

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 29 de octubre de 2009¹

Índice

I. Introducción	I - 4790
II. Marco normativo	I - 4790
A. Derecho comunitario	I - 4790
B. Derecho nacional	I - 4792
III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales	I - 4793
IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia	I - 4794
V. Principales alegaciones de las partes	I - 4795
VI. Apreciación jurídica	I - 4799
A. Observaciones previas	I - 4799
B. Admisibilidad de la cuestión prejudicial	I - 4801
C. Examen de las cuestiones prejudiciales	I - 4803
1. Sobre las cuestiones primera y segunda	I - 4803
a) Aplicabilidad del artículo 8 de la Directiva 93/13	I - 4803
i) Existencia de una disposición nacional más estricta	I - 4803

1 — Lengua original: alemán.

ii)	Apertura del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13	I - 4804
	– Ámbito de aplicación personal y material	I - 4804
	– Interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ...	I - 4805
b)	Alcance de la autorización del artículo 8 de la Directiva 93/13	I - 4812
i)	Carácter no obligatorio del artículo 4, apartado 2	I - 4812
ii)	Armonización mínima	I - 4815
c)	Conclusión	I - 4816
2.	Sobre la tercera cuestión	I - 4816
a)	Apreciación jurídica a la luz de los objetivos comunitarios	I - 4816
b)	Apreciación jurídica con arreglo a las normas de concretización	I - 4818
i)	Normas de competencia	I - 4818
ii)	Libertades fundamentales	I - 4820
c)	Conclusión	I - 4822
VII.	Conclusión	I - 4823

I. Introducción

1. En el presente procedimiento de remisión prejudicial, el Tribunal Supremo (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») plantea al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación del artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,² en relación con el artículo 4, apartado 2, de la Directiva y los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1.

2. Desde un punto de vista jurídico se trata, en esencia, de si los Estados miembros de la Comunidad pueden basarse en el artículo 8 de la Directiva para, no obstante lo dispuesto en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva, ampliar la apreciación en cuanto al fondo del carácter abusivo de cláusulas contractuales también a cláusulas contractuales que se refieren al «objeto principal del contrato» o a la «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra».

3. La cuestión se ha suscitado en el marco de un litigio promovido por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (parte recurrida en casación; en lo sucesivo, «recurrida en el procedimiento principal») —persona jurídica cuyo objeto, según sus estatutos, es «la defensa de los intereses legítimos de los

usuarios de los servicios prestados por las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito [...]»—, contra la entidad financiera Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (parte recurrente en casación; en lo sucesivo, «recurrente en el procedimiento principal»). En la demanda del procedimiento principal se solicita la declaración de nulidad y el cese de la utilización de la denominada «cláusula de redondeo», que la recurrente incluía como condición general de la contratación en cada contrato de préstamo celebrado con sus clientes para la adquisición de viviendas.

II. Marco normativo

A. Derecho comunitario

4. Los considerandos duodécimo, decimoséptimo y decimonono, de la Directiva 93/13 son del siguiente tenor:

«Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las

2 — DO L 95, p. 29.

cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva;

[...]

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la lista de cláusulas que relaciona el Anexo no puede tener sino carácter indicativo y que, dado su carácter mínimo, los Estados miembros, en el marco de su legislación nacional, pueden someterla a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas;

[...]

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; que de ello se desprende, entre otras cosas, que en los casos de contratos de seguros las cláusulas que definen o delimitan claramente el riesgo

asegurado y el compromiso del asegurador no son objeto de dicha apreciación, ya que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima abonada por el consumidor.»

5. El artículo 3 de la Directiva 93/13 dispone lo siguiente:

«1. 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.

2. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.

El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

B. Derecho nacional

3. El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.»

6. El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece 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.»

7. El artículo 8 de la Directiva 93/13 dispone:

«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.»

8. El artículo 10 *bis*, apartado 1, de la Ley 26/1984 general para la defensa de consumidores y usuarios, incorporado por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, dispone lo siguiente por lo que se refiere al concepto de cláusula abusiva:

«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de la presente Ley.

[...]»

9. El artículo 8, apartado 2, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación impone la nulidad de las cláusulas abusivas:

«En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 *bis* y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio de 1984, general para la defensa de los consumidores y usuarios.»

10. El ordenamiento jurídico español no ha sido adaptado al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

III. Hechos, procedimiento principal y cuestiones prejudiciales

11. La recurrente en el procedimiento principal celebró con sus clientes contratos de préstamo con garantía hipotecaria destinados a la adquisición de vivienda. Estos contratos de préstamo establecían individualmente un tipo de interés variable, que debía revisarse periódicamente en función del tipo de referencia pactado. Los contratos incorporaban además una cláusula preestablecida, según la cual, ya desde la primera revisión por causa de variación, el interés debido por el prestatario cada vez que resultase superada una fracción consistente en un 0,25 %, se redondearía hasta alcanzar la fracción superior siguiente.

12. Para la recurrida en el procedimiento principal, esta cláusula, conocida en la práctica bancaria como «cláusula de redondeo», no había sido negociada individualmente con los prestatarios y, por tanto, debía ser declarada nula, de conformidad con el artículo 8, apartado 2, en relación con los artículos 1, 2 y 10 *bis*, apartado 1, de la Ley general 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de consumidores y usuarios. Por ello ejerció una acción de nulidad de la cláusula y de cese de la actividad de celebración de contratos de préstamo con la cláusula controvertida.

13. La recurrente en el procedimiento principal solicitó que se desestimara la acción. Alegó que el redondeo del tipo de interés constituye una regla de determinación de un elemento esencial del contrato de préstamo, dado que el interés remuneratorio es la contraprestación que debe abonar el prestatario por el capital recibido. Entiende que, por consiguiente, el control del carácter abusivo efectuado con arreglo al Derecho español infringe el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, ya que no puede apreciarse el carácter abusivo cuando las mencionadas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

14. El Juzgado de Primera Instancia declaró, en la sentencia de 11 de septiembre de 2001, que la «cláusula de redondeo» no era compatible con la Ley española sobre condiciones generales de la contratación. Esta sentencia fue confirmada en apelación por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de octubre de 2002. La recurrente en el procedimiento principal interpuso un recurso de casación contra esta sentencia ante el órgano jurisdiccional remitente.

15. El Tribunal Supremo considera necesario aclarar el sentido de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13 en relación con los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, para valorar el significado jurídicamente relevante y las consecuencias de que la primera de las disposiciones citadas no haya sido incorporada al ordenamiento español en la versión aplicable al recurso. Por consiguiente, suspendió el procedimiento y

planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿El artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, debe ser entendido en el sentido de que un Estado miembro puede establecer, en su legislación y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de aquellas cláusulas cuyo control excluye el artículo 4.2, de la misma Directiva?

2) En consecuencia, ¿el artículo 4.2, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, puesto en relación con el artículo 8 de la misma, impide a un Estado miembro establecer en su ordenamiento, y en beneficio de los consumidores, un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a *“la definición del objeto principal del contrato”* o *“a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida”*, aunque estén redactadas de manera clara y comprensible?

3) ¿Sería compatible con los artículos 2, 3.1.g) y 4.1 del Tratado Constitutivo una interpretación de los artículos 8 y 4.2, de la antes citada Directiva que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los

consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

16. La resolución de remisión, de 20 de octubre de 2008, se recibió en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 11 de noviembre de 2008.

17. Presentaron observaciones escritas, dentro del plazo señalado en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, las partes en el procedimiento principal, los Gobiernos de la República Portuguesa, de la República de Austria, de la República Federal de Alemania y del Reino de España y la Comisión de las Comunidades Europeas.

18. Asistieron a la vista de 10 de septiembre de 2009, para formular observaciones orales, los representantes de las partes en el procedimiento principal, del Gobierno del Reino de España y de la Comisión.

V. Principales alegaciones de las partes

19. La *recurrida en el procedimiento principal*, los *Gobiernos alemán y español* y la *Comisión* señalan que la Directiva persigue una armonización mínima.

20. La *recurrida en el procedimiento principal* y la *Comisión* alegan que la no adaptación del Derecho interno al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 refleja la voluntad del legislador nacional de ampliar la protección del consumidor con arreglo al artículo 8 de la Directiva 93/13, extendiendo el control de contenido a cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato.

21. A su juicio, tal interpretación viene confirmada por el Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13 [COM(2000) 248], del que no puede derivarse ninguna objeción contra la no adaptación al Derecho interno del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, tanto más cuanto que en él se considera incluso la posibilidad de suprimir esta disposición de la Directiva.

22. El *Gobierno alemán*, por su parte, deduce del carácter mínimo de la armonización

perseguida que, en la medida en que las cláusulas contractuales que se refieran a elementos esenciales del contrato estén redactadas de manera clara y comprensible, dichas cláusulas no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, de manera que un Estado miembro puede decidir libremente ampliar a las mismas la apreciación del carácter abusivo.

23. A juicio del Gobierno alemán, una interpretación sistemática y teleológica de la Directiva corrobora este análisis jurídico. Habida cuenta de que el principio general establecido en el artículo 8 de la Directiva 93/13 se aplica a todas las disposiciones anteriores, el artículo 4 de la Directiva 93/13 no puede constituir una excepción a tal principio.

24. El *Gobierno austriaco* es del parecer de que otra interpretación de la Directiva constituiría una injerencia desproporcionada en el Derecho contractual de los Estados miembros. Tendría por consecuencia que las acciones de Derecho civil no se podrían aplicar a cláusulas abusivas, cuando éstas se refirieran al objeto principal del contrato. Al contrario, la decisión de si pueden impugnarse cláusulas de ese tipo y, en su caso, con qué medios debería dejarse a los Estados miembros.

25. El *Gobierno portugués* deduce incluso de la existencia del artículo 8 de la Directiva 93/13 que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más estrictas que las

previstas en la Directiva que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. El *Gobierno español* hace notar al respecto que las disposiciones más estrictas que prevé el ordenamiento jurídico español no tienen en ningún caso por objeto aislar el mercado español mediante barreras jurídicas que pudieran dificultar el acceso a personas de otros Estados miembros que ejercen una actividad profesional. Su objeto consiste más bien en proteger al consumidor de conformidad con la finalidad de la Directiva.

el modelo económico de libertad de empresa y de libre formación de los precios, de conformidad con los objetivos del artículo 2 CE y con los principios de libre competencia establecidos en los artículos 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, encuentra sus límites dentro de un Estado social de Derecho en la tutela de determinados intereses generales, entre los que se encuentra la protección de los derechos y de los intereses económicos del consumidor.

26. La *recurrida en el procedimiento principal* opina que la denominada cláusula de redondeo no se refiere al objeto principal del contrato. A su juicio, aunque esta cláusula contractual atañe en realidad al cálculo del precio, debe asimismo tenerse en cuenta que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de ser interpretado de manera estricta por tratarse de una excepción. Además, la cláusula de redondeo está redactada con carácter condicional en la medida en que su aplicación depende de un suceso futuro e incierto, en concreto de la necesidad de una adaptación del tipo de interés en un 0,25 %. La recurrente aclara, por otra parte, que habida cuenta de la circunstancia de que la cláusula de redondeo no se refiere a ningún aspecto esencial del contrato, la cuestión de si un Estado miembro puede apartarse del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 sobre la base de los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1, es irrelevante.

28. La *Comisión* comparte las dudas de la *recurrida* en el procedimiento principal acerca de si la cláusula de redondeo se refiere al objeto principal del contrato y se pregunta, en consecuencia, si las cuestiones prejudiciales son pertinentes y por lo tanto admisibles. En relación con el artículo 4 CE señala que esta disposición sólo tiene carácter programático y, como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia *Échirolles Distribution*,³ no impone a los Estados miembros obligaciones claras e incondicionales que los particulares puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales.

29. La *recurrente en el procedimiento principal* sostiene una opinión jurídica distinta a la contenida en las demás observaciones. Considera que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, es una norma de Derecho imperativo y que los Estados miembros no se pueden apartar de ella.

27. La *recurrida en el procedimiento principal* así como los *Gobiernos alemán y austriaco* señalan, a todos los efectos pertinentes, que

3 — Sentencia de 3 de octubre de 2000 (C-9/99, Rec. p. I-8207), apartados 22 a 26.

30. En apoyo de esta tesis, invoca en primer lugar la sentencia Comisión/Países Bajos,⁴ en la que el Tribunal de Justicia condenó a los Países Bajos por adaptación incompleta del Derecho interno al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 por lo que se refiere al requisito de la redacción clara y comprensible de las cláusulas discutidas. La recurrente en el procedimiento principal deduce de esta sentencia que dicha disposición de la Directiva tiene, en conjunto, carácter imperativo.

31. Por lo demás, la recurrente en el procedimiento principal afirma que esta disposición es obligatoria, habida cuenta de que la Directiva 93/13 pretende garantizar a los consumidores un nivel mínimo de protección y, por consiguiente, está redactada de manera imperativa y vinculante. Añade que, de los considerandos duodécimo y decimonono de la Directiva se deriva que el legislador comunitario ha intentado definir el ámbito de aplicación de la protección que se garantiza al consumidor, en particular excluyendo cualquier cláusula que concierna al objeto principal del Tratado o a la adecuación de la relación entre precio y servicio, y que sea objeto de negociación individual. A juicio de la recurrente en el procedimiento principal, una armonización mínima no excluye que determinadas disposiciones de una directiva tengan carácter imperativo. Así lo declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Comisión/España⁵ en relación con el artículo 5, frase tercera, de la Directiva 93/13, que establece una excepción al principio de la interpretación más favorable para el consumidor.

32. Además, el origen de la Directiva 93/13 confirma que el artículo 4, apartado 2, tiene carácter vinculante. En realidad, la propuesta inicial de la Comisión no incluía una disposición de ese tipo, sino que se añadió posteriormente, lo que demuestra que un control judicial de los elementos principales de un contrato no puede considerarse incompatible con el Derecho contractual, basado en el principio de autonomía de la voluntad, y con los principios de economía de mercado y de libre competencia.

33. La recurrente en el procedimiento principal se refiere, por otro lado, a las últimas iniciativas de la Comisión para revisar el acervo comunitario en materia de protección al consumidor, que confirman la importancia de excluir un control judicial de las cláusulas esenciales de un contrato. Remite, en particular, al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo⁶ y a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores,⁷ que al igual que el artículo 4, apartado 2, también se habían pronunciado en favor de una

4 — Sentencia de 10 de mayo de 2001 (C-144/99, Rec. p. I-3541).

5 — Sentencia de 9 de septiembre de 2004 (C-70/03, Rec. p. I-7999), apartado 17.

6 — COM(2006) 744 final.

7 — COM(2008) 614 final.

exclusión del control de contenido y confirmaban una tendencia hacia una armonización completa.

34. Con carácter subsidiario, la recurrente en el procedimiento principal señala que, incluso en el supuesto de que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no fuera vinculante, los Estados miembros tampoco podrían prever un control jurisdiccional de las cláusulas esenciales del contrato sin menoscabar los principios de libre competencia y de economía de mercado establecidos en el Tratado CE. En efecto, ello tendría por resultado permitir el control jurisdiccional del equilibrio entre la oferta y la demanda para comprobar su carácter abusivo. Además, el reconocimiento de una competencia jurisdiccional para apreciar el objeto principal de un contrato tendría por efecto que en el mercado interior europeo imperarían diferentes condiciones comerciales.

35. Por último, la recurrente en el procedimiento principal duda que una extensión del control jurisdiccional del contenido del contrato pueda garantizar efectivamente al consumidor un mayor nivel de protección en el sentido del artículo 8 de la Directiva 93/13, especialmente porque la sanción impuesta

por el carácter abusivo de una cláusula es la nulidad de la misma y porque existe el riesgo real de que la nulidad se extienda a la totalidad del contrato en la medida en que la cláusula que deba considerarse abusiva se refiera al objeto principal del contrato, sin el que sea posible ejecutarlo. El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la reflexión fundamental de que el consumidor se encuentra en una situación de desigualdad que requiere ser corregida, sin poner por ello en entredicho la estabilidad del contrato.

36. En la vista oral, el *Gobierno español* formuló en primer lugar alegaciones contra el análisis jurídico defendido por la recurrente en el procedimiento principal relativo al supuesto carácter de Derecho imperativo del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y a la consideración de la cláusula de redondeo controvertida como parte del objeto principal de un contrato. Además sugirió, modificando su propuesta de resolución presentada inicialmente en la fase escrita, que el Tribunal de Justicia podría declarar que un control del carácter abusivo que incluya el objeto principal del contrato, excluido en principio por el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, es compatible con la Directiva y con los principios establecidos en el Tratado CE.

37. Por consiguiente, el *Gobierno español* propone por el contrario responder, a todos los efectos pertinentes, que una cláusula contractual como la cláusula de redondeo de

que se trata no se corresponde con el tipo de cláusulas que según el artículo 4, apartado 2, deben excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

VI. Apreciación jurídica

A. Observaciones previas

38. La finalidad de la Directiva 93/13 es proteger al consumidor de los inconvenientes que para él se derivan de su típica inferioridad contractual frente al empresario. En el pasado, los empresarios aprovechaban su poder económico para perjudicar a los consumidores mediante la formulación de contratos tipo y para transferir riesgos a la otra parte contratante en nombre de la libertad contractual. Este abuso de poder debía contrarrestarse mediante la Directiva.⁸

39. La Directiva 93/13 aborda un problema central del Derecho privado. Se trata del conflicto entre la autonomía de la voluntad,⁹ por un lado, y la protección de la parte contractual más débil, del consumidor, por otro. La Directiva 93/13 limita considerablemente el principio de la libertad contractual en favor del consumidor al permitir un control judicial de las cláusulas abusivas.¹⁰ Esta intromisión de las autoridades en la autonomía de la voluntad está justificada por la idea de que, en el ámbito de los contratos tipo existe una asimetría de poder económico. Los contratos son redactados de antemano por las sociedades y se imponen unilateralmente al consumidor, sin que éste tenga la posibilidad de negociar individualmente las condiciones del contrato. El principio de autonomía de la voluntad ya no está garantizado en la práctica, puesto que el consumidor no influye en absoluto en el

8 — Véase el noveno considerando de la Directiva.

9 — En la doctrina del Derecho, la libertad contractual se considera la manifestación más importante de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, una garantía jurídica individual. Respecto a la autonomía de la voluntad, véase, a efectos de Derecho comparado, en la literatura alemana, Larenz, K., Wolf, M., *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., Múnich 2004, apartado 2; en el Derecho austriaco, Koziol, H., Welsch, R., «Grundriss des bürgerlichen Rechts», Vol. I: *Allgemeiner Teil – Sachenrecht – Familienrecht*, 11ª ed., Viena 2000, p. 84; en el Derecho francés, Aubert, J.-L., Savaux, É., *Les obligations. 1. Acte juridique*, 12ª ed., París 2006, p. 72, apartado 99, y en el Derecho español, Díez-Picazo, L./Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, Vol. I, 10ª ed., Madrid 2002, pp. 369 y ss. A juicio de Basedow, J., en «Die Europäische Union zwischen Marktfreiheit und Überregulierung – Das Schicksal der Vertragsfreiheit», *Sonderdruck aus Bitburger Gespräche Jahrbuch 2008/1*, Múnich 2009, p. 103, la libertad contractual ya está reconocida como principio general del Derecho comunitario. En la sentencia de 9 de marzo de 2006, Werhof (C-499/04, Rec. p. I-2397), apartado 23, el Tribunal de Justicia ha señalado que «un contrato se caracteriza por el principio de autonomía de la voluntad, conforme al cual cada una de las partes pueden asumir libremente obligaciones frente a la otra».

10 — Véanse mis conclusiones de 14 de mayo de 2009, Asturcom (C-40/08), punto 47.

contenido del contrato.¹¹ Ello justifica una intervención pública en la libertad contractual de las partes para garantizar un equilibrio de los contratos lo más amplio posible.¹²

40. De todos modos, la Directiva 93/13 no va tan lejos como para suprimir completamente la autonomía de la voluntad, ya que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva excluye de una apreciación del carácter abusivo las cláusulas que se refieren al «objeto principal del contrato» o a la «adecuación entre precio y retribución, por una parte [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra». El consumidor no debe ser protegido en general de que celebre un contrato desventajoso, sino que se le considera suficientemente protegido por la competencia por lo que se refiere a las prestaciones principales.

11 — Véanse las sentencias de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, Rec. p. I-4941), apartado 25, y de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro (C-168/05, Rec. p. I-10421), apartado 25. El Tribunal de Justicia declaró en ellas, al interpretar los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13, que «el sistema de protección establecido por la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas».

12 — En este sentido, Tilmann, I., *Die Klauselrichtlinie 93/13/ EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum Europarecht*, Múnich 2003, p. 8. Basedow, J., antes citado en la nota 9, p. 102, indica que la legislación comunitaria sobre Derecho de los contratos se debe a la voluntad jurídico-política de corregir las irregularidades de la vida económica mediante la adopción de normas jurídicas. El autor deduce de esta circunstancia que el concepto comunitario de libertad contractual no es de autonomía individual sino de política de orden público: Siempre que la competencia limite el ejercicio excesivo del poder económico, la autonomía de la voluntad y la libertad contractual son de interés público. En la medida en que las imperfecciones del mercado no impidan el establecimiento de relaciones de competencia, las intervenciones públicas en la libertad contractual son legítimas.

41. Como se ha mencionado al principio,¹³ la presente petición de decisión prejudicial tiene básicamente por objeto la cuestión de si la Directiva 93/13 atribuye la competencia a los Estados miembros, mediante la adopción de las disposiciones nacionales correspondientes o –como en el caso del Reino de España– mediante la no adaptación del Derecho nacional al artículo 4, apartado 2, de la Directiva, de ampliar también el alcance de la apreciación jurídica del carácter abusivo de cláusulas contractuales contemplada en el artículo 4, apartado 1, a los tipos de cláusulas mencionadas en el artículo 4, apartado 2. Ello depende principalmente de la respuesta que se dé a la cuestión de qué función corresponde exactamente al artículo 4, apartado 2, dentro de la Directiva 93/13 y cuál es la relación de esta disposición con el artículo 8 de la Directiva. Dado que las dos primeras cuestiones prejudiciales presentan numerosas coincidencias de contenido, procede tratarlas conjuntamente en aras de una mayor claridad.

42. Procede tratar a continuación la tercera cuestión prejudicial, que en esencia plantea la compatibilidad de un control exhaustivo del contenido de cláusulas contractuales, en el

13 — Véase el punto 2 de estas conclusiones.

sentido antes indicado, con los principios de economía de mercado y de libre competencia garantizados por el Derecho primario.

B. Admisibilidad de la cuestión prejudicial

43. Para empezar debe examinarse, sin embargo, la admisibilidad de la cuestión prejudicial, dado que tanto la Comisión como la recurrida en el procedimiento principal albergan dudas acerca de la procedencia de las cuestiones prejudiciales para la resolución del procedimiento principal.

44. En efecto, ambas partes consideran dudoso que la cláusula de redondeo controvertida se refiera siquiera al objeto principal del contrato o a la adecuación entre el precio y el servicio. Se remiten a la jurisprudencia de los tribunales españoles y a la opinión jurídica de la Comisión expresada en el informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993¹⁴ según la cual las cláusulas por las que se estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

14 — Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, COM(2000) 248 final, p. 17.

45. A este respecto, procede recordar que, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales prevista en el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto pendiente ante él, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia.¹⁵

46. Cuando las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales versan sobre la interpretación de una disposición de Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está obligado, en principio, a pronunciarse,¹⁶ salvo que resulte evidente que la petición de decisión prejudicial pretende, en realidad, que este Tribunal se pronuncie mediante un litigio inventado o formule opiniones consultivas respecto a cuestiones generales o hipotéticas, que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio, o que el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios

15 — Véanse las sentencias de 18 de octubre de 1990, Dzodzi (C-297/88 y C-197/89, Rec. p. I-3763), apartados 33 y 34; de 8 de noviembre de 1990, Gmurzynska-Āscher (C-231/89, Rec. p. I-4003), apartados 18 y 19; de 17 de julio de 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Rec. p. I-4161), apartado 24; de 29 de enero de 2008, Promusicae (C-275/06, Rec. p. I-271), apartado 36, y de 12 de febrero de 2008, Kempter (C-2/06, Rec. p. I-411), apartado 42.

16 — Véanse, entre otras, las sentencias de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 38; de 22 de mayo de 2003, Korhonen y otros (C-18/01, Rec. p. I-5321), apartado 19; de 5 de febrero de 2004, Schneider (C-380/01, Rec. p. I-1389), apartado 21; de 19 de abril de 2007, Asemfo (C-295/05, Rec. p. I-2999), apartado 30, y de 23 de abril de 2009, VTB-VAB (C-261/07 y C-299/07, Rec. p. I-2949), apartado 32.

para responder de manera adecuada a las cuestiones planteadas.¹⁷

47. El órgano jurisdiccional remitente califica expresamente de determinantes para la resolución del litigio pendiente las disposiciones de los artículos 4 y 8 de la Directiva 93/13.¹⁸ En cambio, no existen elementos que sustenten la tesis de que las cuestiones prejudiciales no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio.

48. Además, el órgano jurisdiccional remitente señala, en su resolución de remisión, que las dudas relativas a la interpretación de la Directiva 93/13 tuvieron por consecuencia que el Reino de España, al igual que otros Estados miembros, renunciara a incorporar el artículo 4, apartado 2, a su ordenamiento interno, haciendo uso de la facultad que le atribuye el artículo 8 de la Directiva, que prevé una exclusión del control de contenido de las cláusulas.¹⁹ Si se ha examinado adecuadamente la petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al

Tribunal de Justicia dónde se encuentran los límites del control de contenido de cláusulas contractuales exigido por el Derecho comunitario y si, en su caso, los Estados miembros pueden ampliar este control de contenido sin infringir el Derecho comunitario.²⁰

49. En contra de la alegación de la Comisión y de la demandada en el procedimiento principal acerca de la inadmisibilidad de la petición de decisión prejudicial, procede aducir que la cuestión de si la cláusula de redondeo entra concretamente dentro del concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 no es una cuestión de admisibilidad sino de subsunción y, por consiguiente, de aplicación por el juez nacional del Derecho comunitario al asunto principal.

50. Por todo ello, no es posible negar la pertinencia de las cuestiones prejudiciales. En consecuencia, la petición de decisión prejudicial debe considerarse admisible.

17 — Véanse, entre otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1981, Foglia/Novello (244/80, Rec. p. 3045), apartado 18; de 15 de junio de 1995, Zabala Erasun y otros (C-422/93 a C-424/93, Rec. I-1567), apartado 29; de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 61; de 12 de marzo de 1998, Djabali (C-314/96, Rec. p. I-1149), apartado 19; PreussenElektra (citada en la nota 16), apartado 39; Schneider (citada en la nota 16), apartado 22; de 1 de abril de 2008, Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon (C-212/06, Rec. p. I-1683), apartado 29, y VTB-VAB (citada en la nota 16), apartado 33.

18 — Véase la página 11 de la resolución de remisión.

19 — Véase la página 12 de la resolución de remisión.

20 — Véase Brandner, H.E., «Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 4/1997, p. 314; del mismo autor, «Auslegungszuständigkeit des EuGH bei der Inhaltskontrolle von Entgeltklauseln der Banken bei Verbraucherverträgen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 1/1999, p. 8, según el cual el Tribunal de Justicia es competente para llevar a cabo una interpretación en la medida en que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 fija los límites del control de contenido probablemente de modo distinto al Derecho nacional de adaptación.

C. Examen de las cuestiones prejudiciales

1. Sobre las cuestiones primera y segunda

a) Aplicabilidad del artículo 8 de la Directiva 93/13

i) Existencia de una disposición nacional más estricta

51. La facultad que atribuye el artículo 8 de la Directiva 9/13 para acogerse a una excepción permite a los Estados miembros adoptar disposiciones más estrictas que las que establece la Directiva. El tenor del artículo 8 en sus diferentes versiones lingüísticas es tan poco claro que de entrada no permite saber a qué efectos el Derecho de los Estados miembros puede establecer disposiciones «más estrictas». Aún así puede deducirse que debe tratarse de aquellas disposiciones que garanticen un «mayor nivel de protección» para el consumidor.

52. Esta disposición coincide con el duodécimo considerando de la Directiva, del que se desprende que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad de garantizar una «protección más elevada» al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva. Por lo tanto, son sólo «más estrictas», en el sentido del artículo 8 de la Directiva, aquellas disposiciones que proporcionan un resultado «más favorable» al consumidor que el que resultaría de una aplicación directa de la Directiva o de las normas mínimas que allí se establecen.²¹

53. En consecuencia, la aplicabilidad de esta disposición al procedimiento principal implica, en primer lugar, que una ampliación del control de contenido de cláusulas contractuales a su carácter abusivo, como prevé el ordenamiento jurídico español, renunciando a incorporar la limitación de control del artículo 4, apartado 2, de la Directiva, garantiza efectivamente un mayor nivel de protección al consumidor. Debe partirse, en principio, de que una aplicación del sistema de protección establecido por la Directiva, de manera que el alcance del control de contenido se amplíe a otros elementos contractuales como el objeto principal del contrato o la adecuación de la relación entre precio y servicio, puede redundar en provecho del consumidor, sobre todo porque se impide que el consumidor

21 — Véase, en este sentido, Pfeiffer, T., *Das Recht der Europäischen Union* (E. Grabitz/M. Hilf, editores), Vol. IV, A5, artículo 8, apartado 9, p. 3.

quede vinculado por cláusulas abusivas.²² A este respecto, debe señalarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —que consiste en impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.²³

54. Tal medida nacional proporciona también un mayor nivel de protección que la Directiva 93/13, la cual excluye de antemano determinados tipos de cláusulas del control de contenido. Por otra parte, constituye sólo una de las distintas medidas posibles dentro de la competencia normativa de los Estados miembros para garantizar una protección elevada del consumidor.

55. En consecuencia, las disposiciones nacionales que el legislador español ha puesto

en vigor hasta la actualidad para adaptar el Derecho interno a la Directiva 93/13 y que no prevén una exclusión del control de contenido de cláusulas contractuales con arreglo al artículo 4, apartado 2, deben considerarse disposiciones «más estrictas» en el sentido del artículo 8 de la Directiva.

ii) Apertura del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13

56. Se desprende del artículo 8 de la Directiva 93/13 que los Estados miembros pueden adoptar disposiciones más estrictas «en el ámbito regulado por la presente Directiva», lo que significa que sólo se tiene en cuenta el recurso a esta disposición en el supuesto de normativas nacionales que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva. Para poder apreciar si la cláusula de redondeo de que se trata está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, debe examinarse previamente cómo la Directiva define en abstracto el ámbito de aplicación personal y material.

– Ámbito de aplicación personal y material

22 — De modo similar se expresa Pfeiffer, T., citado en la nota 21, apartado 13, p. 3, en cuya opinión también existe una disposición más estricta cuando, en el marco del control de contenido, es de aplicación una reglamentación más estricta.

23 — Sentencias *Océano Grupo Editorial y Salvat Editores* (citada en la nota 11), apartado 28; de 21 de noviembre de 2002, *Cofidis* (C-473/00, Rec. p. I-10875), apartado 32, y *Mostaza Claro* (citada en la nota 11), apartado 27.

57. El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 se establece en el artículo 1. Una limitación del ámbito de aplicación personal resulta de que, según el artículo 1, apartado 1,

la Directiva sólo atañe a las cláusulas de los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. De lo anterior se sigue que los contratos celebrados tanto entre consumidores como entre profesionales están excluidos de su ámbito de aplicación. El ámbito de aplicación material se define, por otra parte, de tal manera que, según el artículo 1, apartado 1, en relación con el artículo 2, letra a), y el artículo 3, apartado, 1, sólo son objeto del control previsto por la Directiva las cláusulas contractuales «que no se hayan negociado individualmente en los contratos celebrados con consumidores».

58. En el asunto principal no se niega que los contratos de préstamo destinados a la adquisición de viviendas que la recurrente en el procedimiento principal celebra con sus clientes y que contienen la cláusula de redondeo controvertida constituyan contratos celebrados entre un profesional y consumidores. De la resolución de remisión se deriva, además, que la cláusula discutida en el procedimiento principal no ha sido negociada individualmente con el consumidor.²⁴ De lo anterior se sigue que estos contratos entran tanto en el ámbito de aplicación personal como en el ámbito de aplicación material de la Directiva.

– Interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13

59. Es, sin embargo, dudoso que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 deba también entenderse como una norma que establece el ámbito de aplicación material. De

entenderse así, ya no estarían comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva las disposiciones nacionales más estrictas que amplían el control de contenido a las cláusulas que se refieran al objeto principal y a la adecuación de la relación entre precio y servicio.

60. Para responder a esta cuestión se requiere una interpretación de esta disposición con arreglo a todos los métodos interpretativos empleados por el Tribunal de Justicia, entre los que destacan la interpretación histórica y la teleológica.

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 como núcleo esencial de la autonomía de la voluntad

61. Un análisis del origen de la Directiva 93/13 muestra que la propuesta inicial de la Comisión²⁵ no preveía ninguna disposición comparable. Su introducción se debe en

24 — Véase la página 9 del auto de remisión.

25 — Propuesta de la Comisión de 3 de septiembre de 1990 para una Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, COM(90) 322 final.

cambio a las enmiendas del Consejo²⁶ en el marco del proceso legislativo.

62. La doctrina explica su posterior incorporación al proyecto de Directiva como la codificación de la prioridad conferida por el legislador comunitario a la protección de la autonomía de la voluntad.²⁷ La finalidad legislativa de esta disposición, en opinión unánime de la doctrina jurídica, consiste en limitar el control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas en los contratos con consumidores en aras de la libertad individual de las partes para contratar y de un mercado eficaz basado en la competencia en materia de precios y de oferta de servicios.²⁸

63. La limitación del alcance del control operada por el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 se basa, a juicio de la doctrina jurídica, en los puntos de vista de la economía de mercado. Según los principios fundamentales de un orden económico liberal, las partes del contrato determinaron libremente la

prestación y la contraprestación, en virtud de cuyo intercambio se concluye el contrato. Ello es conforme con las leyes del mercado y de la competencia, que se dejarían parcialmente en suspenso si se controlara la adecuación o la equivalencia, de manera que quedara excluido un comportamiento preestablecido de los prestadores de servicios en el mercado con arreglo a dichas leyes.²⁹

64. Puede deducirse de esta disposición que las obligaciones de las prestaciones principales, así como la adecuación de la relación entre precio y servicio, deben en principio dejarse, conforme a la voluntad del legislador, al acuerdo entre las partes y a la correspondiente oferta del mercado.³⁰ En cierto modo, refleja la tensión existente entre la autonomía de la voluntad y la necesidad de una intervención jurídica en favor de la protección del consumidor. La doctrina jurídica fundamenta su interpretación del artículo 4, apartado 2, en la circunstancia de que esta disposición, por su contenido normativo, se corresponde en lo esencial con normas jurídicas que ya estaban en vigor en los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros antes de la

26 — Posición común del Consejo de 22 de septiembre de 1992 con vistas a la adopción de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, Doc. 8406/1/92, DO C 283, p. 1, n.º 2.

27 — También en este sentido, Schmidt-Salzer, J., «Leistungsbeschreibungen insbesondere in Versicherungsverträgen und Schranken der Inhaltskontrolle (AGB-Gesetz und EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucher-Verträgen)», en: *Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag*, Colonia 1996, p. 268.

28 — En este sentido, Pfeiffer, T., citado en la nota 21, artículo 4, apartado 23, p. 7; Schmidt-Salzer, J., citado en la nota 27, p. 265.

29 — En este sentido, Kohtes, S., *Das Recht der vorformulierten Vertragsbedingungen in Spanien*, Fráncfort del Meno 2004, p. 52.

30 — Así lo indica también Tilmann, I., citado en la nota 12, p. 12, nota 64.

adopción de la Directiva 93/13 y que podían haber servido de modelo.³¹

65. En términos de técnica jurídica, el objetivo de la preservación de un núcleo esencial de autonomía de la voluntad se alcanza estableciendo límites al control del carácter abusivo de las obligaciones de la prestación principal, debiéndose indicar que el control de contenido es el único que experimenta una limitación, especialmente si se tiene en cuenta que una interpretación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 demuestra que el legislador comunitario ha partido manifiestamente de la suposición de que también las cláusulas contractuales que se refieren al objeto principal o a la relación calidad/precio pueden ser completamente abusivas en determinadas circunstancias.³²

66. Como regla básica, puede deducirse de esta disposición que cláusulas redactadas de manera clara y comprensible que determinen el precio o el alcance de las obligaciones de las prestaciones principales están exentas del control del carácter abusivo con arreglo al artículo 3 de la Directiva 93/13. De este modo se excluyen, principalmente, del control del carácter abusivo la descripción de la prestación y la relación de equivalencia fijada contractualmente por las partes.³³ Debe examinarse a continuación si se reúnen estos requisitos en el caso de la cláusula de redondeo controlada, a la que el Derecho español extiende el control del carácter abusivo.

Realización del presupuesto de hecho del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13

31 — En este sentido, entre otros, Brandner, H.E., «Neufassung des EG-Richtlinienvorschlags über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 21/92, p. 1591; del mismo autor, *op. cit.* en la nota 20, p. 314; Damm, R., «Europäisches Verbrauchervertragsrecht und AGB-Recht», *Juristenzeitung*, 4/1994, p. 162. En la literatura jurídica se expresa la suposición de que posiblemente los reparos formulados por el Gobierno alemán en el Consejo contribuyeron a que también estén excluidas del control de contenido las cláusulas que en los contratos con consumidores describen las prestaciones y que determinan el precio con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, como también disponía el artículo 8 de la Ley alemana sobre condiciones generales de la contratación [Gesetz über Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGBG)]. Por ello el legislador alemán no modificó el artículo 8 de la AGBG y negó la necesidad de una adaptación de la disposición al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

32 — A juicio de Kapnopolou, E., *Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union*, Tübingen 1997, p. 105, el tenor del decimonocho considerando de la Directiva indica claramente que las cláusulas contractuales que describen el objeto principal del contrato pueden ser completamente abusivas.

67. En primer lugar, constituye un requisito para que se pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 que las cláusulas de que se trate estén redactadas «de manera clara y comprensible». Por lo que atañe al asunto principal, procede observar que,

33 — Coester, M., en: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13ª ed., Berlín 1998, artículo 8 AGBG, apartado 17, p. 179, indica que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 dispensa del control de contenido del carácter abusivo a la prestación principal y a la relación de equivalencia.

según las indicaciones del órgano jurisdiccional remitente en la resolución de remisión, la recurrida en el procedimiento principal no ha alegado ninguna vulneración del principio de transparencia, de manera que la cláusula discutida en el procedimiento principal debe tratarse como si fuera clara y comprensible para el consumidor.³⁴ A efectos del presente procedimiento de remisión prejudicial, el Tribunal de Justicia está ligado por los hechos establecidos por el órgano jurisdiccional remitente.³⁵

68. La otra cuestión de si procede excluir la cláusula de redondeo controvertida del control del carácter abusivo efectuado por los órganos jurisdiccionales españoles, acaso porque deba incluirse en el núcleo esencial de la autonomía de la voluntad definido por el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, se refiere, por su parte, como se ha mencionado anteriormente,³⁶ a la concreta aplicación de esta disposición de la Directiva al asunto principal, en otras palabras, a la subsuncción de la cláusula contractual discutida en los conceptos de «objeto principal» o «adecuación entre precio y servicio», que son

conceptos jurídicos de Derecho comunitario y, por lo tanto, de interpretación autónoma.

69. Con todo, según reiterada jurisprudencia,³⁷ en el procedimiento del artículo 234 CE existe entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales tal reparto de competencias que al primero le corresponde la interpretación y a los segundos la aplicación del Derecho comunitario. En consecuencia, el Tribunal de Justicia no es competente para aplicar las normas del Derecho comunitario a un caso concreto y, por ello, tampoco para calificar las disposiciones del Derecho nacional respecto a tales normas. Sin embargo, el Tribunal de Justicia puede aportar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relativos al Derecho comunitario que puedan serle de utilidad para la apreciación de los efectos de estas disposiciones. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia no puede pronunciarse

34 — Véase la página 9 del auto de remisión.

35 — En un procedimiento de remisión prejudicial los órganos jurisdiccionales nacionales son los únicos competentes para determinar los hechos del asunto. Véase la sentencia de 12 de mayo de 1998, Kefalas (C-367/96, Rec. p. I-2843), apartado 22.

36 — Véase el punto 49 de estas conclusiones.

37 — Véanse las sentencias de 27 de marzo de 1963, Da Costa (28/62 a 30/62, Rec. p. 60) y de 12 de febrero de 1998, Cordelle (C-366/96, Rec. p. I-583), apartado 9. También, en este sentido, Craig, P./De Búrca, G., *EU Law*, 4ª ed., Oxford 2008, p. 492, en cuya opinión, si bien el artículo 234 CE atribuye al Tribunal de Justicia la competencia para interpretar el Tratado, no lo hace expresamente para aplicarlo al asunto principal. La delimitación entre interpretación y aplicación marca el reparto de competencias entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales. En consecuencia, el Tribunal de Justicia interpreta el Tratado y estos últimos aplican esta interpretación al caso concreto. Según Schima, B., *Kommentar zu EU- und EG-Vertrag* (H. Mayer, editores), 12ª ed., Viena 2003, artículo 234 CE, apartado 40, p. 12, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales la aplicación de una norma comunitaria al litigio concreto. No obstante, el autor admite que no siempre es fácil separar la aplicación de una norma de su interpretación.

directamente sobre la posibilidad de control³⁸ y aún menos sobre la compatibilidad³⁹ de una cláusula con la Directiva 93/13, sino únicamente decidir cómo debe interpretarse la Directiva 93/13 respecto a una determinada cláusula.

redondeo controvertida puede subsumirse en uno de los dos presupuestos de hecho del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 teniendo en cuenta el conjunto del sistema del contrato y su regulación por el Derecho nacional.⁴⁰ Puede deducirse de la formulación de las cuestiones prejudiciales que el órgano jurisdiccional remitente toma claramente en consideración la subsunción en uno de estos presupuestos de hecho y, por lo tanto, da por supuesta la aplicabilidad de esta disposición de la Directiva al asunto principal. A mi juicio no es necesario responder a la cuestión de si esta premisa se cumple realmente.⁴¹ Es cierto que la jurisprudencia ha reconocido que incumbe al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el asunto que le ha sido sometido, aun cuando el órgano jurisdiccional nacional no haya hecho referencia a ellos al

70. Por consiguiente, corresponde en su caso al juez nacional examinar si la cláusula de

38 — Así opina también Nassall, W., «Die Anwendung der EU-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen», *Juristenzeitung*, 14/1995, p. 690.

39 — En este sentido, Schlosser, P., en: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 13ª ed., Berlín 1998, Introducción a la AGBG, apartado 33, p. 18, según el cual están excluidos los escritos presentados al Tribunal de Justicia relativos a si determinadas cláusulas en tipos de contrato definidos con mayor detalle son abusivas. También, de modo parecido, Whittaker, S., «Clauses abusives et garanties des consommateurs: la proposition de directive relative aux droits des consommateurs et la portée de "l'harmonisation complète"», *Recueil Dalloz*, 17/2009, p. 1153, con remisión a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Véanse, a este respecto, las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, Rec. p. 1-3403), apartado 22, y de 4 de junio de 2009, *Pannon* (C-243/08, Rec. p. 1-4713), apartado 43. En ellas, el Tribunal de Justicia declaró que, en el marco de la competencia para interpretar el Derecho comunitario, reconocida en el artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia puede interpretar los criterios generales utilizados por el legislador comunitario para definir el concepto de cláusula abusiva. Por el contrario, no puede pronunciarse sobre la aplicación de estos criterios generales a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto.

En los puntos 27 a 30 de sus conclusiones de 25 de septiembre de 2003 en el asunto *Freiburger Kommunalbauten*, el Abogado General Geelhoed indicó acertadamente que sería contrario al punto de partida del legislador comunitario dejar a las autoridades nacionales apreciar qué cláusulas han de considerarse abusivas, si el juez comunitario, a pesar de ello, se pronunciara sobre dichas cláusulas. En favor de una competencia del órgano jurisdiccional nacional, el Abogado General adujo como motivos la delimitación de competencias entre la Comunidad y los Estados, el uso económico de los recursos judiciales y la diversidad de ordenamientos jurídicos nacionales.

40 — A juicio de Pfeiffer, T., citado en la nota 21, el artículo 4, apartado 40, p. 11, la calificación de un acuerdo como objeto principal de un contrato sólo puede examinarse convenientemente en el marco del conjunto del sistema del contrato y de su regulación por el Derecho nacional, para cuya interpretación son de nuevo competentes los órganos jurisdiccionales nacionales. Por otra parte, por lo menos las características abstractas del objeto principal del contrato pueden ser objeto de una clarificación por parte del Tribunal de Justicia.

41 — En mi opinión, conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no todos los aspectos de una cláusula relativa al precio están excluidos del control del carácter abusivo. El privilegio no se extiende, por lo tanto, a todo el contenido normativo de una cláusula relativa al precio, sino sólo a la adecuación entre prestación y contraprestación. En cambio, otros aspectos de las cláusulas relativas al precio no están exentas de control. Así, en el anexo de la Directiva se considera abusivo, y por tanto sujeto a control, el derecho a determinar o a aumentar el precio, con posterioridad, unilateralmente (véase la letra l). Véase, a este respecto, Pfeiffer, T., citado en la nota 21, artículo 4, apartado 31, p. 9; y Kapnopoulou, E., citado en la nota 32, p. 109.

formular sus cuestiones.⁴² También formarían en principio parte de estos elementos los criterios de delimitación de cada presupuesto de hecho. No obstante, en el caso de autos, no me parece necesario proceder de tal modo.⁴³

Naturaleza jurídica del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13

— «Limitación del control de contenido»

71. Se plantea la cuestión de cuáles son las consecuencias jurídicas que tiene, a nivel comunitario, excederse de los límites que allí se fijan mediante la adopción de disposiciones nacionales más estrictas. La respuesta depende de la naturaleza jurídica de dicha disposición.

42 — Véanse las sentencias de 12 de diciembre de 1990, SARPP (C-241/89, Rec. p. I-4695), apartado 8; de 2 de febrero de 1994, Verband Sozialer Wettbewerb, «Clinique» (C-315/92, Rec. p. I-317), apartado 7; de 4 de marzo de 1999, Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola (C-87/97, Rec. p. I-1301), apartado 16; de 7 de septiembre de 2004, Trojani (C-456/02, Rec. p. I-7573), apartado 38, y de 17 de febrero de 2005, Oulane (C-215/03, Rec. p. I-1215), apartado 47.

43 — En el caso de autos, no parece necesaria una delimitación exacta entre los diferentes presupuestos de hecho dado que, en términos de resultado, debe partirse de la aplicabilidad del artículo 8 de la Directiva, con la consecuencia de que los Estados miembros, gracias a esa autorización, pueden ampliar el alcance del control de contenido.

72. El artículo 4, apartado 2, como acertadamente indican los Gobiernos alemán y austriaco, deja un margen de interpretación. Esta disposición no puede ser entendida ni en el sentido de que las cláusulas afectadas por esta limitación no entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, ni en el sentido de que, si bien las cláusulas afectadas por esta limitación entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, no se aplica la consecuencia jurídica impuesta por el artículo 6 de la Directiva para cláusulas abusivas de ese tipo, es decir, su carácter no vinculante para los consumidores.

73. A primera vista, ninguna de las dos interpretaciones goza de preferencia. En particular, a falta de una exposición de motivos expresa del Consejo para las modificaciones del proyecto inicial de Directiva, la génesis de la Directiva 93/13 no proporciona ningún argumento en favor de una determinada interpretación. En cambio, el método de interpretación gramatical y sistemático resulta revelador.

74. En primer lugar, se opone a una calificación del artículo 4, apartado 2, de disposición que define el ámbito de aplicación material de la Directiva, el tenor de esta disposición, que

alude a la «apreciación del carácter abusivo», y no, en cambio, a la propia aplicabilidad de la Directiva, lo cual constituye un indicio de que se refiere exclusivamente a una limitación material del alcance del control de contenido. También se opone a dicha calificación el hecho de que no todas las cláusulas que se refieren al objeto principal del contrato o a la relación entre precio y servicio estén en principio excluidas de este control, sino sólo en la medida en que estén redactadas «de manera clara y comprensible». Según el decimonono considerando, a los efectos de la Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse a dichas cláusulas. Si, no obstante, no se respeta el principio de transparencia en el caso concreto, el control del carácter abusivo se extiende también sin restricciones a estas cláusulas del contrato.⁴⁴ Con todo, me parece dudoso admitir que el legislador comunitario pudiera haber tenido la intención de hacer depender la aplicabilidad de la Directiva 93/13 de un requisito tan indeterminado, sujeto a fin de cuentas a la apreciación del caso concreto por parte del juez nacional.

75. Una interpretación de esta disposición en función de su posición sistemática dentro de la Directiva también conduce a la misma

conclusión. El ámbito de aplicación de la Directiva se establece, en efecto, en los artículos 1 y 2, mientras que el artículo 4 define las modalidades y el alcance del control de contenido. Éstos proporcionan a quien aplique el Derecho los criterios e indicaciones necesarios para el control que deba efectuarse del carácter abusivo. En esta medida, deben diferenciarse estrictamente ambos aspectos entre sí.

76. De lo anterior se sigue que también las cláusulas que, según el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, se refieren al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y servicio están en principio comprendidas dentro del ámbito de aplicación de la Directiva. Se incluyen por tanto en el «ámbito regulado por la presente Directiva» en el sentido del artículo 8. Quedan también excluidas del control del carácter abusivo.⁴⁵

44 — También en este sentido, Kapnopoulou, E., citado en la nota 32, pp. 103 y 113; Baier, K., *Europäische Verbraucherverträge und missbräuchliche Klauseln*, Hamburgo 2004, p. 32; Kohtes, S., citado en la nota 29, p. 52; Nassall, W., citado en la nota 38, p. 690; Damm, R., citado en la nota 31, p. 170. De modo similar, también el Abogado General Tizzano en sus conclusiones de 23 de enero de 2001 en el asunto Comisión/Países Bajos (C-144/99, Rec. p. I-3541), punto 27.

45 — La cuestión de si el artículo 4, apartado 2, también define el ámbito de aplicación material de la Directiva 93/13 o sólo limita el alcance del control de contenido, no encuentra una respuesta clara en la doctrina jurídica. No obstante, debe señalarse una tendencia en favor de la segunda interpretación. Kapnopoulou, E., antes citado en la nota 32, indica por una parte que la intención del Consejo al modificar la propuesta de la Comisión debía haber sido excluir del ámbito de aplicación de la Directiva todas las cláusulas que conciernen al objeto principal del contrato y la relación calidad/precio (p. 79). Por otra parte, la autora considera esta disposición como una limitación del control del carácter abusivo (p. 103). Tilmann, I., citado en la nota 30, p. 12, distingue claramente entre las disposiciones que regulan el ámbito de aplicación de la Directiva y las que fijan el alcance del control de contenido. Coester, M., citado en la nota 33, apartado 16, p. 179, en relación con el artículo 4, apartado 2, parte sólo manifiestamente de una exención del control de contenido del carácter abusivo. También, de modo parecido, Kohtes, S., citado en la nota 29, p. 52; Schulte-Nölke, H., «Verbraucherrecht», en: *Europarecht* (Reiner Schulze/Manfred Zuleeg, editores), Baden-Baden 2006, p. 965, y Huet, J., «Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives», *La Semaine Juridique*, 1/1994, études et chroniques n° 309, p. 2, que examinan esta disposición en relación con el alcance del control de contenido.

b) Alcance de la autorización del artículo 8 de la Directiva 93/13

77. En la medida en que el artículo 8 de la Directiva 93/13 autoriza a los Estados miembros a adoptar disposiciones más estrictas, queda por examinar si esta consecuencia jurídica incluye también una ampliación del ámbito de control a los objetos del contrato mencionados en el artículo 4, apartado 2.

i) Carácter no obligatorio del artículo 4, apartado 2

78. A él se opondría eventualmente el carácter de Derecho imperativo, alegado por la recurrente, del artículo 4, apartado 2. No obstante, como admite ella misma en sus observaciones escritas, ello no se puede deducir directamente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁴⁶

79. Tampoco la sentencia Comisión/Países Bajos,⁴⁷ que invoca la recurrente en el procedimiento principal, permite sostener esta

tesis. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que el Reino de los Países Bajos había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva.⁴⁸ El Tribunal de Justicia aplicó concretamente el criterio de que las correspondientes disposiciones de Derecho civil del Código Civil neerlandés no presentaban la suficiente claridad para alcanzar los objetivos de la Directiva.⁴⁹ Así pues, el Tribunal de Justicia se adhirió a la opinión del Abogado General Tizzano, que en sus conclusiones, entre otras consideraciones, afirmó que en la anterior situación del Derecho civil neerlandés permanecía intacta la posibilidad del profesional de impedir que el consumidor solicitase la anulación de las cláusulas que no fueran claras y unívocas que describen las prestaciones esenciales.⁵⁰ El Abogado General había señalado que la exclusión de las cláusulas que tienen por objeto prestaciones esenciales de la normativa neerlandesa sobre las condiciones generales constituía una limitación sustancial del ámbito de aplicación de la Directiva.⁵¹

80. Esta sentencia es, a mi juicio, irrelevante para examinar la cuestión de si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 tiene carácter de Derecho imperativo, ya que atañe exclusivamente a la aplicación a nivel nacional del principio de transparencia establecido en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva y, por lo tanto, sólo a un aspecto de la

48 — *Ibidem* (apartado 22).

49 — Sentencia Comisión/Países Bajos (citada en la nota 4), apartados 19 y 20.

50 — Conclusiones del Abogado General Tizzano, Comisión/Países Bajos (citadas en la nota 44), puntos 27 y 28.

51 — *Ibidem* (punto 29).

46 — Véase el apartado 91 del escrito de la recurrente en el procedimiento principal.

47 — Sentencia Comisión/Países Bajos (citada en la nota 4).

regulación del artículo 4, apartado 2. La propia recurrente en el procedimiento principal admite que el Tribunal de Justicia renunció a pronunciarse sobre otros aspectos de esta regulación.⁵² Por consiguiente, de esta sentencia no se desprende ninguna declaración sobre el carácter jurídico de esta disposición. Por lo demás, procede señalar que, como indicó justificadamente el Abogado General Tizzano, el asunto que estaba en el origen de la sentencia se refería al caso de una limitación, contraria a la Directiva, del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en perjuicio del consumidor, mientras que en el presente asunto se trata de la ampliación del alcance del control de contenido en beneficio del consumidor. Esto último está claramente en consonancia con el objetivo de la Directiva 93/13 así como con la idea de la armonización mínima de garantizar un nivel de protección al consumidor lo más elevado posible.⁵³ Una restricción del ámbito de aplicación de la Directiva mediante una adaptación indebida del Derecho interno significa, por el contrario, no alcanzar el nivel de protección mínima establecido por el Derecho comunitario. Puesto que tanto la situación inicial como la problemática son fundamentalmente distintas, no cabe una comparación entre ambos asuntos.

81. Tampoco es acertado el intento de la recurrente en el procedimiento principal de sacar conclusiones de la sentencia Comisión/España⁵⁴ para apoyar su tesis. El asunto en el origen de esta sentencia tenía por objeto un incumplimiento del Tratado por parte del Reino de España por adaptación indebida del

Derecho nacional a los artículos 5 y 6, apartado 2, de la Directiva 93/13. Si bien es cierto que el Tribunal de Justicia calificó la regla hermenéutica establecida en el artículo 5, apartado 3, de la Directiva de regla normativa y vinculante, que confiere derechos a los consumidores y contribuye a definir el resultado que persigue dicha Directiva,⁵⁵ tampoco de esta declaración se pueden extraer conclusiones sobre la naturaleza jurídica de la disposición contenida en el artículo 4, apartado 2, que, en tal medida, tiene otro contenido normativo.

82. La recurrente en el procedimiento principal se basa además en la génesis de la Directiva 93/13, que en su opinión demuestra que el legislador comunitario quería establecer límites al control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales a escala comunitaria. Si bien ello es cierto, como ya se ha expuesto en el marco de una interpretación histórica del artículo 4, apartado 2,⁵⁶ no prueba de por sí la tesis de que el legislador comunitario quisiera absolutamente impedir a los Estados miembros adoptar disposiciones más estrictas sobre la base del artículo 8 que ampliaran el alcance del control jurisdiccional de contenido. La interpretación histórica no permite dar una respuesta clara a la

52 — Véase el apartado 96 del escrito de la recurrente en el procedimiento principal.

53 — Véase el punto 86 de estas conclusiones.

54 — Sentencia Comisión/España (citada en la nota 5).

55 — *Ibidem* (apartado 17).

56 — Véanse los puntos 61 a 63 de estas conclusiones.

cuestión de la relación entre los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva.

reservas como ayuda a la interpretación.⁵⁸ Por consiguiente, en el caso de autos, no se tienen en cuenta ni para una interpretación histórica ni para una interpretación sistemática del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. Como ha explicado la propia Comisión en la vista, en respuesta a las preguntas del Tribunal de Justicia para interpretar la legislación que sustituyó a la Directiva y en relación con el nuevo enfoque de armonización completa,⁵⁹ ello también es válido por lo que se refiere, en particular, a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, que en la actualidad todavía se encuentra en fase de examen por las instituciones legislativas de la Comunidad.

83. Por lo que atañe a la remisión a las iniciativas que ha tomado hasta la fecha la Comisión⁵⁷ para revisar el acervo comunitario en materia de protección al consumidor, debe observarse que éstas, desde el propio punto de vista de la metodología jurídica, no son adecuadas para fundamentar una interpretación de la Directiva 93/13, ya que tienen exclusivamente por objeto una propuesta de otra norma comunitaria, que finalmente todavía no ha entrado en vigor. Sin contar con que los documentos mencionados no constituyen trabajos preparatorios de la Directiva 93/13, procede recordar que la Comisión tiene sólo un derecho de iniciativa y, por consiguiente, la posibilidad de retirar sus propuestas. Estas propuestas pueden además sufrir numerosas modificaciones del Consejo y del Parlamento en el marco del procedimiento legislativo, de manera que sólo se pueden invocar con

84. A la luz de todas las consideraciones precedentes, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no puede calificarse de disposición imperativa, que pudiera impedir a un Estado miembro invocar el artículo 8 de

57 — Con ello se alude principalmente al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo [COM (2006) 744 final] y a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores [COM (2008) 614 final]. Además, la Comisión ya había tomado en consideración, en su Informe sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, COM (2000) 248 final, p. 17, una supresión de las limitaciones del control de contenido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

58 — En este sentido, Riesenhuber, K., «Die Auslegung», en: *Europäische Methodenlehre*, Berlín 2006, p. 257, apartado 31. El autor explica que la interpretación histórica, que trata de los antecedentes y del proceso de creación, desempeña un papel central en el Derecho privado europeo. Si la interpretación persigue el objetivo de transmitir la voluntad del legislador, entonces debe establecerse primero de quién es la voluntad determinante. Sólo tienen carácter de legislador democrático legítimo las instituciones legislativas cuya aprobación soporta el acto jurídico concreto. Por el contrario, varias instituciones han de ser únicamente consultadas y también la Comisión tiene sólo un derecho de iniciativa y la posibilidad de retirar sus propuestas, pudiendo ser modificadas discrecionalmente en el proceso legislativo. En la medida en que las propuestas o deseos de la Comisión no sean admitidos, podría derivarse de ello, como máximo (aunque no necesariamente), un argumento *a contrario*.

59 — La disposición que sustituiría al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 sería el artículo 32, apartado 3 (principios generales), de la propuesta de Directiva. El nuevo planteamiento de armonización competente está establecido en el artículo 4 de la propuesta de Directiva.

la Directiva para adoptar disposiciones que amplíen el alcance del control de contenido a otros objetos contractuales, como el objeto principal del contrato o la adecuación de la relación entre precio y servicio.

ii) Armonización mínima

85. En este contexto, debe tenerse en cuenta que una ampliación ilimitada del ámbito de control basada en el artículo 8 de la Directiva 93/13 podría resultar en un socavamiento de la autonomía de la voluntad protegida por el artículo 4, apartado 2. Por otra parte, la observancia de esta regulación no debe considerarse un fin en sí mismo. Por el contrario, debe examinarse esta disposición en el contexto de los objetivos de la Directiva teniendo en cuenta el estado actual de la armonización en el ámbito de la protección al consumidor.

86. La Directiva 93/13 se propone garantizar una protección mínima unificada frente a

cláusulas abusivas de los contratos con consumidores en los Estados miembros de la Comunidad. Según el duodécimo considerando, este objetivo debe ser logrado mediante una armonización parcial de las disposiciones nacionales en el ámbito de la protección al consumidor.⁶⁰ La autorización del artículo 8, que permite a los Estados miembros conservar o adoptar disposiciones en sus ordenamientos jurídicos nacionales, que garanticen una protección superior al nivel mínimo establecido por la Directiva, constituye una expresión normativa del principio que subyace en la Directiva 93/13 relativo a una simple armonización mínima.⁶¹ Como se desprende del duodécimo considerando, es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva. Este enfoque de armonización mínima atribuye a

60 — La Directiva 93/13 también se basa en un concepto de armonización mínima como la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, la Directiva 97/7/CE, sobre contratos a distancia, y la Directiva 1999/44/CE, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo. Se renuncia expresamente a este concepto en la Propuesta, presentada por la Comisión el 8 de octubre de 2008, de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, COM(2008) 614 final, que reúne estas cuatro Directivas en un único instrumento jurídico horizontal. El proyecto de Directiva se basa a partir de ahora en el concepto de armonización completa con la consecuencia que los Estados miembros no pueden mantener ni introducir normas jurídicas que diverjan de las de la Directiva. La finalidad de la propuesta es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior por lo que se refiere a los contratos entre empresas y consumidores y garantizar al consumidor un nivel de protección elevado e uniforme mediante la armonización completa de los aspectos relevantes esenciales del Derecho de los contratos con consumidores.

61 — Así se expresan también Pfeiffer, T., citado en la nota 21, artículo 8, apartado 1, p. 1; Kapnopolou, E., citado en la nota 32, p. 162.; Long, A., en «Unfair Contract Terms – New Directive, Implementation and Recent Developments», *Community Law in Practice*, Tréveris 1997, p. 148, indica que, a la vista de las opiniones divergentes de los Estados miembros, la Directiva 93/13 sigue un enfoque de armonización mínima atribuyendo a los Estados miembros una facultad normativa considerable, lo que a su vez es conforme con el principio de subsidiariedad. En su informe de 27 de abril de 2000 (mencionado en la nota 14, p. 5), la Comisión se refiere al carácter «mínimo» de la Directiva 93/13 que se refleja en la autorización del artículo 8.

los Estados miembros una facultad normativa considerable. *A contrario*, también se deriva de esta disposición que una diferencia a la baja, es decir, un nivel de protección del consumidor que quede a la zaga de los objetivos de la Directiva, no sería compatible con los principios de la Directiva.

2. Sobre la tercera cuestión

88. Sin embargo, el Derecho comunitario establece límites a la posibilidad de obtener un nivel de protección nacional más elevado. Independientemente de que las normativas nacionales tengan por objeto casos concretos que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, los Estados miembros deben respetar los límites generales del Derecho comunitario. Sus normativas nacionales no pueden infringir el Tratado CE y las libertades fundamentales o el Derecho comunitario derivado.⁶³ A ello se refiere expresamente el artículo 8 de la Directiva 93/13 cuando establece el requisito de que las disposiciones que adopten los Estados miembros deben ser «compatibles con el Tratado». Este extremo es objeto de la tercera cuestión.

c) Conclusión

87. Dado que la Directiva 93/13 sólo prevé una armonización mínima, dicha Directiva no sería en principio contraria a una ampliación del control, que quieren los Estados miembros, a otros objetos del contrato como el objeto principal del contrato o la adecuación de la relación entre precio y servicio, sobre todo al proporcionar esta medida un mayor nivel de protección del consumidor.⁶²

a) Apreciación jurídica a la luz de los objetivos comunitarios

89. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si un control judicial, permitido con arreglo a los

62 — Véanse los puntos 53 y 54 de estas conclusiones.

63 — También en este sentido, Kapnopolou, E., citado en la nota 32, p. 163.

requisitos de la Directiva, del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, es compatible con los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1. La cuestión prejudicial está por tanto dirigida a que el Tribunal de Justicia declare si del Derecho primario se derivan otros límites a un nivel de protección nacional más elevado, como se prevé en el ordenamiento jurídico español. Las disposiciones que invoca el órgano jurisdiccional remitente se refieren a los principios del mercado común, de la libre competencia y de la economía de mercado.

de libre competencia— contienen únicamente objetivos generales que deben interpretarse en relación con las disposiciones del Tratado destinadas a desarrollar dichos objetivos.⁶⁵ De lo anterior se sigue que tienen en esencia el carácter de declaraciones políticas de valor programático.⁶⁶ A juicio del Tribunal de Justicia, no constituyen disposiciones que imponen a los Estados miembros obligaciones claras e incondicionales que los particulares puedan invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales. En cuanto al principio antes mencionado, se trata por el contrario, en su opinión, de un principio general que para su aplicación exige apreciaciones económicas complejas que son competencia del legislador o de la Administración nacional.⁶⁷

90. De la sentencia *Échirrolles Distribution*⁶⁴ se desprenden indicaciones útiles sobre la aplicabilidad de esas disposiciones para determinar la compatibilidad de la acción de los Estados miembros con el Derecho comunitario.

92. Esto último se debe especialmente a la circunstancia de que los Estados miembros, a falta de una política económica común según el modelo de la política comercial común o de la política agrícola, siguen siendo competentes y responsables de su política económica general en el marco de la Unión económica y monetaria, pero mediante la coordinación deben adaptarla de tal manera que contribuya

91. Como aclaró el Tribunal de Justicia en dicha sentencia, los artículos 4 CE, 98 CE y 99 CE —siempre que se refieran a una política económica que sea compatible con el principio de una economía de mercado abierta y

65 — *Ibidem* (apartado 24). Véase también la sentencia de 14 de julio de 1998, Bettati (C-341/95, Rec. p. I-4355), apartado 75.

66 — También en este sentido, Bandilla, R., en: *Das Recht der Europäischen Union* (Grabitz/M. Hilf, editores), Vol. 1, art. 4 CE, apartado 7, p. 3. A juicio del autor, mediante la puntualización del artículo 4 CE, apartado 1, de que la política económica se llevará a cabo de conformidad con el respeto al «principio de una economía de mercado abierta», se incorporó una formulación en el Tratado que puede entenderse como declaración política de valor programático.

67 — Sentencia *Échirrolles Distribution* (citada en la nota 3), apartado 25.

64 — Sentencia *Échirrolles Distribution* (citada en la nota 3).

a la realización de los fines de la Comunidad en el sentido del artículo 2 CE.⁶⁸

aun cuando el órgano jurisdiccional nacional no haya hecho referencia a ellos al formular sus cuestiones.⁶⁹

93. A la vista de la indeterminación jurídica de estas declaraciones programáticas y de la competencia todavía autónoma de los Estados miembros en el ámbito de la política económica, está en principio excluido examinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de actos de adaptación nacionales desde el punto de vista de las disposiciones antes mencionadas de Derecho primario. Según la jurisprudencia a la que se ha aludido, teóricamente debería, en cambio, ser posible un control judicial con arreglo a las disposiciones del Tratado que desarrollan los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1. Aunque de la cuestión prejudicial no resulta explícitamente una correspondiente petición de interpretación de estas disposiciones del Tratado, el órgano jurisdiccional remitente se refiere en general, en su resolución de remisión, a los principios de economía de mercado abierta y de libre competencia. A este respecto, hay que recordar que incumbe al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el asunto que le ha sido sometido,

b) Apreciación jurídica con arreglo a las normas de concretización

i) Normas de competencia

94. Como reconoce el Tribunal de Justicia, las normas comunitarias de competencia están al servicio de la preservación de los principios de los artículos 2 CE y 3 CE y de la consecución de los fines allí enunciados.⁷⁰ El fin enunciado en el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), de establecer un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, se realiza mediante la aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE. Estas

68 — Así lo indica también Bandilla, R., citado en la nota 66, Vol. II, artículo 98 CE, apartado 2, p. 2. Cuando el artículo 4 CE, apartado 1, se refiere a la adopción de una política económica en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado, se remite al título VII, capítulo 1, de la tercera parte del Tratado, que contiene disposiciones más precisas sobre la política económica en los artículos 98 a 104. Como acertadamente señala Häde, U., en *Kommentar zu EUV/EGV* (C. Calliess/M. Ruffert, editores), 3ª ed., Múnich 2007, artículo 4, apartado 4, no es objeto de estas disposiciones una política económica según el modelo de, por ejemplo, la política comercial común o la política agrícola. En cambio, se trata sólo, en esencia, de una coordinación y vigilancia de la que básicamente sigue siendo la política económica autónoma de los Estados miembros, en particular en la perspectiva de la Unión monetaria, entre tanto realizada por quince Estados miembros.

69 — Véanse las sentencias SARPP (citada en la nota 42), apartado 8; *Verband Sozialer Wettbewerb, «Clinique»* (citada en la nota 42), apartado 7; *Consorzio per la tutela del formaggio Gorgonzola* (citada en la nota 42), apartado 16; *Trojani* (citada en la nota 42), apartado 38, y *Oulane* (citada en la nota 42), apartado 47.

70 — Véanse, en relación con el artículo 81 CE, las sentencias de 21 de febrero de 1973, *Continental Can/Comisión* (6/72, Rec. p. 215), apartado 25; de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055)*, apartado 36, y de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297)*, apartado 20.

disposiciones del Tratado constituyen una concretización de los fines enunciados en los artículos 2 CE y 3 CE⁷¹ y, por lo tanto, puede recurrirse a ellas como normas de referencia para controlar los actos de ejecución de los Estados miembros.

95. Queda excluida de entrada una aplicación al asunto principal de las normas de competencia vigentes en los Estados miembros en el ámbito de las ayudas estatales con arreglo a los artículos 87 CE y siguientes, ya que éstos no son objeto de la petición de decisión prejudicial. Tampoco cabe pensar en aplicar los artículos 81 CE y 82 CE, ya que éstos no van dirigidos a los Estados miembros sino a las empresas. Ambas disposiciones, por sí mismas, se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no tratan de medidas legales o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado, en reiterada jurisprudencia, que los artículos 81 CE y 82 CE, considerados en relación con el artículo 10 CE, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, incluso legales o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre competencia aplicables a las empresas.⁷² Tal es el caso, en virtud de esa jurisprudencia, cuando un Estado miembro, o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 81 CE o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la

responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.⁷³

96. Sin embargo, nada indica que estos requisitos se cumplieran en el asunto principal. Por consiguiente, las disposiciones controvertidas de los Estados miembros no parecen ser contrarias al artículo 81 CE en relación con el artículo 10 CE.

97. Lo mismo sucede con una aplicación eventual del artículo 82 CE en relación con el artículo 10 CE. Por una parte, el artículo 82 CE, letra a), establece la prohibición de la explotación abusiva de una posición dominante mediante la imposición de precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas. Por otra parte, el artículo 3, apartado 2, última frase, del Reglamento (CE) n° 1/2003⁷⁴ establece que lo dispuesto en dicho Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral. Por lo tanto, de

71 — Véanse las sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche (85/76, Rec. p. 461); de 9 de noviembre de 1983, Michelin (322/81, Rec. p. 3461), apartado 29, y de 24 de enero de 1991, Alsthom Atlantique (C-339/89, Rec. p. I-107), apartado 10.

72 — Sentencia de 28 de febrero de 1991, Marchandise (C-332/89, Rec. p. I-1027), apartado 22.

73 — Sentencias de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16; Marchandise (citada en la nota 70), apartado 22, y de 17 de noviembre de 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751), apartado 14.

74 — Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 2003, 1, p. 1).

las disposiciones del Derecho de competencia no se desprende nada que pudiera prohibir categóricamente injerencias de las autoridades en la autonomía de la voluntad por razones de protección del consumidor y para mantener el equilibrio económico entre prestación y contraprestación.

98. En consecuencia, no se descubre ningún indicio de incompatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con las normas de competencia.

ii) Libertades fundamentales

99. La existencia de una competencia no falseada en el mercado interior, establecida en el artículo 3 CE, apartado 1, letra g), como fin del Tratado, requiere por lo tanto intrínsecamente la realización más amplia posible de las libertades fundamentales.⁷⁵ Por consiguiente, procede examinar en lo sucesivo la compatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con las libertades fundamentales. Éstas se aplican en caso de armonización mínima cuando las normativas nacionales limitan la libre circulación en

el mercado interior por encima del nivel de protección mínima.⁷⁶

100. En el caso de autos, cabe pensar en una aplicación de las disposiciones de Derecho primario sobre libre prestación de servicios. Según reiterada jurisprudencia, el concepto de «restricción» en el sentido del artículo 49 CE se refiere a las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad.⁷⁷

101. Al examinar la cuestión de si dentro de este concepto entra una medida indistintamente aplicable, como una ampliación del control de contenido al objeto principal de un contrato o a la relación entre precio y servicio, es necesario atenerse a la perspectiva de un prestador de servicios establecido tanto en España como en otro Estado miembro, en el que rigen disposiciones menos estrictas, ya que con arreglo a la jurisprudencia pueden

75 — Según Tietje, C., en: *Das Recht der Europäischen Union* (E. Grabitz/M. Hilf, editores), Vol. II, artículo 95, apartado 18, p. 6, el concepto de mercado interior establece una presunción de libre circulación de mercancías, personas y capitales.

76 — En este sentido, Tassikas, A., *Dispositives Recht und Rechtswahlfreiheit als Ausnahmereiche der EG-Grundfreiheiten: ein Beitrag zur Privatautonomie, Vertragsgestaltung und Rechtsfindung im Vertragsverkehr des Binnenmarkts*, Fráncfort del Meno 2002, p. 189; Pfeiffer, T., citado en la nota 21, artículo 8, apartados 1, 20 y 21; Kapnopolou, E., citado en la nota 32, p. 163.

77 — Sentencias de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France (C-442/02, Rec. p. I-8961), apartado 11; de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz (C-452/04, Rec. p. I-9521), apartado 46; de 29 de noviembre de 2007, Comisión/Austria (C-393/05, Rec. p. I-10195), apartado 31; de 13 de diciembre de 2007, Comisión/Italia (C-465/05, Rec. p. I-11091), apartado 17; de 17 de julio de 2008, Comisión/Francia (C-389/05, Rec. p. I-5337), apartado 52, y de 28 de abril de 2009, Comisión/Italia (C-518/06, Rec. p. I-3491), apartado 63.

producirse diferentes consecuencias jurídicas en función de las circunstancias.

102. En efecto, según la jurisprudencia, una normativa de un Estado miembro no constituye una restricción en el sentido del Tratado CE por el mero hecho de que otros Estados miembros apliquen normas menos rigurosas o más interesantes desde el punto de vista económico a los prestadores de servicios similares establecidos en su territorio.⁷⁸ En consecuencia, los prestadores de servicios españoles no podrían alegar una vulneración de la libertad fundamental establecida en el artículo 49 CE por la mera razón de estar eventualmente sometidos a una legislación más estricta que los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros.

103. Sin embargo, como explica acertadamente la Comisión, esta situación es la consecuencia lógica de una armonización mínima. Además, conforme al duodécimo considerando de la Directiva 93/13, en el que se hace referencia al grado de armonización posible en ese momento y a la vez se subraya el derecho de los Estados miembros a adoptar disposiciones nacionales más estrictas, el legislador comunitario da claramente por supuesto que siguen existiendo diferentes normativas nacionales.

104. En cambio, el concepto de restricción comprende las medidas adoptadas por un Estado miembro que, aunque indistintamente aplicables, se refieran al acceso al mercado de empresas de otros Estados miembros y, por tanto, obstaculicen el comercio intracomunitario.⁷⁹ Según esta jurisprudencia, lo determinante es cuáles son las consecuencias de la normativa nacional discutida para los prestadores de servicios de otros Estados miembros.

105. En principio no puede excluirse que un control jurisdiccional completo del contenido de cláusulas contractuales, que exceda del marco establecido en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, pueda resultar disuasorio para prestadores de servicios de otros Estados miembros en los que no se efectúa un control de contenido de este tipo. En la medida en que con ello se les hiciera menos interesante el ejercicio de la libre circulación de servicios, podría considerarse que existe una restricción de la libre prestación de servicios de acuerdo con la definición mencionada. Tal restricción podría asimismo estar justificada por razones imperiosas de interés general, entre las que se encuentra la

78 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments* (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartado 27; de 12 de julio de 2005, *Schempp* (C-403/03, Rec. p. I-6421), apartado 45, y de 28 de abril de 2009, *Comisión/Italia* (citada en la nota 77), apartado 63.

79 — Sentencias *Alpine Investments* (citada en la nota 78), apartados 35 y 38, y *CaixaBank France* (citada en la nota 77), apartado 12.

protección de los consumidores,⁸⁰ siempre que también sea conforme con el principio de proporcionalidad.

nacionales de servicios y que, por lo tanto, tenga carácter discriminatorio.

106. No obstante, en la medida en que prestadores de servicios de otros Estados miembros celebren contratos con consumidores domiciliados en España y, en virtud de las normas de conflicto pertinentes,⁸¹ estén eventualmente sometidos a una legislación más estricta que en el Estado donde tengan su domicilio social, en absoluto puede verse en ello una situación contraria al Derecho comunitario. Como destacó en otra ocasión el Tribunal de Justicia, el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas.⁸²

108. En consecuencia, no procede declarar una vulneración de las libertades fundamentales.

c) Conclusión

107. Finalmente nada indica que la normativa española controvertida grave de manera más onerosa a los prestadores de servicios de otros Estados miembros que a los prestadores

109. En virtud de todo lo expuesto, llego a la conclusión de que no se descubre ningún indicio de incompatibilidad de las disposiciones nacionales controvertidas con las normas de competencia o con las libertades fundamentales.

80 — Según reiterada jurisprudencia, la protección de los consumidores puede justificar restricciones de la libre circulación de servicios. En este sentido, véanse, entre otras, las sentencias de 9 de julio de 1997, *De Agostini y TV-Shop* (C-34/95 a C-36/95, Rec. p. I-3843), apartado 53; de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli y otros* (C-243/01, Rec. p. I-13031), apartado 67; de 6 de marzo de 2007, *Placanica y otros* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), apartado 46; de 29 de noviembre de 2007, *Comisión/Alemania* (C-404/05, Rec. p. I-10239), apartado 50, y *Comisión/Austria* (citada en la nota 77), apartado 52.

81 — Véase el artículo 5 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (DO L 266, p. 1). Para los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009, véase el artículo 6 del Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, p. 6).

82 — Véanse las sentencias *Alpine Investments* (citada en la nota 78), apartado 51, y de 13 de julio de 2004, *Comisión/Francia* (C-262/02, Rec. p. I-6569), apartado 37.

110. En consecuencia, una interpretación de los artículos 8 y 4, apartado 2, de la Directiva que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, es compatible con los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1.

VII. Conclusión

111. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión planteada por el Tribunal Supremo del modo siguiente:

- «1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, puesto en relación con el artículo 8 de la misma Directiva, no se opone a una normativa nacional que establece un control del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a “la definición del objeto principal del contrato” o a “la adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarle como contrapartida, por otra”, aun cuando estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

- 2) Una interpretación de los artículos 8 y 4, apartado 2, de la Directiva que permita a un Estado miembro un control judicial del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por los consumidores y redactadas de manera clara y comprensible, que definan el objeto principal del contrato o la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, es compatible con los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g), y 4 CE, apartado 1.»