende que la figura de la buena fe no aporta nada a la protección del consumidor, pudiendo, sin embargo, originar bastantes conflictos, además de otorgar al juez unas amplias facultades de apreciación³³. Por su parte, los autores españoles han dejado claro que la buena fe exigida lo es en sentido objetivo. Se trata de un estándar de conducta que se impone al empresario³⁴. Ello no obsta para que, pese a distinguir los criterios de buena fe y desequilibrio significativo, se haya puesto de relieve la conexión entre ambos³⁵. Ante el riesgo de que esta conexión pudiera hacer irrelevante la alusión a la buena fe, la doctrina británica ha trabajado para precisar esta última noción, no totalmente desconocida en su Derecho, pero sin excesiva relevancia. De esta forma, se ha relacionado el desequilibrio significativo con una injusticia de carácter material (*substantive fairness*), mientras que la buena fe se acercaría al plano de las injusticias de carácter procedimental (*procedural fairness*)³⁶.

En el marco de la Directiva de cláusulas abusivas, la jurisprudencia europea está elaborando una noción de buena fe que, sin obligarnos a abandonar la idea de que la buena fe lo es en sentido objetivo, sí se ve impregnada de claros matices de carácter subjetivo³⁷. La sentencia *Banco Primus* explica que un empresario respetará las exigencias de la buena fe cuando pueda razonablemente «estimar» que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor en una negociación individual, dicho consumidor aceptaría una cláusula como la predispuesta³⁸. Se requiere así que el empresario haga una *estimación* del resultado al que conduciría una negociación con el consumidor. Puede decirse que este estándar coincide con el principio de buena fe recogido en el artículo 1258 del CC³⁹. A fin de cuentas, cabría considerar que el principio de buena fe que recoge el artículo 1258 del CC es una norma abierta cuyo contenido no puede determinarse en abstracto, sino que debe ser objeto de

³³ Cfr. TERRE, F. / SIMLER, Ph. / LEQUETTE, Y., *Droit Civil. Les obligations*, 11ª edición, Dalloz, París, 2013, p. 364; y PICOD, Y., *Droit de la consommation*, 3ª edición, Dalloz, París, 2015, pp. 199 y 200.

³⁴ Cfr. BERCOVITZ, R., «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ, A. / BERCOVITZ, R., *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, p. 198.

³⁵ Cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario al artículo 82», en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1112 a 1120.

³⁶ Cfr. DEAN, M., «Unfair Contract Terms: The European Approach», *Modern Law Review*, vol. 56, nº 4, 1993, pp. 584 y 585; BROWNSWORD, R. / HOWELLS, G. / WILHELMSSON, Th., *loc. cit.*, pp. 279, 286, 290 y 291; y ATIYAH, P. S. / SMITH, S. A., *Atiyah's introduction to the law of contract*, 6ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2006, pp. 322 a 324.

³⁷ Cfr. MICKLITZ, H.-W. / REICH, N., *loc. cit.*, pp. 790 y 791.

³⁸ Sentencia *Banco Primus*, apartado 60, reiterando lo dicho por la sentencia *Aziz*, apartado 69.

³⁹ Cfr. ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *cit.*

concretización⁴⁰. Pero esto no ha impedido que la noción de buena fe que ha adoptado el Tribunal de Justicia genere cierta desconfianza entre la doctrina⁴¹.

Asimismo, la sentencia *Banco Primus* interpreta de forma amplia los criterios que debe tener en cuenta el juez a la hora de valorar el carácter abusivo de una cláusula, los cuales se encuentran recogidos en los artículos 4.1 de la Directiva de cláusulas abusivas y 82.3 del TRLGDCU. En este sentido, la cláusula debe analizarse a la luz de las consecuencias que puede desplegar en el marco del Derecho aplicable, examinando el sistema jurídico nacional en su conjunto⁴².

6. LA APLICACIÓN DE LA DEFINICIÓN GENERAL DE ABUSIVIDAD A UNA CLÁUSULA DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

La sentencia *Banco Primus* también se pronuncia sobre los criterios que debe aplicar el juez nacional cuando lleve a cabo el control de contenido sobre una cláusula contractual que permita el vencimiento anticipado. Existen cuatro aspectos que el juez nacional deberá tomar en consideración «en particular», es decir, sin excluir otras circunstancias no enunciadas expresamente. *En primer lugar*, si la facultad del empresario de declarar el vencimiento anticipado del préstamo depende del incumplimiento de una obligación de carácter esencial, en la relación contractual de que se trate. *En segundo lugar*, si dicha facultad se prevé para incumplimientos de carácter suficientemente grave, en relación con la duración y la cuantía del préstamo. *En tercer lugar*, si la posibilidad de declarar el vencimiento anticipado se aparta del régimen legal aplicable por defecto. Y, *en cuarto lugar*, si en el Derecho nacional correspondiente existen medios adecuados y eficaces para que el consumidor pueda contrarrestar los efectos del vencimiento anticipado⁴³. En realidad, la sentencia *Banco Primus* simplemente reitera la respuesta que ya había dado en anteriores resoluciones⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. GARCÍA RUBIO, M^a. P., «Comentario al artículo 1258», en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, A.), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1374 y 1375.

⁴¹ Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 5, 2013, pp. 42 y 43; y GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., *loc. cit.*, p. 1118.

⁴² Sentencia *Banco Primus*, apartado 61.

⁴³ Sentencia *Banco Primus*, apartado 66. Sobre el régimen jurídico que debe considerarse el modelo normativo de referencia a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado en Derecho español, cfr. MORALES MORENO, A. M., «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago», en AA.VV. (Coord. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M^a.), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel. Volumen II*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1970 a 1982.

⁴⁴ Sentencia *Aziz*, apartado 73; y auto del TJUE de 14 de noviembre de 2013 (Banco Popular Español, S.A./María Teodolinda Rivas Quichimbo, Wilmar Edgar Cun Pérez; y Banco de Valencia, S.A./Joaquín Valldeperas Tortosa, María Ángeles Miret Jaume, asuntos acumulados C-537/12 y C-116/13, ECLI:EU: C: 2013:759), apartado 70.

7. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA DE UNA CLÁUSULA RELATIVA AL OBJETO PRINCIPAL DEL CONTRATO

El artículo 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas establece que «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». La exclusión del control de contenido sobre estos elementos se debió en gran parte a la voluntad de preservar los principios básicos de la economía de mercado y la libertad contractual de las partes con relación a sus obligaciones principales. Esto recomendaba no someter el precio de los bienes y servicios a una revisión judicial⁴⁵. En esta línea, se afirma que la competencia protege adecuadamente a los consumidores en cuanto a la relación calidad/precio, correspondiéndole al legislador garantizar que la competencia puede operar satisfactoriamente⁴⁶. Para este fin, asegurar la transparencia del mercado resulta fundamental⁴⁷. Aunque en Derecho español no existe una norma equivalente al artículo 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas y su correspondiente interpretación, el contenido de este precepto se entiende vigente en nuestro ordenamiento⁴⁸.

La redacción del artículo 4.2 de la Directiva de cláusulas abusivas lleva a la conclusión de que la consecuencia de que una cláusula relativa al objeto principal del contrato no sea transparente es que dicha cláusula estará sometida al control de contenido. Es decir, se examinará si resulta o no abusiva. Esta interpretación del artículo 4.2 de la Directiva parecía encontrarse en diversas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque el Tribunal no la había proclamado expresamente⁴⁹.

Además de la ya comentada, cabe una segunda interpretación del artículo 4.2 de la Directiva. Según esta interpretación alternativa, la falta de transparencia que afecta a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato conduce automáticamente a la

⁴⁵ Cfr. BRANDNER, H. E. / ULMER, P., «The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission», *Common Market Law Review*, vol. 28, nº 3, 1991, pp. 655 y 656.

⁴⁶ Cfr. CALAIS-AULOY, J. / TEMPLE, H., *op. cit.*, p. 172.

⁴⁷ Cfr. BRANDNER, H. E. / ULMER, P., *loc. cit.*, p. 656.

⁴⁸ STS del Pleno de la Sala lo Civil de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088), punto 196.

⁴⁹ Auto del TJUE de 16 de noviembre de 2010 (Pohotovost' s. r. o./Iveta Korčkovská, C-76/10, Rec. p. I-11557, ECLI:EU:C:2010:685), apartados 71 a 73; sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai/OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282), apartados 41, 42, 46, 61, 62 y 68; sentencia del TJUE de 26 de febrero de 2015 (Bogdan Matei, Ioana Ofelia Matei/SC Volksbank România SA, C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127), apartado 72; y sentencia del TJUE de 9 de julio de 2015 (Maria Bucura/SC Bancpost SA, C-348/14, ECLI:EU:C:2015:447), apartados 50 y 61 a 63.

invalidez de las cláusulas afectadas⁵⁰. La posibilidad de declarar la nulidad de una cláusula directamente por una falta de transparencia se contempla, por ejemplo, en el artículo II.-9:402(2) del Borrador del Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR)⁵¹. La jurisprudencia europea también pareció dar un paso en esta dirección. Con relación a una cláusula contractual de elección de la ley aplicable, el Tribunal de Justicia concluyó que era abusiva «en la medida en que» indujese a error al consumidor, haciéndole creer que el contrato estaría regido solamente por la ley elegida, sin informarle de que también se encontraba protegido por las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable en caso de no haberse previsto la cláusula⁵².

Existiendo dudas respecto de las consecuencias de la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato, puede decirse que con la sentencia *Banco Primus* tales dudas quedan resueltas. Si las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no son claras y comprensibles, «incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes»⁵³.

Sin duda, la respuesta dada por el Tribunal de Justicia puede ser cuestionada⁵⁴. Existen varios argumentos para defender que la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato debe conducir a la nulidad de la misma, en lugar de abrir la posibilidad a practicar el control de contenido.

Cabe decir que un control judicial de la calidad de los bienes y servicios y del precio pagado es incompatible con las necesidades y principios básicos de una economía de mercado⁵⁵, si bien esto es cuestionado por los ordenamientos europeos que admiten una revisión judicial de aquellos aspectos.

También puede argumentarse que controlar la calidad y el precio exige aplicar criterios jurídicos que, o bien no existen, o bien se han previsto para hacer de ellos un uso puntual y extraordinario. De hecho, el comentario oficial al artículo II.-9:406 del DCFR utiliza estas dos razones para justificar que, como regla general, no se controle el

⁵⁰ Cfr. ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *cit.*; y ALFARO, J., «Cámara, en InDret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo», *Blog Almacén de Derecho*, 30 de enero de 2017.

⁵¹ Cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (Eds. VON BAR, Ch. / CLIVE, E.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, vol. I*, Sellier, Múnich, 2009, pp. 630, 632 y 633.

⁵² Sentencia del TJUE de 28 de julio de 2016 (Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sàrl, C-191/15, ECLI: EU: C: 2016:612), apartado 71.

⁵³ Sentencia *Banco Primus*, apartados 62 y 64.

⁵⁴ Cfr. ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *cit.*; y ALFARO, J., «Cámara, en InDret...», *cit.*

⁵⁵ Cfr. BRANDNER, H. E. / ULMER, P., *loc. cit.*, p. 656.

carácter abusivo de la definición del objeto principal del contrato ni del precio⁵⁶. No obstante, hay que recordar que el artículo II.-9:402(2) del DCFR permite declarar que una cláusula es abusiva directamente por no ser transparente únicamente en los contratos con consumidores. En los contratos entre empresarios, o entre particulares, el control de transparencia es un requisito previo para poder llevar a cabo el control de contenido, así como uno de los criterios que el juez debe tener en cuenta para evaluar el carácter abusivo de una cláusula (art. II.-9:407(1) del DCFR)⁵⁷.

Como tercer argumento en favor de establecer que la falta de transparencia de las cláusulas relativas al objeto principal del contrato debe implicar su directa invalidez, hay que reparar en que lo contrario, configurar el control de transparencia sólo como la llave del control de contenido, implica que los jueces se verán obligados a dar eficacia a cláusulas que no superen el control de transparencia⁵⁸.

8. LA APLICACIÓN DE LA DEFINICIÓN GENERAL DE ABUSIVIDAD A UNA CLÁUSULA SOBRE EL MODO DE CÁLCULO DEL TIPO DE INTERÉS REMUNERATORIO

La sentencia *Banco Primus* también suministra criterios que orientan al juez nacional con relación a la aplicación de la definición general de abusividad a las cláusulas que forman parte del objeto principal del contrato. La sentencia se refiere específicamente a las cláusulas que establecen el modo de cálculo del tipo de interés remuneratorio. Entre otros aspectos, el juez nacional deberá comparar el modo de cálculo controvertido con el tipo de interés resultante de aplicar los modos de cálculo generalmente aplicados, con el interés legal, y con el interés aplicado en el mercado (en el momento de la celebración del contrato) a operaciones económicas similares. El juez nacional también deberá analizar si el hecho de que los intereses se calculen tomando un año de 360 días, y no de 365, puede hacer que la cláusula sea abusiva⁵⁹.

Dejando a un lado las posibles críticas al control de contenido sobre el objeto principal del contrato, ya comentadas en el apartado anterior, y las dificultades existentes para poder llevarlo a cabo, algo que resulta evidente a la vista de los parámetros suministrados por la jurisprudencia europea, hay un aspecto sobre el que conviene reflexionar. Se trata del concepto de objeto principal del contrato, ya que puede tener relevancia respecto de cláusulas como la controvertida en el litigio principal en la sentencia *Banco Primus*, pero también respecto de otras estipulaciones que den lugar a futuros contenciosos.

⁵⁶ Según el artículo II.-9:406(2) del DCFR, «respecto de las cláusulas contractuales que han sido redactadas en un lenguaje sencillo e inteligible, el control de abusividad no se extenderá ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación del precio a pagar».

⁵⁷ Cfr. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (Eds. VON BAR, Ch. / CLIVE, E.), *op. cit.*, pp. 630, 646, 647, 650 y 651.

⁵⁸ Cfr. ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *cit.*

⁵⁹ Sentencia *Banco Primus*, apartado 65.

No cabe discutir que la exclusión del control de contenido sobre el objeto principal, al tratarse de la excepción a una regla general, debe ser interpretada de forma restrictiva. Pero, aun así, no hay una opinión unánime sobre la noción de objeto principal del contrato. Para precisar en qué consiste, pueden adoptarse, principalmente, tres enfoques distintos. Éstos son la teoría de la «esencia de precio», el enfoque del «intercambio», y la idea de la «contraprestación monetaria».

El primero de ellos es el que más restringe el objeto principal del contrato, haciendo que el control de contenido se proyecte sobre un número mayor de cláusulas. Sólo quedan excluidas del control las cláusulas que prevén el precio de aquella prestación del empresario por la que el consumidor ha decidido contratar. En cuanto a la segunda de las perspectivas, distingue entre las cláusulas que estrictamente definen el objeto principal del contrato y aquellas otras que se refieren a dicho objeto sin pertenecer a su núcleo, limitando la exclusión del control de contenido únicamente a las primeras. El tercero de los enfoques es el menos favorable a la intervención judicial. Otorga una gran importancia al hecho de que, en algunos ámbitos, los bienes o servicios contratados son, más bien, conjuntos de prestaciones. Y tiene en cuenta lo difícil que es distinguir el objeto principal del contrato, poniendo el énfasis no tanto en la protección del consumidor, como en garantizar la transparencia que permite al consumidor tomar decisiones económicas⁶⁰.

Con relación a la cláusula que fija la forma de calcular el tipo de interés en el marco de la sentencia *Banco Primus*, es discutible si pertenece o no al objeto principal del contrato. En buena medida, la respuesta depende de cuál de las tres perspectivas anteriormente comentadas se adopta. En cualquier caso, sí me gustaría incidir en un criterio que se ofrece a veces para distinguir qué es objeto principal del contrato y qué no lo es. Puede plantearse que no forma parte del objeto principal del contrato aquella cláusula que, suprimida, no conlleva la nulidad del contrato en su conjunto⁶¹. Esta solución identifica el objeto principal del contrato con los elementos esenciales del contrato. En esta línea, quedan excluidas del objeto principal aquellas cláusulas que regulan cuestiones para las cuales ya existe una norma dispositiva, o incluso las que puedan ser reguladas a través de un principio jurídico generalmente aceptado⁶².

Sin embargo, no creo que este criterio resulte satisfactorio. El objeto *principal* del contrato no es el simple objeto de éste, pues forman parte del objeto principal las cláusulas que caracterizan el contrato, regulando sus prestaciones esenciales⁶³. Por

⁶⁰ Sobre las tres perspectivas expuestas, cfr. SCHILLIG, M., «Directive 93/13 and the “Price Term Exemption”: A Comparative Analysis in the Light of the “Market for Lemons Rationale”», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, nº 4, 2011, pp. 950 a 958.

⁶¹ Con relación a este argumento, cfr. ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *cit.*; y CÁMARA LAPUENTE, S., «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016», *InDret*, nº 1, 2017, p. 25.

⁶² Cfr. SCHILLIG, M., *loc. cit.*, p. 951.

⁶³ Sentencias *Kásler y Káslerné Rábai*, apartados 49 y 50; y *Matej*, apartado 54.

este motivo, resulta totalmente lógico que, suprimido lo principal, siga existiendo un objeto que permita la subsistencia del contrato, aunque éste se haya visto alterado en cuanto a sus elementos característicos. Un ejemplo de ello es el de las cláusulas suelo. En mi opinión, estas cláusulas pertenecen al objeto principal del contrato, porque caracterizan el contrato de préstamo suscrito como un préstamo a interés variable con un tipo mínimo fijo. Suprimida la cláusula suelo, el contrato puede subsistir, pero se convierte en un préstamo a tipo variable «puro».

Además, el criterio que excluye del objeto principal todo aquello que está regulado presta demasiada atención al Derecho positivo, lo que dificulta el acercamiento entre la noción de objeto principal del contrato en los diferentes Estados miembros. A ello se le añade que el Derecho positivo es limitado para muchos negocios jurídicos de la vida económica moderna, y que está elaborado en abstracto, alejado de la heterogeneidad del tráfico económico. Reconociendo la libertad contractual como principio general del Derecho de obligaciones y contratos, la presunción debe ser en favor de permitir transacciones sobre la mayor parte de cuestiones económicas, así como a favor de la posibilidad de configurar nuevos tipos contractuales de mayor o menor complejidad. Ciertamente, podemos decidir que hay algunos aspectos sobre los que no debe operar la competencia⁶⁴. Pero lo cierto es que esa decisión merece una profunda reflexión previa, y grandes cautelas a la hora de adoptarla. Salvo casos muy puntuales, si la competencia opera correctamente, no hay motivo para intervenir en el mercado y restringir la libertad de los empresarios (para ofrecer ciertas cláusulas) y de los consumidores (para aceptarlas, incluso mediante una adhesión). Si la competencia no opera correctamente, la respuesta adecuada es poner en marcha los mecanismos oportunos para que pueda hacerlo, no excluir su juego⁶⁵.

9. CONCLUSIÓN

No resulta sencillo hacer una conclusión general de la sentencia *Banco Primus*, teniendo en cuenta que examina cuestiones muy diferentes entre sí. No obstante, creo que dicha conclusión general podría venir dada con relación a la injerencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el Derecho procesal de los Estados miembros. Considero que la sentencia *Banco Primus* constituye un paso más hacia una armonización procesal por vía indirecta. Hasta ahora, la jurisprudencia europea no obligaba al juez a inaplicar las normas nacionales de carácter procesal sobre cosa juzgada. La sentencia *Banco Primus* enuncia una excepción a la que, a partir de ahora, no es más que una regla general. Habrá que ver si en el futuro la jurisprudencia europea desarrolla más excepciones. Aun cuando este desarrollo pueda parecer favorable para la protección de los consumidores, no está de más señalar el riesgo de que por esta vía la regla general termine convirtiéndose ella misma en la excepción. Al

⁶⁴ Cfr. ALFARO, J., «Cuando los años tienen 360 días», *cit.*

⁶⁵ Sobre las cuestiones tratadas en este párrafo, cfr. SCHILLIG, M., *loc. cit.*, pp. 950 a 953.

mismo tiempo, tendrá que estudiarse si es legítimo que se produzca una armonización procesal por vía jurisprudencial, o si este camino debe ser recorrido con los instrumentos de los que disponga en un futuro el legislador europeo⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA:

ADÁN DOMÈNECH, Federico, «STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: nuevo varapalo jurídico al Tribunal Supremo y crisis del sistema procesal español», *Diario La Ley*, nº 8922, Sección Tribuna, 15 de febrero de 2017 (LA LEY 1231/2017).

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Cámara, en Indret sobre la sentencia del TJUE sobre retroactividad de la nulidad por falta de transparencia de la cláusula suelo», *Blog Almacén de Derecho*, 30 de enero de 2017. Disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2017/01/camara-en-indret-sobre-la-sentencia-del.html> (última consulta: 10 de febrero de 2017).

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús, «Cuando los años tienen 360 días», *Blog Almacén de Derecho*, 26 de enero de 2017. Disponible en <http://almacenederecho.org/cuando-los-anos-tienen-360-dias/> (última consulta: 10 de febrero de 2017).

ANCERY, Alain / WISSINK, Mark, «ECJ 4 June 2009, *Pannon GSM Zrt. v. Erzsébet Sustikné Gyórfi*», *European Review of Private Law*, vol. 18, nº 2, 2010, pp. 307 a 316.

ATYIAH, Patrick S. / SMITH, Stephen A., *Atiyah's introduction to the law of contract*, 6ª edición, Oxford University Press, Nueva York, 2006.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Comentario a la disposición adicional primera. Tres: Art. 10 bis.1 LGDCU», en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Aranzadi, Elcano (Navarra), 1999, pp. 753 a 770.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto / BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1987, pp. 180 a 221.

BERNITZ, Ulf, «Swedish Standard Contracts Law and the EC Directive on Contract Terms», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 39, 2000, pp. 13 a 27.

BRANDNER, Hans Erich / ULMER, Peter, «The Community Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts: Some Critical Remarks on the Proposal Submitted by the EC Commission», *Common Market Law Review*, vol. 28, nº 3, 1991, pp. 647 a 662.

⁶⁶ Sobre este tema, cfr. MICKLITZ, H.-W. / REICH, N., *loc. cit.*, pp. 784, 785 y 806.

BROWNSWORD, Roger / HOWELLS, Geraint / WILHELMSSON, Thomas, «The EC Unfair Contract Terms Directive and Welfarism», en AA.VV. (Eds. BROWNSWORD, Roger / HOWELLS, Geraint / WILHELMSSON, Thomas), *Welfarism in Contract Law*, Dartmouth, Aldershot, 1994, pp. 275 a 301.

CALAIS-AULOY, Jean / TEMPLE, Henri, *Droit de la consommation*, 9ª ed., Dalloz, París, 2015.

CÁMARA LAPUENTE, Sergio, «Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016», *InDret*, nº 1, 2017.

DEAN, Meryll, «Unfair Contract Terms: The European Approach», *Modern Law Review*, vol. 56, nº 4, 1993, pp. 581 a 590.

DESHAYES, Olivier / GENICON, Thomas / LAITHIER, Yves-Marie, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, LexisNexis, París, 2016.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Comentario al artículo 1258», en AA.VV. (Dir. DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés), *Comentarios al Código civil*, Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 1373 a 1375.

GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel, «Comentario al artículo 82», en AA.VV. (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2ª edición, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 1103 a 1145.

HARTKAMP, Arthur, *European Law and National Private Law*, 2ª edición, Intersentia, Cambridge, 2016.

LYCZKOWSKA, Karolina, «¿Quedan todavía cláusulas de vencimiento anticipado no abusivas?», *Blog CESCO*, 25 de noviembre de 2015. Disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/12/Quedan-todav%C3%ADa-cl%C3%A1usulas-de-vencimiento-anticipado-no-abusivas.pdf> (última consulta: 10 de febrero de 2016).

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «La “voluntad virtual” del consumidor, ¿un nuevo test para determinar la abusividad de una cláusula no negociada en contratos con consumidores? (STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11)», *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 5, 2013, pp. 35 a 43.

MARTÍN FABÁ, José María, «Preclusión del plazo de oposición, cosa juzgada formal y vencimiento anticipado en la ejecución hipotecaria: mucho ruido y pocas nueces con la STJUE de 26 de enero de 2017», *Blog CESCO*, 2 de febrero de 2017. Disponible en <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/02/Preclusion-del-plazo-de-oposicion-cosa-juzgada-formal-y-vencimiento-anticipado-en-la-ejecucion-hipotecaria.pdf> (última consulta: 10 de febrero de 2017).

MICKLITZ, Hans-W. / REICH, Norbert, «The Court and Sleeping Beauty: The Revival of the Unfair Contract Terms Directive (UCTD)», *Common Market Law Review*, vol. 51, nº 3, 2014, pp. 771 a 808.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El control de abusividad de las cláusulas de vencimiento anticipado del crédito hipotecario, por falta de pago», en AA.VV. (Coord. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis M^a), *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel. Volumen II*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 1957 a 1993.

PAZOS CASTRO, Ricardo, «Un nuevo pronunciamiento sobre la interpretación de la directiva de cláusulas abusivas. A propósito de la STJUE de 26 de enero de 2017 (*Banco Primus*)», *La Ley Unión Europea*, Año V, nº 45, 28 de febrero de 2017 (LA LEY 1797/2017).

PICOD, Yves, *Droit de la consommation*, 3^a edición, Dalloz, París, 2015.

SALAS CARCELLER, Antonio, «Práctica procesal civil de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal», Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

SCHILLIG, Michael, «Directive 93/13 and the “Price Term Exemption”: A Comparative Analysis in the Light of the “Market for Lemons Rationale”», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, nº 4, 2011, pp. 933 a 963.

STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE / RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP) (Eds. VON BAR, Christian / CLIVE, Eric), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition, vol. I*, Sellier, Múnich, 2009.

TERRE, François / SIMLER, Phillipe / LEQUETTE, Yves, *Droit Civil. Les obligations*, 11^a edición, Dalloz, París, 2013.

Fecha de recepción: 28.02.2017

Fecha de aceptación: 22.03.2017