Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 29 de noviembre de 2011 [1]

Asunto C-453/10

Jana Pereničová
Vladislav Perenič
contra
S.O.S. financ, spol. sro

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Okresný súd Prešov (República de Eslovaquia)]

«Protección de los consumidores — Directiva 93/13/CEE — Artículos 4, apartado 1, y 6, apartado 1 — Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores — Directiva 2005/29/CE — Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores — Contrato de crédito al consumo que establece un tipo de interés usurario — Incidencia de las prácticas comerciales desleales y de las cláusulas abusivas en la validez global del contrato»

Índice

I. Introducción 3

II. Marco jurídico 4

A. Normativa de la Unión 4

1. Directiva 93/13 4

2. Directiva 87/102/CEE 5

3. Directiva 2005/29 6

B. Normativa nacional 6

III. Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales 7

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia 8

V. Alegaciones principales de las partes 8

1 — Lengua original: alemán.

A. Sobre la primera cuestión prejudicial 8

B. Sobre la segunda cuestión prejudicial 9

1. Indicación errónea de la tasa anual equivalente como práctica comercial desleal 9

2. Incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez del contrato 10

VI. Apreciación jurídica 11

A. Observaciones previas 11

B. Sobre la primera cuestión prejudicial 12

1. Nivel mínimo de protección previsto por el Derecho de la Unión 12

a) En principio, sólo nulidad de la cláusula contractual correspondiente 12

b) Excepcionalmente, nulidad global del contrato 13

2. Facultad normativa de los Estados miembros para aumentar el nivel de protección 17

C. Sobre la segunda cuestión prejudicial 18

1. Primera pregunta: Indicación errónea de la TAE como práctica comercial desleal 18

a) Sobre la Directiva 2005/29 18

b) Ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29 19

i) Existencia de una práctica comercial 19

ii) Importancia de la disposición delimitadora del artículo 3, apartado 2, de la Directiva . 19

iii) Conclusión provisional 21

c) Existencia de una práctica comercial desleal 21

i) Necesidad de una interpretación coherente del Derecho de protección de los consumidores 21

ii) Examen del carácter desleal de la práctica comercial 23

– Existencia de una acción engañosa en el sentido del artículo 5, apartado 4, letra a), en relación con el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29 23

– Declaración subsidiaria de incumplimiento de los requisitos de la diligencia profesional 25

d) Conclusión 26

2. Segunda pregunta: la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez del contrato 26

a) Relevancia de la Directiva 87/102 27

b) Relevancia de la Directiva 2005/29 27

c) Relevancia de la Directiva 93/13 27

i) Ámbito de aplicación de la Directiva 27

ii) Alcance de la apreciación del contenido 28

iii) Carácter abusivo de la cláusula contractual 29

d) Conclusión 30

3. Conclusiones generales 30

VII. Conclusión 31

I. Introducción

1. El presente asunto tiene su origen en una petición de decisión prejudicial del Okresný súd Prešov eslovaco (en lo sucesivo, «órgano jurisdiccional remitente») presentada con arreglo al artículo 267 TFUE, en la que éste planteó al Tribunal de Justicia una serie de cuestiones sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,[2] y sobre la Directiva 2005/29/CE, sobre las prácticas comerciales desleales en el mercado interior.[3]

2. La petición de decisión prejudicial se planteó en el marco de un recurso de los cónyuges Perenič (en lo sucesivo, «demandantes en el procedimiento principal») por el que solicitan que se declare la nulidad del contrato de crédito al consumo celebrado entre ellos y la sociedad SOS, s.r.o. (en lo sucesivo, «SOS»). Alegan que el contrato controvertido contiene numerosas cláusulas que les son desfavorables y que causan perjuicio a su condición de consumidores. En tales circunstancias, estas cláusulas deberían considerarse abusivas en el sentido de la Directiva 93/13 o expresión de prácticas comerciales desleales en el sentido de la Directiva 2005/29. De este hecho infieren que el contrato controvertido debe declararse nulo y consideran que, en interés de la protección del consumidor, no basta que se declare sólo la nulidad parcial, sino que debe establecerse la nulidad del contrato en su totalidad.

3. El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de desarrollar su jurisprudencia en materia de protección de consumidores y aclarar en particular cómo, en caso de existir cláusulas abusivas, puede aplicarse la no vinculación de dichas cláusulas establecida por el legislador de la Unión de manera que se tengan debidamente en cuenta los requisitos de la seguridad jurídica y de la protección de los consumidores. En este contexto, procederá examinar si ello depende de un eventual interés del consumidor en no seguir vinculado por el contrato o si, por el contrario, puede exigirse al consumidor el cumplimiento de un contrato parcialmente nulo en aras de la estabilidad de las relaciones jurídicas y de la autonomía contractual. Procederá además examinar cómo la protección

2 — Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DO L 95, p. 29).

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO L 149, p. 22).

que ambas Directivas garantizan al consumidor se aplica en una situación como la del procedimiento principal y si de la constatación de una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29 pueden eventualmente extraerse conclusiones para la valoración del carácter abusivo de una cláusula de un contrato con arreglo a las disposiciones de la Directiva 93/13.

II. Marco jurídico

A. *Normativa de la Unión*

1. Directiva 93/13

4. Según el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 93/13, el propósito de la misma es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

5. De acuerdo con el artículo 3 de la Directiva:

«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.

[…]

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 de la Directiva es del siguiente tenor:

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

2. 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 6, apartado 1, de la misma Directiva dispone:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

8. El artículo 8 de la Directiva 93/13 establece:

«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.»

9. El punto 1, letra g), del anexo a la Directiva 93/13 califica de abusivas las «cláusulas que tengan por objeto o por efecto autorizar al profesional a poner fin a un contrato de duración indefinida, sin notificación previa con antelación razonable, salvo por motivos graves».

2. Directiva 87/102/CEE

10. La Directiva 87/102/CEE [4] persigue la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Fue derogada por la Directiva 2008/48/CE, [5] que en entró en vigor el 11 de junio de 2008, con efectos a partir del 12 de mayo de 2010. Habida cuenta de que el contrato de crédito litigioso entre las partes del procedimiento principal se celebró el 12 de marzo de 2008, sólo la Directiva 87/102 es aplicable a dicho procedimiento.

11. El artículo 1 de la Directiva 87/102 dispone lo siguiente:

«1. La presente Directiva se aplicará a los contratos de crédito.

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[…]

e) “porcentaje anual de cargas financieras” [o tasa anual equivalente]: coste total del crédito al consumo, expresado en términos de un porcentaje anual sobre la cuantía del crédito concedido y calculado con arreglo a los métodos existentes en los Estados miembros.»

12. El artículo 4 de la Directiva es del siguiente tenor:

«1. Los contratos de crédito se harán por escrito. El consumidor recibirá una copia del contrato escrito.

2. El contrato escrito incluirá:

a) la indicación del porcentaje anual de cargas financieras;

b) la indicación de las condiciones en las que podrá modificarse el porcentaje anual de cargas financieras.

Cuando no sea posible indicar dicho porcentaje anual de cargas financieras, el consumidor recibirá la información pertinente en el contrato escrito. Esta información contendrá, como mínimo, la información prevista en el segundo guión del apartado 1 del artículo 6.»

13. El artículo 14 de la Directiva establece:

«1. Los Estados miembros garantizarán que los contratos de crédito no se sustraigan, en perjuicio del consumidor, a las disposiciones de la legislación nacional que apliquen o que correspondan a la presente Directiva.

4 — Directiva del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo (DO 1987, L 42, p. 48).

5 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102 (DO L 133, p. 66).

2. Los Estados miembros garantizarán además que las disposiciones que adopten para la aplicación de la presente Directiva no sean eludidas como consecuencia de la forma en que se otorguen los contratos, y en particular mediante el procedimiento de distribución de la cuantía del crédito entre varios contratos.»

3. Directiva 2005/29

14. El artículo 3 de la Directiva 2005/29 define el ámbito de aplicación de la Directiva de la siguiente manera:

«1. La presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores según establece el artículo 5, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto.

2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos.»

B. *Normativa nacional*

15. El Código Civil eslovaco contiene las siguientes disposiciones, por las que se rige el Derecho de los contratos con consumidores:

«Artículo 52

1. Se entenderá por "contrato con consumidores" todo contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, con independencia de su forma jurídica.

2. Las cláusulas de todo contrato con consumidores así como cualquier otra disposición que regule las relaciones jurídicas contraídas por un consumidor, se aplicarán en favor de éste. Los eventuales acuerdos, cuyo contenido y finalidad persigan eludir estas disposiciones, serán nulos.

[…]

4. Se entenderá por "consumidor" toda persona física que celebre un negocio jurídico por motivos que no puedan atribuirse a su actividad empresarial o profesional autónoma.

[…]

Artículo 53

1. Los contratos con consumidores no pueden incluir disposiciones que causen, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes contratantes (en lo sucesivo, "cláusula abusiva"). No puede considerarse abusiva una cláusula contractual que defina el objeto principal de un contrato o la adecuación del precio, si dicha cláusula está redactada de manera clara y comprensible, o si la cláusula abusiva ha sido negociada individualmente.

[…]

4. Se considerarán cláusulas abusivas aquellas disposiciones de los contratos con consumidores que:

k) impongan al consumidor que no cumple sus obligaciones, como penalización, el pago de una indemnización desproporcionadamente alta;

[…]

5. Las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados con consumidores carecerán de validez.»

16. La Ley nº 258/2001 sobre contratos de crédito al consumo en su versión modificada en último lugar establece lo siguiente:

«Artículo 4

Contratos de crédito al consumo

1. Para ser válido, un contrato de crédito al consumo deberá formalizarse por escrito, debiéndose entregar un ejemplar del contrato al consumidor.

2. Además de los elementos generales del contrato, el contrato de crédito al consumo incluirá:

[…]

j) la tasa anual equivalente así como los gastos totales del crédito, calculados con arreglo a los datos disponibles en la fecha de la celebración del contrato.

[…]

En la medida en que el contrato de crédito al consumo no incluya los elementos indicados en el apartado 2, letra [...] j), se considerará que el crédito concedido queda libre de intereses y gastos.»

17. El anexo 2 a la Ley nº 258/2001 establece el método de cálculo de la tasa anual equivalente.

III. Hechos, litigio principal y cuestiones prejudiciales

18. La sociedad SOS, institución no bancaria, concede créditos a consumidores en virtud de contratos de adhesión estándar.

19. El 12 de marzo de 2008 SOS concedió a los demandantes en el procedimiento principal un crédito de 150.000 SKK (4.979 euros), que debían reembolsar en 32 mensualidades de un importe de 6.000 SKK (199 euros). La trigésimo tercera y última mensualidad debía ser igual al propio importe del crédito, es decir, 150.000 SKK (4.979 euros). Los cónyuges Perenič debían reembolsar 342.000 SKL (11.352 euros). SOS había indicado una tasa anual equivalente (TAE) de 48,63 %. Sin embargo, según los cálculos del órgano jurisdiccional remitente, la TAE sobre el crédito asciende al 58,76 %. SOS no incluyó en el cálculo del coste total del crédito un importe adicional por la concesión del crédito de 2.500 SKL (83 euros).

20. El contrato contiene una serie de cláusulas que, a juicio de los demandantes, les son desfavorables. Su contenido concreto está reproducido en la resolución de remisión. A los efectos del presente procedimiento bastará remitirse a dicho documento.

21. De la resolución de remisión se desprende que los demandantes del procedimiento principal incurrieron en retraso en el pago de las mensualidades, lo que tuvo por consecuencia que la sociedad SOS les facturase una sanción contractual que ascendía a 209 euros. El 23 de diciembre de 2009 interpusieron un recurso ante el órgano jurisdiccional remitente por el que solicitaban que se declarase la nulidad del contrato de crédito.

22. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas de si el contrato litigioso contiene una cláusula abusiva con arreglo a la Directiva 93/13 y de las consecuencias que ello pueda tener para la validez del contrato. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta en particular en qué medida han de satisfacerse los intereses de la protección de los consumidores, por ejemplo mediante una declaración de nulidad del contrato en su conjunto, y si a esta pretensión se oponen eventualmente las disposiciones de la Directiva 2005/29. A juicio del órgano jurisdiccional remitente ello requiere una interpretación del Derecho de la Unión. Por tal razón, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Si se detectan cláusulas contractuales abusivas en el sentido del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, permite el ámbito de la protección de los consumidores considerar que el contrato en su conjunto no vincula al consumidor, si ello le resulta más favorable?

2) ¿Permiten considerar los criterios que configuran una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, que, cuando el operador menciona en el contrato una tasa anual equivalente (TAE) inferior a la real, este comportamiento del operador frente al consumidor constituye una práctica comercial desleal? En caso de que se detecte una práctica comercial desleal, ¿cabe admitir con arreglo a la Directiva 2005/29 que esta circunstancia influye en la validez del contrato de crédito y en la consecución de la finalidad de los artículos 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, cuando la nulidad del contrato sea más favorable para el consumidor?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

23. La resolución de remisión con fecha de 31 de agosto de 2010 fue registrada en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 16 de septiembre de 2010.

24. Los demandantes en el procedimiento principal, los Gobiernos eslovaco, alemán, austriaco y español, así como la Comisión Europea, presentaron observaciones escritas dentro del plazo señalado en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

25. Los representantes de los demandantes en el procedimiento principal, del Gobierno eslovaco y de la Comisión comparecieron en la vista de 15 de septiembre de 2001 para presentar observaciones orales.

V. Alegaciones principales de las partes

A. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

26. Los *demandantes del procedimiento principal* alegan que el artículo 6 de la Directiva 93/13, que establece que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor, debe interpretarse en el sentido de que el contrato que incluya tales cláusulas, debe declararse nulo en su totalidad, cuando ello sea más favorable para el consumidor y éste alegue la invalidez del contrato.

27. El *Gobierno alemán* alega que el artículo 6 de la Directiva 93/13 establece el principio de que un contrato que incluya cláusulas abusivas debe conservar su validez. Sólo excepcionalmente podrá declararse nulo un contrato en su totalidad, en concreto, cuando no pueda subsistir sin las correspondientes cláusulas. Asimismo la Directiva 93/13 prevé una armonización mínima de los ordenamientos jurídicos nacionales en el ámbito de las cláusulas abusivas, de manera que los Estados miembros son libres de establecer la plena nulidad de los contratos que incluyan cláusulas abusivas, en la medida en que sea más favorable para los consumidores.

28. El *Gobierno español* señala que el objetivo perseguido con la Directiva 93/13 consiste no tanto en salvaguardar la autonomía privada de las partes contratantes como en garantizar la protección del consumidor ante un empresario. Habida cuenta del objetivo de la protección de los consumidores, puede privarse a un contrato de sus plenos efectos respecto del consumidor cuando este contrato, una vez suprimidas las cláusulas abusivas, también dé lugar a un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

29. El *Gobierno eslovaco* alega, remitiéndose a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que corresponde al órgano jurisdiccional nacional examinar si el contrato controvertido puede subsistir sin la cláusula abusiva. El órgano jurisdiccional nacional está obligado a extraer del Derecho nacional todas las consecuencias que se deriven de tal situación para garantizar que el consumidor no esté vinculado por la cláusula abusiva.

30. La *Comisión* recuerda que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales aplicar los criterios generales establecidos en la Directiva 93/13 para apreciar el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual. En la medida en que no es posible prever qué cláusula contractual se calificará concretamente de abusiva tampoco es posible determinar en qué medida tal apreciación va a conducir a una declaración de invalidez del contrato de crédito.

31. En relación con aquellas situaciones en las que el contrato, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no vincule a las partes, la Comisión indica que tal es el caso cuando, sin la cláusula abusiva, resulte objetivamente imposible seguir aplicando el contrato. La afirmación de una de las partes contratantes de que en caso de faltar tal cláusula no se hubiera prestado consentimiento a la celebración del contrato, no es por sí sola un motivo para declarar la invalidez del contrato en su conjunto. Ahora bien, el Derecho nacional puede establecer que el contrato que contenga cláusulas abusivas no vincula en su totalidad al consumidor, ya que la Directiva 93/13 sólo realiza una armonización mínima de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y autoriza de este modo a los Estados miembros a garantizar un mayor nivel de protección a los consumidores.

B. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

1. Indicación errónea de la tasa anual equivalente como práctica comercial desleal

32. Tanto el *Gobierno alemán* como *español* consideran que la indicación de una TAE inferior a la real constituye una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29.

33. A pesar de que la Directiva 87/102 establece la obligación de indicar la TAE, dicho acto jurídico no determina qué consecuencias se derivan de una indicación errónea de ese tipo de interés. Además, de la remisión del anexo II de la Directiva 2005/29 al artículo 3 de la Directiva 87/102 cabe inferir que la indicación de la TAE es un dato esencial en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29. Por consiguiente, la omisión de tal dato constituye un engaño por omisión prohibido por el artículo 7 de la Directiva 2005/29.

34. La *Comisión* y el *Gobierno austriaco* señalan que la indicación errónea de la TAE podría calificarse de práctica comercial desleal, mientras que el segundo subraya que se trata de una práctica prohibida por el artículo 6 de la Directiva 2005/29. Esta apreciación corresponde no obstante al órgano jurisdiccional nacional que, según la Comisión, debe en particular examinar en qué medida la práctica controvertida puede influir en la conducta económica del consumidor medio.

35. A juicio del *Gobierno eslovaco*, la remisión a la Directiva 2005/29 es irrelevante para el presente asunto. Por lo que respecta a la aplicabilidad de esta Directiva, de la resolución de remisión no se desprende que en el asunto principal se trate de una estrategia comercial de un empresario con la finalidad de vender productos. En cualquier caso, la indicación de una TAE no puede calificarse de práctica comercial.

2. Incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez del contrato

36. Los *demandantes en el procedimiento principal* consideran que la Directiva 2005/29, que tiene por finalidad la protección del consumidor frente a prácticas comerciales desleales, no puede aplicarse aisladamente del mecanismo de protección de la Directiva 93/13. Por consiguiente, debe interpretarse en el sentido de que cuando una práctica comercial cause un perjuicio al consumidor, esta circunstancia también ha de ser tenida en cuenta en la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, y concretamente como circunstancia relevante para la valoración del carácter abusivo de una cláusula contractual. Esta circunstancia debe por tanto incidir en la validez de un contrato.

37. El *Gobierno alemán* defiende en cambio la opinión de que, a falta de remisiones recíprocas en las Directivas de que se trata, la constatación de una práctica comercial desleal no influye directamente en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual. Tampoco debería influir en la cuestión de la validez de un contrato que contenga cláusulas abusivas, ya que la Directiva 2005/29 se entenderá sin perjuicio de las normas relativas a la validez de los contratos, tal como se desprende del artículo 3, apartado 2, de dicha Directiva. Asimismo, la constatación de una práctica comercial desleal puede considerarse una circunstancia que concurre en su celebración en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13.

38. A juicio del *Gobierno español*, la existencia de una práctica comercial desleal como la indicación errónea de la TAE tiene, con arreglo a los artículos 4, apartado 1, y 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, consecuencias para la validez de un contrato de crédito al consumo en su conjunto, siempre que sea más favorable al consumidor.

39. El *Gobierno austriaco* alega que la Directiva 2005/29 excluye que prácticas comerciales desleales puedan tener consecuencias para la validez de un contrato de crédito al consumo. A la luz del artículo 13 de dicha Directiva, el efecto de la nulidad del correspondiente contrato resulta desproporcionado. Además, de su artículo 3, apartado 2, según el cual esta Directiva se entenderá sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos, no puede derivarse que la constatación de una práctica comercial desleal tenga consecuencias para la validez del contrato.

40. El *Gobierno eslovaco* deduce del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2005/29 que la cuestión de la indicación errónea de la TAE debe examinarse a la luz de las Directivas 87/102 y 93/13. En referencia al auto Pohotovosť,[6] señala que la indicación errónea de la TAE puede constituir una circunstancia que el órgano jurisdiccional nacional pueda tener en cuenta al apreciar la cuestión de si una cláusula contractual está redactada de manera clara y comprensible en el sentido del artículo 4 de la Directiva 93/13. Por consiguiente, tal apreciación puede conducir a afirmar el carácter abusivo de una cláusula, aunque se refiera al objeto principal del contrato.

6 — Auto de 16 de noviembre de 2010 (C-76/10, Rec. p. I-11557).

41. La *Comisión* indica que la Directiva 2005/29, conforme a su artículo 3, apartado 2, excluye la cuestión de la validez de un contrato, mientras realiza simultáneamente una armonización completa de la normativa relativa a las prácticas comerciales desleales. En consecuencia, una normativa nacional que sancione una infracción eventual de dicha Directiva con la nulidad del contrato de crédito al consumo en su conjunto no es compatible con el Derecho de la Unión. No obstante, dado que la Directiva 87/102 no establece ninguna sanción en concreto en un supuesto de indicación errónea de la TAE y además sólo realiza una armonización mínima de las normativas nacionales en el ámbito de los contratos de crédito, corresponde a cada Estado adoptar las disposiciones apropiadas. Al ejercer esta competencia normativa, los Estados miembros están obligados a respetar los principios de equivalencia y de efectividad.

VI. Apreciación jurídica

A. *Observaciones previas*

42. Las cuestiones prejudiciales se refieren a diversos aspectos relativos al sistema de protección creado por el legislador de la Unión para proteger al consumidor de la utilización de cláusulas abusivas en las relaciones comerciales con profesionales. Para situar dichos aspectos en el contexto material adecuado, me parece oportuno, antes de analizarlos, presentar brevemente los elementos esenciales de este sistema de protección, tal como fue establecido inicialmente por el legislador de la Unión y como ha resultado configurado de manera duradera por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

43. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 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. [7] Habida cuenta de esa situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vinculan a los consumidores. Como se desprende de la jurisprudencia, se trata de una disposición imperativa que trata de reemplazar el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes del contrato por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. [8]

44. Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. [9] A la luz de estos principios, el Tribunal de Justicia ha declarado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual. [10] La facultad del juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye, según el Tribunal de Justicia, «un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva 93/13, a saber, 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 con consumidores por un profesional». [11] El Tribunal de Justicia ha considerado además esta facultad del juez necesaria para «garantizar al consumidor una protección efectiva, habida cuenta en particular del riesgo no desdeñable de que éste ignore sus derechos o encuentre dificultades para ejercitarlos». [12]

7 — 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.

8 — Véanse las sentencias Mostaza Claro (citada en la nota 7 *supra*), apartado 36, y de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, Rec. p. I-4713), apartado 25.

9 — Véanse las sentencias Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (citada en la nota 7 *supra*), apartado 27, y Mostaza Claro (citada en la nota 7 *supra*), apartado 26, así como de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, Rec. I-9579), apartado 31.

10 — Sentencia Asturcom Telecomunicaciones (citada en la nota 9 *supra*), apartado 32.

11 — Sentencias de 21 de noviembre de 2002, Cofidis (C-473/00, Rec. p. I-10875), apartado 32, y Mostaza Claro (citada en la nota 7 *supra*), apartado 27.

12 — Sentencias Cofidis (citada en la nota 11 *supra*), apartado 33, y Mostaza Claro (citada en la nota 7 *supra*), apartado 28.

45. Las cuestiones que plantea el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial, si bien tienen relación con el sistema de protección que en sus rasgos esenciales se acaba de describir, se refieren a distintos aspectos jurídicos. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita en primer lugar información sobre el alcance de la protección que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 confiere al consumidor. En último término, desea saber si esta disposición de la Directiva permite a los Estados miembros, en caso de cláusula abusiva, establecer en sus ordenamientos jurídicos nacionales el efecto jurídico de la nulidad de todo el contrato en el supuesto de ser éste más favorable para el consumidor que la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva. La respuesta a esta pregunta requerirá examinar la problemática de la nulidad parcial de los contratos con consumidores así como de los requisitos para su subsistencia. La segunda cuestión concierne, por su parte, a una temática algo distinta, a saber, la acción combinada de aquellos instrumentos jurídicos con los que el legislador de la Unión quiere garantizar la protección del consumidor en sus relaciones con determinadas prácticas comerciales que deban calificarse de desleales. A este respecto, se trata principalmente de las Directivas 93/13 y 2005/29, a las que se refiere expresamente el órgano jurisdiccional remitente. Habida cuenta de que esta cuestión prejudicial se ha planteado en el contexto particular de la celebración de un contrato de crédito al consumo, al examinar la cuestión también deberán tenerse en cuenta, de forma adicional, los requisitos de la Directiva 87/102.

46. En consideración a la variedad temática del planteamiento de las preguntas, deberán tratarse a continuación ambas cuestiones prejudiciales por separado y en el orden indicado.

B. *Sobre la primera cuestión prejudicial*

47. Para poder responder a la primera cuestión prejudicial, debe primero dilucidarse a qué disposiciones afecta concretamente la Directiva 93/13 por lo que respecta a una eventual subsistencia de los contratos en caso de existir cláusulas abusivas. Ello requiere una interpretación de sus disposiciones pertinentes teniendo en cuenta el objetivo del legislador expresado en los considerandos.

1. Nivel mínimo de protección previsto por el Derecho de la Unión

48. Habida cuenta de que la Directiva 93/13, por un lado, sólo establece normas mínimas y, por otro, permite ocasionalmente normativas divergentes a nivel del Estado miembro, a fin de averiguar el ámbito de protección preestablecido por el Derecho de la Unión se requiere aclarar, en primer lugar, la cuestión de qué medidas deberán adoptar los Estados miembros con arreglo a la Directiva 93/13 para proteger a los consumidores. En la interpretación deberán por lo tanto determinarse primero los requisitos jurídicos imperativos que el legislador ha impuesto a los Estados miembros en la Directiva y que, en definitiva, constituyen el nivel mínimo de protección exigido por el Derecho de la Unión. Estos requisitos han de delimitarse frente a aquellas disposiciones que confieren una facultad normativa a los Estados miembros en la configuración de sus ordenamientos jurídicos.

a) En principio, sólo nulidad de la cláusula contractual correspondiente

49. El punto de partida de la interpretación lo constituye la disposición central del artículo 6, apartado 1, primera mitad de la frase, de la Directiva 93/13, ya que establece los efectos jurídicos que según la voluntad del legislador deben producirse cuando se utilicen cláusulas abusivas. Según dicha disposición, los Estados miembros establecerán en sus Derechos nacionales que «no vincularán al consumidor» las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional. Del propio tenor de esta disposición se desprende que el efecto jurídico de la nulidad establecido por el legislador sólo se aplica a favor del consumidor, mientras que la cláusula contractual considerada abusiva no pierde para el profesional su carácter vinculante.

50. Esta disposición viene completada por otra, establecida en el artículo 6, apartado 1, segunda mitad de la frase, que en cierto modo contiene una precisión de la primera. Según esta segunda, los Estados miembros dispondrán que «el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas». Según esta disposición, la consecuencia normal de la estipulación de una cláusula abusiva en un contrato es la nulidad sólo de dicha cláusula y la conservación del resto del acuerdo, que, una vez eliminado el desequilibrio en perjuicio del consumidor, sigue vinculando a las partes. Esto se corresponde también con la interpretación que ya defendió el Abogado General Tizzano en sus conclusiones en el asunto Ynos. [13] Como expuso de modo convincente, esta disposición debe entenderse en el contexto de su finalidad legal. Tiene efectivamente por objeto mejorar la posición contractual del consumidor al impedir que quede vinculado por una cláusula abusiva. En cambio, la cláusula no ha de proteger al profesional, para quien la supresión de una o de varias cláusulas resultaría probablemente menos ventajosa y, en consecuencia, podría tener todo interés en liberarse de las obligaciones del contrato. [14] El artículo 6, apartado 1, por lo que respecta a su función protectora, se convertiría en su opuesto si la invalidez de una o de varias cláusulas tuviera como consecuencia, siempre y con independencia de otros factores, la nulidad del contrato en su conjunto.

51. Por consiguiente, lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, puede entenderse en el sentido de que los Estados miembros, en caso de cláusula abusiva, no están en principio obligados a establecer la nulidad de todo el contrato. Para el consumidor, por el contrario, el efecto de nulidad puede en principio limitarse a la correspondiente cláusula, mientras que el contrato en cuanto tal seguirá subsistiendo. [15]

b) Excepcionalmente, nulidad global del contrato

52. No obstante, la consecuencia jurídica de la subsistencia del contrato, como se desprende claramente de la oración condicional («si») contenida en el artículo 6, apartado 1, segunda mitad de la frase, de la Directiva, no se aplica sin excepción. El contrato debe seguir siendo aplicable para ambas partes sin la cláusula abusiva, siempre que sea posible. Esto significa *a sensu contrario* que no existe vinculación al contrato en los casos en los que éste no pueda subsistir sin las cláusulas abusivas.

53. Esta conclusión conduce a la siguiente cuestión de en función de qué criterios debe valorarse si un contrato, con arreglo a esta disposición, «puede subsistir» sin la cláusula abusiva. La solución a esta cuestión resulta precisamente importante en una situación en la que el órgano jurisdiccional remitente solicita información sobre el valor correspondiente al interés efectivo o presunto del consumidor en una desvinculación del contrato.

54. Como acertadamente han explicado varias partes procesales, teóricamente procede efectuar una valoración en función de criterios subjetivos o bien de criterios objetivos. En una valoración en función de criterios subjetivos, que depende del interés efectivo o presunto del consumidor como parte contratante, corresponde al juez nacional probar en el caso concreto si una nulidad total del contrato sería más favorable para el consumidor. No obstante, también cabría pensar en una valoración en función de criterios objetivos en la que pudiera por ejemplo invocarse como criterio determinante la aplicabilidad del contrato a pesar de la nulidad de algunas cláusulas abusivas.

13 — Véanse las conclusiones del Abogado General Tizzano de 22 de septiembre de 2005 (sentencia de 10 de enero de 2006, C-302/04, Rec. p. I-371).

14 — *Ibidem* punto 80.

15 — En este sentido, Pfeiffer, T., en *Das Recht der Europäischen Union* (editado por E. Grabitz/M. Hilf), tomo IV, A5, artículo 6, apartado 10, p. 3, que deduce del tenor del artículo 6, apartado 1, segunda mitad de frase, de la Directiva que los efectos jurídicos del carácter abusivo de una cláusula (en función del Derecho nacional, inexistencia, nulidad absoluta o relativa o carácter no vinculante de la cláusula) deberían circunscribirse por regla general a las cláusulas abusivas, lo que a la vez significa que el contrato sigue siendo válido en lo demás.

55. Con su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente determina en principio el objeto del examen jurídico que ha de efectuarse. A este respecto, debe señalarse que sólo es objeto de la cuestión prejudicial la eventual relevancia de criterios subjetivos —concretamente, el eventual carácter favorable del contrato para el consumidor— a la hora de valorar una eventual subsistencia del contrato. De tal manera, el examen que debe efectuar el Tribunal de Justicia podría en principio circunscribirse a este aspecto, sin que fuera imperativamente necesario ampliar el objeto del examen y abordar la posible relevancia de otros criterios. Por consiguiente, voy a examinar en primer lugar si los Estados miembros están obligados por la Directiva 93/13 a establecer en sus Derechos nacionales que, ante la cuestión de una eventual subsistencia de un contrato parcialmente nulo, debe tenerse en cuenta el valor del interés efectivo o presunto del consumidor en seguir vinculado por ese preciso contrato.

56. En mi opinión, dicha cuestión merece claramente una respuesta negativa. Argumentos de peso redundan en contra de una interpretación según la cual la valoración de la cuestión de si un contrato, conforme al artículo 6, apartado 1, segunda mitad de la frase, puede subsistir sin la cláusula abusiva, debe efectuarse en función de criterios subjetivos.

57. Cabe mencionar el propio tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como argumento en contra de tal interpretación.

58. La Directiva no contiene en efecto una indicación literal de que haya de producirse la nulidad de todo el contrato en caso de que sea más favorable para el consumidor. La manera en que está redactada esta disposición conduce más bien a la conclusión de que el legislador procuró establecer la nulidad del contrato en su conjunto sólo en determinados casos excepcionales. Ello se deriva del hecho de que sólo indica esta consecuencia jurídica en una oración subordinada y de que la restringe únicamente a supuestos claramente determinables. Una comparación de las distintas versiones lingüísticas de esta disposición de la Directiva sustenta la interpretación que aquí se defiende, de que la subsistencia del contrato debe ser la regla y no puede depender de una situación probablemente más favorable para el consumidor.

59. Esta interpretación se ve confirmada por el considerando 22 de la Directiva 93/13 que a este respecto está formulado de manera aún más clara que la propia disposición. De él se desprende que, sin perjuicio del carácter no vinculante de las cláusulas abusivas aisladas establecido en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva, «el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia». Esta formulación indica la posibilidad objetiva de una subsistencia del contrato controvertido. En cualquier caso, la decisión de si el contrato puede subsistir no se deja solamente a una de las partes contratantes sino que, por lo que parece, se somete a una valoración objetiva que debe efectuar una parte neutral. El legislador no establece en ningún lugar que la circunstancia de que la no vinculación al contrato sea más favorable para el consumidor haya de ser un criterio determinante. Si el legislador hubiera concedido importancia a este aspecto, habría podido incluir en la disposición un criterio subjetivo como por ejemplo si es razonable para el consumidor seguir vinculado por un contrato parcialmente inválido. El hecho de que se haya renunciado a ello ha de entenderse como un indicio de una decisión deliberada en contra de una disposición en ese sentido.

60. En consecuencia, no se desprende ni del tenor ni del sistema de la Directiva 93/13 que la valoración de si el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva en el sentido del artículo 6, apartado 1, deba depender de la posición del consumidor y de una situación que para él sea probablemente más favorable mediante una disolución del contrato.

61. Se llega a la misma conclusión cuando en la interpretación se tiene en cuenta la finalidad de la Directiva 93/13.

62. Como ya se ha explicado en la introducción a las presentes conclusiones, el sistema de protección creado por la Directiva 93/13 se basa en la suposición de que el consumidor, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, es la parte contratante débil, situación que le lleva por lo general a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. El eventual desequilibrio que pueda surgir entre los derechos y obligaciones de las partes, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva, ha de contrarrestarse, por voluntad del legislador de la Unión, declarando no vinculantes para el consumidor las cláusulas consideradas abusivas con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13. El Tribunal de Justicia ha entendido acertadamente esta disposición como una disposición imperativa que aspira al resultado de reemplazar el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas.

63. Como se deduce de su sexto considerando, la Directiva 93/13 pretende a este efecto «eliminar las cláusulas abusivas de esos contratos». No obstante, como ya se ha observado, no persigue declarar la nulidad global de los contratos por una cláusula abusiva incluida en éstos. La finalidad perseguida por el legislador consiste exclusivamente en el restablecimiento del equilibrio, pero no en la supresión del contrato en su conjunto. Mediante la declaración de nulidad global de los contratos en función del interés del consumidor, no se restablecería la igualdad entre las partes contratantes. Mediante la intervención correctora para restablecer el equilibrio del contrato celebrado en ejercicio de la autonomía contractual de ambas partes, el contrato debe precisamente ser saneado y de ninguna manera eliminado.

64. Además, el fundamento para una actividad comercial individualmente responsable de los agentes económicos quedaría destruido. La autonomía contractual sería víctima de un régimen jurídico que estableciera de manera categórica y sin excepciones la nulidad global de los contratos cuando fuera provechosa para sólo una de las partes del contrato. El consumidor favorecido unilateralmente se vería en efecto liberado de la responsabilidad de, antes de asumir una obligación contractual, sopesar detenidamente las ventajas e inconvenientes, y de actuar razonablemente de manera acorde. El enfoque seguido por el legislador tiene en tal medida debidamente en cuenta este principio, el cual goza de un valor elevado dentro del ordenamiento jurídico de la Unión, [16] que se limita a lo necesario para restablecer la igualdad entre las partes contratantes, mientras que en lo demás establece la vinculación de las partes contratantes a acuerdos existentes contraídos libremente.

65. La situación jurídica, por lo tanto, se vería configurada de una manera completamente distinta si la apreciación de la cuestión de si un contrato que contiene cláusulas abusivas puede subsistir dependiera exclusivamente de cuál sea en cada caso la situación más favorable para el consumidor. Existiría efectivamente el riesgo de que la relación entre el consumidor y el profesional se encontrara de nuevo en desequilibrio y esta vez, precisamente, únicamente en favor del consumidor. Si bien es cierto que se eliminaría el desnivel en derechos y obligaciones contractuales en favor del profesional, lo que correspondería a los objetivos de la Directiva, no se garantizaría el equilibrio perseguido por el legislador. Éste era consciente de los inconvenientes que, para el consumidor, se derivan del equilibrio. No obstante, no puede presumirse que quisiera procurar al consumidor una posición jurídica que supere la posición que normalmente ocupan dos partes contratantes de igual rango en las relaciones comerciales. En puridad tampoco existe un motivo materialmente justificable para liberar al consumidor de las obligaciones que le impone un contrato con una contraparte de igual rango siempre que haya asumido estas obligaciones libremente y con conocimiento de su alcance.

16 — En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia se ha referido con frecuencia al principio de la autonomía privada en sus respectivas manifestaciones. Véanse las sentencias de 9 de marzo de 2006, Werhof (C-499/04, Rec. p. I-2397), apartado 23; de 5 de octubre de 1999, España/Comisión (C-240/97, Rec. p. I-6571), apartado 99; de 30 de abril de 1998, Bellone/Yokohama (C-215/97, Rec. I-2191), apartado 14, y de 10 de julio de 1991, Neu y otros (C-90/90 y 91/90, Rec. p. I-3617), apartado 13.

66. Este planteamiento también coincide con el del Abogado General Tizzano, expresado en sus conclusiones en el asunto Ynos, antes citadas. En ellas explicó que la regla contenida en la Directiva 93/13, según la cual un contrato ha de subsistir a pesar de que exista una cláusula abusiva, sólo puede exceptuarse cuando el propio contrato objetivamente no pueda subsistir sin la cláusula abusiva, pero no, en cambio, cuando según una apreciación *a posteriori*, resulta que una de las partes no habría celebrado el acuerdo sin ella. [17]

67. Las alegaciones que se han formulado en relación con la necesidad de respetar el principio de la autonomía contractual y el equilibrio de las relaciones contractuales entre profesionales y consumidores deben finalmente apreciarse a la luz de otra finalidad de la Directiva. Ha de recordarse que la Directiva 93/13, conforme a su primer considerando, se adoptó para establecer progresivamente el mercado interior. [18] Como se desprende de sus considerandos segundo y tercero, la Directiva tiene por objetivo eliminar las diferencias considerables que presentan las legislaciones de los Estados miembros que regulan las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores. Junto a una mejor protección del consumidor, el legislador perseguía, según el séptimo considerando, estimular la actividad comercial en el ámbito de aplicación de la Directiva («los vendedores de bienes y prestadores de servicios se verán así ayudados en sus actividades de venta de bienes y prestación de servicios»). No obstante, una actividad comercial sólo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica a los agentes económicos. Ésta incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no sólo no fomentar dicha confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a celebrar acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13 también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales.

68. De las anteriores consideraciones se sigue que la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. [19] Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. [20] Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la *finalidad* o la *naturaleza jurídica* del contrato ya no sean las mismas. El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición.

17 — Conclusiones Ynos (citadas en la nota 13 *supra*), punto 79.

18 — En este contexto ha de tenerse en cuenta que, junto a la finalidad del mercado común, el legislador de la Unión también ha exigido simultáneamente el principio de la autonomía privada que se manifiesta en la ya mencionada libertad contractual. Autonomía privada, economía de mercado y competencia se condicionan las unas a las otras (véase Riesenhuber, K., *Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts*, Tübingen 2007, p. 13 y s.). La autonomía privada presupone la existencia de un mercado y conduce a la competencia; la protección de la competencia frente a falseamientos asegura la existencia del mercado y por tanto la libertad de elección de los interesados. El principio de la libre configuración de las relaciones jurídicas por el particular conforme a su voluntad es el núcleo común de las libertades fundamentales, que extienden la posibilidad de los actos de autonomía privada más allá de las fronteras de los Estados miembros.

19 — Kapnopoulou, E., en *Das Recht der missbräuchlichen Klausel in der Europäischen Union*, Tübingen 1997, p. 152, no ve en cualquier caso ninguna posibilidad de aplicación ulterior del contrato cuando las lagunas que tal contrato presente tras constatarse el carácter abusivo de alguna cláusula resultasen ser demasiado extensas.

20 — Un requisito para la conservación del contrato es que éste pueda subsistir, según la versión alemana, «auf derselben Grundlage» [sobre la misma base]. Con esta formulación poco clara se hace referencia a una subsistencia en lo demás en las mismas condiciones. Ello se desprende de una comparación con otras versiones lingüísticas que mencionan unánimemente las condiciones del contrato (francés: «selon les mêmes termes»; inglés: «upon these terms»; italiano: «secondo i medesimi termini»; español: «en los mismos términos»). Este requisito se cumple si el contrato por su finalidad y su naturaleza jurídica también puede subsistir sin las cláusulas abusivas (véase Pfeiffer, T., citado en la nota 15 *supra*, apartado 11, p. 3).

69. A éste le corresponde un papel especial al apreciar la cuestión de si un contrato puede subsistir a pesar de la existencia de una cláusula abusiva,[21] no sólo por su conocimiento del Derecho nacional sino también de las condiciones generales efectivas del asunto que debe dirimirse. En este contexto se citará únicamente la sentencia Freiburger Kommunalbauten,[22] en la que el Tribunal de Justicia señaló que el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual, conforme al artículo 4 de la Directiva 93/13 «debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración».[23] En esa sentencia el Tribunal de Justicia señaló en particular la necesidad de considerar la cláusula contractual controvertida en el contexto general del Derecho nacional pertinente. Llegó en efecto a la conclusión de que en el examen que procede efectuar «deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional».[24] Debe retenerse que a veces el Derecho nacional también adquiere importancia por lo que respecta a la cuestión de si un contrato, a pesar ser parcialmente nulo, puede subsistir.[25]

70. Procede declarar en resumen que los Estados miembros no están obligados por el Derecho de la Unión a establecer en sus disposiciones nacionales, en caso de comprobarse la presencia de cláusulas abusivas en un contrato con consumidores, que el contrato no vinculará en su conjunto al consumidor si ello es más favorable para éste. Por consiguiente, el nivel de protección no quedará por debajo del establecido en la Directiva 93/13 cuando el Derecho de los Estados miembros, en la valoración de la eficacia de un contrato, no conceda ninguna importancia a la voluntad efectiva o presunta del consumidor de no seguir vinculado por tal contrato.

2. Facultad normativa de los Estados miembros para aumentar el nivel de protección

71. En todo caso procede recordar que la Directiva 93/13, como se desprende claramente de su duodécimo considerando, sólo efectúa una armonización parcial y mínima de las legislaciones nacionales por lo que respecta a las cláusulas abusivas.[26] Una expresión normativa esencial del enfoque de armonización mínima, en el que se basa esta Directiva, es la autorización del artículo 8, que prevé expresamente la facultad de los Estados miembros para 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. 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 ésta. Como ya expliqué en mis conclusiones en el asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citado, este enfoque de armonización mínima atribuye a los Estados miembros una facultad normativa considerable,[27] que sólo se ve restringida por los límites generales del Derecho de la Unión, sobre todo el Derecho primario.[28]

21 — Véase el auto Pohotovosť (citado en la nota 6 *supra*), apartado 61.

22 — Sentencia de 1 de abril de 2004 (C-237/02, Rec. p. I-3403).

23 — *Ibidem*, apartado 21.

24 — *Ibidem*. Las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual pueden variar de un ordenamiento jurídico a otro. En particular por esta razón, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, establece de manera neutral que las cláusulas abusivas «no vincularán» al consumidor. Esta disposición se limita a prescribir un determinado resultado cuya consecución deben garantizar los Estados miembros al transponer la Directiva, sin determinar no obstante concretamente si la correspondiente cláusula debe declararse inválida o ineficaz. Esto se deja por el contrario al Derecho nacional que regula el efecto jurídico concreto. La utilización de conceptos neutros por el legislador de la Unión se basa en definitiva en el reconocimiento de la variedad de regímenes y tradiciones de Derecho civil dentro de la Unión (véase sobre el origen del Derecho civil europeo, Rainer, M., *Introduction to Comparative Law*, Viena 2010, p. 27 y s.).

25 — Véase Kapnopoulou, E. (citado en la nota 19 *supra*), p. 151, que señala que la Directiva 93/13 no contiene ningún concepto de efecto jurídico regulado de manera exhaustiva. Sólo establece directrices y, para las disposiciones precisas relativas a los distintos efectos, se remite a los Derechos nacionales de los Estados miembros. Corresponde a los ordenamientos jurídicos nacionales determinar lo que deba ocurrir con la normativa incompleta relativa a los contratos. Según la configuración del caso, entrarían en consideración el recurso al Derecho positivo, la interpretación integradora de los contratos, la reinterpretación del contrato o la invalidez total.

26 — Véase la sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, Rec. p. I-4785), apartados 28 y 29.

27 — *Ibidem*, apartados 28 y 29.

28 — Al ejercer la autorización del artículo 8 de la Directiva, los Estados miembros deben respetar los límites generales del Derecho de la Unión. Por éstos ha de entenderse el Derecho primario, incluidas las libertades fundamentales, así como el resto del Derecho secundario (véase Kapnopoulou, E., citado en la nota 19 *supra*, p. 163).

72. Por esta razón, para proteger al consumidor, los Estados miembros también pueden regular de manera más estricta de lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 93/13 los efectos de la invalidez. La adopción de normas nacionales más estrictas basadas en el artículo 8 que establezcan la nulidad total de un contrato en su conjunto al presentar una o varias cláusulas abusivas, mientras resulte más favorable para el consumidor,[29] es expresión del ejercicio legítimo de una autorización concedida por el legislador de la Unión para alcanzar un mayor nivel de protección del consumidor.

73. No existen dudas en relación con la compatibilidad de una normativa nacional de ese tipo, que sirve a la protección del consumidor, con el objetivo antes mencionado del establecimiento del mercado interior,[30] siempre que las libertades fundamentales no resulten menoscabadas.[31] Pero la apreciación de esta cuestión depende en último término del contenido de la correspondiente normativa nacional.

74. De todo ello se sigue que los Estados miembros están facultados para establecer en sus Derechos nacionales el efecto de la nulidad de todo el contrato en aquellos casos en los que ésta sea más favorable para el consumidor que la subsistencia del contrato. Una restricción del efecto de la invalidez a la cláusula contractual afectada no viene impuesta por el Derecho de la Unión.

C. *Sobre la segunda cuestión prejudicial*

75. La segunda cuestión prejudicial se compone de dos preguntas. Mediante la primera, el órgano jurisdiccional remitente solicita información acerca de si la indicación errónea de la TAE en un contrato de crédito al consumo constituye una práctica comercial desleal con arreglo a la Directiva 2005/29. Mediante la segunda, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber qué consecuencias tiene tal calificación de práctica comercial desleal para la validez del correspondiente contrato.

1. Primera pregunta: Indicación errónea de la TAE como práctica comercial desleal

a) Sobre la Directiva 2005/29

76. Por lo que respecta a la primera pregunta, procede señalar en primer lugar que la Directiva 2005/29 lleva a cabo una armonización completa de las normas relativas a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores. Ello tiene como consecuencia que los Estados miembros —a diferencia de en la transposición de la Directiva 93/13— no pueden adoptar medidas más restrictivas que las definidas en dicha Directiva, ni siquiera para garantizar un grado más elevado de protección de los consumidores.[32]

77. Una de las disposiciones principales de la Directiva 2005/29 es el artículo 5 que establece la prohibición de las prácticas comerciales desleales y además enuncia los criterios que permiten determinar este carácter desleal. De este modo, con arreglo al artículo 5, apartado 2, una práctica comercial es desleal si es contraria a los requisitos de la diligencia profesional y si distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento

29 — Como explica acertadamente Kapnopoulou, E. (citado en la nota 19 *supra*), p. 162, los Estados miembros sólo pueden en efecto establecer reglas que representen un *plus* respecto del nivel de protección de la Directiva 93/13, y no acaso un *aliud* o incluso un *minus*.

30 — Véase el punto 67 de las presentes conclusiones.

31 — A este respecto, en relación con la actividad profesional específica de la concesión de créditos, ha de pensarse sobre todo en la libre prestación de servicios y, en menor medida, también en la libre circulación de capitales (véase la sentencia de 3 de octubre de 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Rec. p. I-9521, apartado 43; véase, respecto a la libre prestación de servicios, Weiss, F./Wooldridge, F., *Free Movement of Persons within the European Community*, 2ª edición, Alphen aan den Rijn 2007, p. 123 y s.). En caso de contratos de compraventa de bienes muebles sería en cambio pertinente la libre circulación de mercancías.

32 — Véanse las sentencias de 9 de noviembre de 2010, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (C-540/08, Rec. p. I-10909), apartados 27 y 30; de 14 de enero de 2010, Plus Warenhandelsgesellschaft (C-304/08, Rec. p. I-217), apartado 41, y de 23 de abril de 2009, VTB-VAB y Galatea (C-261/07 y C-299/07, Rec. p. I-2949), apartado 52.

económico del consumidor medio. Además, el artículo 5, apartado 4, de la Directiva define dos categorías precisas de prácticas comerciales desleales, a saber, las «prácticas engañosas» y las «prácticas agresivas», que responden respectivamente a los criterios especificados, por un lado, en los artículos 6 y 7, y por otro, en los artículos 8 y 9 de la Directiva. Por último, la Directiva establece, en su anexo I, una lista exhaustiva de treinta y una prácticas comerciales que, con arreglo al artículo 5, apartado 5, de esta Directiva, se consideran desleales «en cualquier circunstancia». En consecuencia, como precisa expresamente el decimoséptimo considerando de la Directiva, se trata de las únicas prácticas comerciales que pueden considerarse desleales sin necesidad de un examen pormenorizado de que se dan en cada caso concreto los supuestos contemplados en los artículos 5 a 9 de la Directiva.

78. En la aplicación del Derecho por las autoridades judiciales y administrativas nacionales, ha de atenderse en primer lugar a la lista de treinta y un supuestos de prácticas comerciales desleales contenida en el anexo I. Si una práctica comercial se puede subsumir en uno de esos supuestos, debe considerarse prohibida, sin necesidad de mayor análisis, por ejemplo, de sus efectos. En cambio, si el caso concreto no está comprendido en esa lista de prohibiciones, debe examinarse si estamos ante alguno de los supuestos de la cláusula general (prácticas engañosas y agresivas). Sólo si no es así se aplica de forma directa la cláusula general del artículo 5, apartado 1, de la Directiva 2005/29. [33]

b) Ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29

i) Existencia de una práctica comercial

79. No obstante, antes de abordar el examen del carácter desleal de una práctica comercial con arreglo al conjunto de circunstancias del caso concreto, ha de comprobarse si el asunto principal entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29. A este respecto, la actividad comercial de la que se trata en el procedimiento principal, concretamente la celebración de un contrato de crédito al consumo, debería corresponder a la definición legal contenida en el artículo 2, letra d), del concepto de «prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores».

80. A este respecto, procede señalar que el artículo 2, letra d), de la Directiva, usando una formulación especialmente amplia, define el concepto de «práctica comercial» como «todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores». [34] En esta definición están también comprendidos todos los actos de un profesional dirigidos a conducir al consumidor a la celebración de un contrato. [35] Según esta definición amplia, la propuesta comercial de contratos de crédito a consumidores, de la que se trata en el asunto principal, también puede considerarse un acto relacionado con la venta de un producto, concretamente, de un servicio financiero. Con arreglo a esta definición, a diferencia de lo que considera el Gobierno eslovaco, [36] se da un caso de «prácticas comerciales» en el sentido del artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29.

ii) Importancia de la disposición delimitadora del artículo 3, apartado 2, de la Directiva

81. Habida cuenta de que la actividad de que se trata en el asunto principal corresponde a la definición de prácticas comerciales en su sentido más amplio, ha de considerarse que también entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29 tal como se establece en su artículo 3, apartado 1.

33 — Véanse mis conclusiones de 3 de septiembre de 2009, Plus Warenhandelsgesellschaft (sentencia citada en la nota 32 *supra*, apartado 74)

34 — Véase la sentencia Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag (citada en la nota 32 *supra*), apartado 17.

35 — Véase Orlando, S., «The Use of Unfair Contractual Terms as an Unfair Commercial Practice», *European Review of Contract Law*, Vol. 7, 2007, nº 1, p. 40, quien considera que las prácticas comerciales incluyen todos los actos de un consumidor que puedan influir en su decisión relativa a la conclusión de un contrato.

36 — Véase el apartado 13 del escrito del Gobierno eslovaco.

82. En este contexto surge no obstante la cuestión de si la Directiva 2005/29 es en absoluto relevante para resolver la problemática del asunto principal. Eventualmente podría excluirse su aplicabilidad por lo que respecta a los efectos jurídicos. Pero primero debería determinarse el objeto de la petición de decisión prejudicial. En caso de apreciación adecuada de las cuestiones prejudiciales y de las explicaciones de la resolución de remisión, la petición tiene esencialmente por objeto obtener una respuesta a la cuestión de si el Derecho de la Unión desaprueba la circunstancia de que un profesional dé datos falsos al celebrar un contrato con consumidores —en el asunto principal, la indicación de una TAE inferior a la real— y si sanciona con la invalidez la correspondiente cláusula contractual.

83. La cuestión de la relevancia de la Directiva 2005/29 se impone precisamente porque este acto jurídico no contiene ninguna disposición que establezca como efecto la invalidez de tal cláusula. En lugar de ello, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2005/29 establece que «la Directiva se entiende sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos». Esta disposición, tanto por su tenor («sin perjuicio») como por su ubicación sistemática en el artículo 3, que establece el ámbito de aplicación de la Directiva así como su relación con otros actos jurídicos de la Unión, debe entenderse en el sentido de una norma de delimitación que, de acuerdo con la voluntad expresa del legislador de la Unión, debe permitir el recurso a aquellas disposiciones específicas del Derecho de la Unión, y ello sin perjuicio de una eventual aplicabilidad de la Directiva 2005/29. De esta manera, debe seguir siendo posible la utilización de instrumentos específicos previstos en los correspondientes actos jurídicos para la protección del consumidor. La circunstancia de que la Directiva 2005/29 sea aplicable a unos determinados hechos no debe en modo alguno, conforme a la concepción en la que se basa lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, restringir las posibilidades de protección jurídica que corresponden al consumidor en virtud del Derecho contractual, como una rescisión del contrato o una disminución de la contraprestación.

84. Sin lugar a dudas, las disposiciones de la Directiva 93/13 forman parte del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, mencionadas en el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2005/29. El sistema de protección establecido por esta Directiva, que se ha descrito más arriba, cuya parte principal está contenida en el artículo 6, se refiere en efecto a aspectos del Derecho contractual, especialmente cuando trata la validez de algunas cláusulas contractuales utilizadas por los profesionales en las relaciones comerciales con consumidores. Tiene aquí lugar una *regulación de las relaciones jurídicas en los contratos individuales* entre dos categorías distintas de particulares en el sentido de que las cláusulas abusivas no han de ser vinculantes para el consumidor y de que los Estados miembros han de velar por que sus normativas de Derecho civil también prevean este efecto jurídico.[37] En una aplicación consecuente de la norma de delimitación del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2005/29, las disposiciones de la Directiva 93/13 no han de considerarse por lo tanto sustituidas.

37 — En este sentido, Orlando, S. (citado en la nota 35 *supra*), p. 35, que indica que el artículo 6 de la Directiva 93/13 establece el régimen jurídico de las cláusulas abusivas, es decir, regula un aspecto de las relaciones jurídicas de los contratos individuales entre profesionales y consumidores. De modo parecido, también Tilmann, I., en *Die Klauselrichtlinie 93/13/EWG auf der Schnittstelle zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*, p. 10, según el cual corresponde a la Directiva 93/13, bajo el enfoque de la unificación del Derecho privado en la UE, una importancia especial ya que concierne al Derecho de los contratos y por tanto a un ámbito central del Derecho privado. El Derecho nacional de los contratos de los Estados miembros, mediante la transposición de la Directiva, ha experimentado cambios considerables. La Directiva conduce a una equiparación progresiva de los distintos regímenes jurídicos de los contratos, que allanan el camino a la formación de un Derecho privado europeo. En un sentido parecido, también Basedow, J., «Grundlagen des europäischen Privatrechts», *Juristische Schulung*, 2004, p. 94, que considera la transposición de la Directiva 93/13 como parte de la unificación del Derecho privado y señala que la Directiva 93/13 se incorporó al Derecho nacional de distintas formas, por ejemplo en los Códigos civiles nacionales (Alemania, Italia, Países Bajos), en una Ley de consumidores separada (Austria, Francia, Grecia y en parte también en Finlandia y España), en leyes especiales sobre prácticas comerciales (Bélgica), a través de contratos con consumidores (Suecia) y a través de condiciones generales de la contratación (España, Portugal) y, por último, mediante un instrumento jurídico que reprodujo casi literalmente la Directiva (Reino Unido, Irlanda). A juicio de Micklitz, H.-W., en «AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993, p. 533, con la Directiva 93/13 la Unión intervino por primera vez en el núcleo del Derecho civil.

85. Habida cuenta de que no es la Directiva 2005/29, sino la Directiva 93/13, la que bajo determinadas condiciones establece el efecto de la invalidez de determinadas cláusulas contractuales, la primera debe considerarse en definitiva irrelevante para tratar la problemática del asunto principal. Ninguna de sus disposiciones puede invocarse como base jurídica para una declaración de invalidez de las cláusulas contractuales controvertidas.[38] Por lo demás, el órgano jurisdiccional remitente también parece basarse implícitamente en esta consideración, ya que en la segunda pregunta de la segunda cuestión, que todavía debe examinarse, pide una aclaración sobre las consecuencias que eventualmente tendría para la aplicación del artículo 6 de la Directiva 93/13 una calificación de práctica comercial desleal con arreglo a la Directiva 2005/29. Se está por lo tanto preguntando sobre la interacción entre los artículos 5 y siguientes de la Directiva 2005/29 y el artículo 6 de la Directiva 93/13, por lo que también se requerirá una interpretación de esta última disposición.

iii) Conclusión provisional

86. En resumen, procede declarar que la Directiva 2005/29, en cualquier caso por lo que se refiere a los efectos jurídicos, no es aplicable a un objeto como el del asunto principal.

c) Existencia de una práctica comercial desleal

i) Necesidad de una interpretación coherente del Derecho de protección de los consumidores

87. De esta manera, resultan en principio superfluas otras explicaciones acerca de si la actividad controvertida cumple las características del concepto «prácticas comerciales desleales» en el sentido del artículo 5 y siguientes de esta Directiva.

88. No obstante, la decisión del legislador de la Unión de no dejar que se aplique la Directiva 2005/29 en determinados casos concretos por lo que respecta a los efectos, no significa obligatoriamente que las valoraciones que ha adoptado en ella y en las que también se basan las disposiciones de dicha Directiva, no hayan de tener repercusiones en la interpretación de otros actos jurídicos que regulan la relación entre profesionales y consumidores. Una consideración sistemática de conjunto de los actos jurídicos adoptados para proteger al consumidor revela que entre dichos actos existen conexiones variadas que también deben ser tenidas en cuenta en la interpretación.[39] Los actos jurídicos de la Unión en el ámbito de la protección de los consumidores deben por tanto entenderse como parte de

38 — Como explica acertadamente Abbamonte, G., en «The Unfair Commercial Practices Directive and its General Prohibition», *The regulation of unfair commercial practices under EC Directive 2005/29 – New rules and new techniques*, Norfolk 2007, p. 16, la circunstancia de que un consumidor haya celebrado un contrato por haber sido víctima de una práctica comercial desleal ha de considerarse irrelevante desde el punto de vista de la Directiva 2005/29, ya que ésta no establece ningún medio jurídico para lograr la invalidez del contrato. Asimismo, la Directiva 2005/29 no va a restringir las posibilidades de protección jurídica que corresponden al consumidor en virtud del Derecho de los contratos. Así pues, el consumidor deberá solicitar protección jurídica ante un órgano jurisdiccional civil y la circunstancia de que el contrato se celebrara utilizando prácticas comerciales desleales será un aspecto importante que el juez de lo civil deberá tener en cuenta.

39 — Véase Orlando, S. (citado en la nota 35 *supra*), p. 38, que habla de la necesidad de una «coordinación normativa» entre las Directivas 2005/29 y 93/13 para apaciguar potenciales conflictos. El autor indica pertinentemente que la dificultad de una coordinación de las Directivas a efectos interpretativos tiene su origen en la especial complejidad estructural del Derecho de la Unión. La interacción entre las distintas Directivas no se deduce siempre a primera vista. Por esta razón una interpretación coherente que abarque todos los actos jurídicos no es siempre fácil.

una obra normativa global unitaria que se completan mutuamente. La fragmentación [40] que sigue existiendo hoy en día en el ámbito del Derecho de protección de los consumidores es la consecuencia de un desarrollo histórico en cuyo transcurso el legislador de la Unión, con miras a la realización de un auténtico mercado interior para las relaciones entre las empresas y los consumidores, ha ido regulando poco a poco, y en función del acervo adquirido, distintos ámbitos de la vida. La Directiva 2005/29 renuncia a una regulación del Derecho de los contratos sólo porque el legislador de la Unión ya había regulado estos aspectos, en particular, en la Directiva 93/13. Ambas Directivas regulan cada una un ámbito propio muy concreto de la vida: La Directiva 2005/29 prohíbe el empleo de prácticas comerciales desleales que puedan distorsionar sustancialmente el comportamiento económico de los consumidores, mientras la Directiva 93/13 también prohíbe la utilización de cláusulas abusivas en las relaciones comerciales con los consumidores.

89. A pesar de que existen actos normativos autónomos, una delimitación clara de los distintos ámbitos de aplicación de las Directivas no es siempre fácil. Ello se debe, por un lado, a que las actividades sujetas a la Directiva se intercambian a menudo en la realidad. Por otro, se debe a que el concepto de «prácticas comerciales» está formulado de una manera muy amplia y comprende, finalmente, gran variedad de actividades comerciales. Esta circunstancia, en cierto modo, hace de la Directiva una obra normativa general frente a normas especiales como la Directiva 93/13. [41] La finalidad de la disposición delimitadora del artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2005/29 es la de asegurarse de que entre ambas Directivas no se producen solapamientos indeseados por lo que se refiere a sus efectos.

90. Esta delimitación no es un fin en sí mismo sino que sigue un determinado concepto normativo ideado por el legislador de la Unión. En particular, no puede conducir a que unos únicos hechos, a los que en principio podrían aplicarse ambas Directivas, sean valorados jurídicamente de manera distinta. Se necesitará, por el contrario, una interpretación coherente de las normas jurídicas que sean pertinentes en cada caso para evitar resultados contradictorios en la valoración. Esto es tanto más necesario, en la medida en que ambas Directivas muestran a este respecto una convergencia en su orientación protectora, cuanto que ambas persiguen proteger la capacidad de apreciación y la libertad de decisión en las relaciones comerciales. [42]

40 — Las deficiencias de la armonización mínima y de los procedimientos sectoriales han llevado a la necesidad de una mayor convergencia y análisis de las divergencias que han surgido en el Derecho de los consumidores de la Unión (véase Alpa, G./Conte, G./Carleo, «La costruzione del diritto dei cosumatori», *I diritti dei consumatori*, editado por Guido Alpa, Vol. 1, p. 5). La discusión sobre la futura evolución del Derecho europeo de los consumidores se remonta al año 1999 cuando el Consejo Europeo reconoció en la Declaración final de Tampere la eventual necesidad de una mayor armonización de las disposiciones de Derecho civil de los Estados miembros (véase, a este respecto, Čikara, E., *Gegenwart und Zukunft der Verbraucherkreditverträge in der EU und in Kroatien*, Viena 2010, p. 47; véase, en relación con las iniciativas puntuales de armonización en la normativa de competencia desleal, Wunderle, T., *Verbraucherschutz im Europäischen Lauterkeitsrecht*, Tübingen 2010, p. 97 y s.). En esta época empezó la intensificación de los esfuerzos de la Comisión para la consolidación del Derecho contractual. La Comunicación presentada por la Comisión en 2003 «Un Derecho contractual europeo más coherente – Plan de acción» propuso la elaboración de un «marco común de referencia» como instrumento optativo que debía incluir reglas comunes y una terminología común del Derecho contractual europeo. Posteriormente, el *Study Group on a European Civil Code* elaboró como red internacional de investigación un proyecto académico de marco común de referencia. Sobre la base de estos trabajos preparatorios la Comisión Europea designó en abril de 2010 un grupo de expertos encargado del marco común de referencia del Derecho contractual europeo que, el 3 de mayo de 2011, presentó un estudio de viabilidad. Este estudio presenta un sistema coherente de normas de Derecho contractual que podría aplicarse en el futuro como instrumento optativo del Derecho contractual europeo (véase también, a este respecto, el Libro verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas, COM(2010) 348 final, en particular, la opción nº 4). En este contexto, no puede dejarse de mencionar la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores, cuya finalidad es superar la fragmentación del Derecho de los consumidores. La posición del Parlamento Europeo, adoptada en primera lectura el 23 de junio de 2011 con vistas a la adopción de esta Directiva prevé una modificación de la Directiva 93/13 y de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo así como la derogación de la Directiva 85/577/CEE sobre contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales y de la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia, debiendo estas dos últimas Directivas ser sustituidas por una sola Directiva.

41 — En este sentido, véase también Orlando, S. (citado en la nota 35 *supra*), pp. 38 y 40, que se remite a una definición amplia del concepto de «prácticas comerciales». A su juicio, mediante la Directiva 2005/29, el legislador de la Unión también ha introducido «Derecho general» en el ordenamiento jurídico de la Unión al haber adoptado toda una serie de normas que contienen principios, conceptos y criterios generales.

42 — Véanse los considerandos sexto, séptimo y octavo de la Directiva 2005/29 y octavo y decimoquinto de la Directiva 93/13.

91. La estrecha relación entre ambas Directivas puede ilustrarse con algunas situaciones fácticas. Así, cabe por ejemplo imaginar, pensando en los hechos del procedimiento principal, que el carácter desleal de una práctica comercial consista precisamente en la utilización de cláusulas abusivas, en el sentido de la Directiva 93/13, en contratos con los consumidores.[43] Cuando el profesional se sirva de una cláusula de este tipo, podría verse en ello un acción engañosa ya que, o bien se transmite una información falsa, o bien el consumidor permanece en la duda sobre el alcance real de los derechos y obligaciones contractuales —en especial en relación con aquellos derechos y obligaciones de las cláusulas que sean abusivas y, por tanto, nulas para el consumidor—. Podría valorarse de forma similar una situación en la que el profesional redacte cláusulas principales del contrato de manera poco clara y equívoca para ocultar información esencial al consumidor. A la inversa, también cabe pensar que los datos falsos y, por tanto, engañosos de una cláusula contractual en el sentido de la Directiva 2005/29 fundamentan precisamente su carácter abusivo. Es ésta la situación que, manifiestamente, el órgano jurisdiccional remitente presume en el asunto principal y que será examinada a continuación.

92. En interés de una interpretación coherente del Derecho de protección de los consumidores de la Unión, parece indicado examinar si la indicación de una TAE inferior a la real puede calificarse de práctica comercial desleal en el sentido de los artículos 5 y siguientes de la Directiva 2005/29. En el marco de la segunda pregunta de la segunda cuestión se examinará cuáles son las conclusiones que han de extraerse para la interpretación de la Directiva 93/13.

ii) Examen del carácter desleal de la práctica comercial

93. La existencia de una «práctica comercial desleal» se examinará con arreglo al esquema descrito en el punto 78 de las presentes conclusiones.

– Existencia de una acción engañosa en el sentido del artículo 5, apartado 4, letra a), en relación con el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29

94. En primer lugar ha de observarse que la indicación errónea de un importe como el de la TAE en un contrato de crédito al consumo no corresponde a ninguno de los casos de prácticas comerciales desleales enumeradas en el anexo I de la Directiva. Dado que tales datos no se encuentran entre las prácticas comerciales mencionadas en el anexo I que se consideran desleales en cualquier circunstancia, en principio sólo pueden ser prohibidas si constituyen prácticas comerciales desleales, como por ejemplo si son engañosas o agresivas en el sentido de la Directiva.

Acción positiva del profesional

95. Habida cuenta de que en el asunto principal puede excluirse de entrada una práctica comercial agresiva a falta de eventuales indicios de que se recurriera a medios como el acoso, la coacción, la fuerza y la influencia indebida, queda a continuación por examinar si se dan las características de una práctica comercial engañosa con arreglo al artículo 5, apartado 4, letra a), de la Directiva 2005/29. A este respecto, debe observarse que la Directiva distingue entre acciones engañosas (artículo 6) y omisiones (artículo 7), y regula ambas categorías por separado. Se llega así a una identificación del tipo pertinente de acción a efectos de una apreciación jurídica apropiada del asunto principal.

43 — En este sentido, Orlando, S. (citado en la nota 35 *supra*), p. 25, que examina la cuestión de si la utilización de cláusulas abusivas en el sentido de la Directiva 93/13 también constituye a la vez una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29. Esta cuestión recibe en principio una respuesta afirmativa: Una utilización de este tipo debe sobre todo considerarse una práctica comercial engañosa, ya que por regla general se transmitió una información falsa o el consumidor sigue teniendo dudas sobre sus derechos y obligaciones en la ejecución del contrato, en particular respecto a los derechos y obligaciones de las cláusulas contractuales abusivas (y por tanto nulas). El autor señala además que la formulación poco clara y equívoca de cláusulas contractuales principales también podría considerarse una ocultación de información esencial en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29.

96. A mi juicio, una práctica comercial como la del asunto principal, consistente en la indicación de una TAE inferior a la real en un contrato de crédito, ha se ser más bien clasificada en la primera categoría, puesto que la influencia en la decisión del consumidor se logró de manera decisiva mediante una acción positiva por parte del profesional y, más concretamente, mediante datos falsos en relación con un elemento que debe considerarse esencial del contrato, conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva. En un comportamiento como éste no puede verse simplemente una omisión resultante de una ocultación de información. Por consiguiente, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno alemán,[44] queda excluida la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva, que trata el caso especial de la ocultación de información pertinente.

Influencia en la decisión del consumidor

97. Los elementos del contrato que el legislador considera esenciales están enumerados en el artículo 6, apartado 1. Partiendo de una interpretación amplia, y por tanto favorable al consumidor, de las disposiciones de la Directiva, la TAE en un contrato de crédito al consumo puede en principio subsumirse en el concepto de «precio», en el sentido del artículo 6, apartado 1, letra d), toda vez que conforme a la definición legal contenida en el artículo 1, apartado 2, letra e), de la Directiva 87/102 la TAE puede considerarse parte de los gastos totales que el consumidor debe asumir para que se le conceda un crédito. Desde un punto de vista jurídico, los intereses constituyen la retribución por un préstamo concedido para un determinado período de tiempo. Por consiguiente, el cálculo erróneo de la TAE, como se ha producido en el asunto principal según los datos del órgano jurisdiccional remitente, puede también calificarse de «cálculo del precio» en el sentido de dicha disposición.

98. Procede señalar en este contexto que la valoración del cálculo del precio como erróneo por parte del órgano jurisdiccional remitente es vinculante para el Tribunal de Justicia, en primer lugar, porque el cálculo de la TAE, según el artículo 1, apartado 2, letra e), de la Directiva 87/102, se realiza con arreglo a los métodos existentes en los Estados miembros, cuya correcta aplicación también puede comprobar el propio órgano jurisdiccional nacional y, en segundo lugar, porque el órgano jurisdiccional nacional es competente para establecer los hechos en el procedimiento prejudicial.

99. Por lo que respecta a los demás requisitos del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2005/29, debe observarse que una información falsa relativa a la TAE —precisamente cuando ésta se indique con un importe netamente inferior al real— puede asimismo inducir a error al consumidor medio y puede hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Mediante un examen más práctico puede en efecto considerarse que un consumidor medio va a recabar por lo general las ofertas de varios prestamistas potenciales y tomar su decisión sobre la contratación de un crédito basándose en la comparación de estas ofertas, incluidos los costes totales previsibles. Dicho de otro modo, condiciones de crédito comparativamente más favorables tienen por regla general una influencia decisiva en la formación de la voluntad del consumidor.

100. El Derecho de la Unión tiene en cuenta el interés del consumidor en estar informado dado que en la Directiva 87/102, que se adoptó con el doble objetivo, por un lado, de establecer un mercado común para los créditos al consumo (considerandos tercero a quinto) y, por otro, de proteger a los consumidores que contraten tales créditos (considerandos sexto, séptimo y noveno), exige expresamente que el consumidor reciba información adecuada sobre las condiciones y el coste del crédito y sobre sus obligaciones. Esto se desprende, por un lado, del octavo considerando y, por otro, del requisito establecido en el artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva 87/102 de que cada contrato incluya la indicación del porcentaje anual de cargas financieras. La exigencia de que el prestatario, en el momento de la celebración del contrato, conozca todos los datos que puedan tener

44 — Véase el apartado 43 del escrito del Gobierno alemán.

una influencia en el alcance de su compromiso se establece, como ha declarado repetidamente en su jurisprudencia el Tribunal de Justicia, con el fin de proteger al consumidor de unas condiciones crediticias injustas y para que pueda tener pleno conocimiento de las condiciones de la ejecución futura del contrato suscrito. [45]

101. Las disposiciones antes citadas de la Directiva 87/102 acreditan que la TAE es un dato esencial en la celebración de los contratos de crédito, [46] sin el cual el consumidor no puede por lo general adoptar ninguna decisión razonable. Por consiguiente, el consumidor depende en gran medida de la exactitud de este dato. Un engaño relativo precisamente a éste, sea deliberado o negligente, va a incidir necesariamente en contra del consumidor. La importancia de dicho dato para la capacidad del consumidor de adoptar una decisión y las graves consecuencias de una decisión equivocada no son la razón menos importante para que el artículo 3 de la Directiva 87/102 exija que se informe sobre él en una fase mucho anterior a la celebración del contrato, concretamente, en la publicidad.

102. El planteamiento que aquí se defiende de que una información falsa, en la celebración de contratos de crédito, puede en principio hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción en el sentido de la Directiva 2005/29 se ve además sostenido por el décimo considerando de esta Directiva que, como explica acertadamente el Gobierno eslovaco, [47] establece en cierto modo una conexión con la norma relevante para el caso de autos, la Directiva 87/102. De lo anterior se deriva que la Directiva 2005/29 ofrece «una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica a nivel comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos». El legislador señala además que «esto es especialmente importante en el caso de productos complejos que implican un elevado nivel de riesgo para los consumidores, como *ciertos productos ligados a servicios financieros*». [48] Estas afirmaciones demuestran que el legislador era plenamente consciente del riesgo que existe para el consumidor en este sector específico. En el asunto principal este riesgo se ha concretado precisamente en la celebración del contrato de crédito.

103. Según lo anterior, existe objetivamente una acción engañosa en el sentido del artículo 5, apartado 4, letra a), en relación con el artículo 6, apartado 1, letra d), de la Directiva 2005/29. Por consiguiente, la indicación errónea de la TAE en un contrato de crédito al consumo constituye en definitiva una «práctica comercial desleal» en el sentido de dicha Directiva.

– Declaración subsidiaria de incumplimiento de los requisitos de la diligencia profesional

104. Por último, debe aún tratarse brevemente el aspecto relativo a la posibilidad de que se incurra en un supuesto de incumplimiento del deber de diligencia profesional con arreglo al artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2005/29, al que se han referido tanto el órgano jurisdiccional remitente en su resolución de remisión [49] como varias partes del procedimiento en sus observaciones escritas.

105. Como se desprende del tenor del artículo 5, apartado 4 («en particular»), de la Directiva 2005/29, las prácticas comerciales engañosas y agresivas sólo constituyen formas especiales de prácticas comerciales desleales. Esta disposición tampoco incluye ninguna remisión propia al concepto de diligencia profesional, puesto que el legislador ya considera contrario por sí mismo a las exigencias del deber de diligencia profesional un trato engañoso o agresivo con los consumidores. Por consiguiente,

45 — Véase el auto Pohotovosť (citado en la nota 6 *supra*), apartado 68, y la sentencia de 23 de marzo de 2000, Berliner Kindl Brauerei (C-208/98, Rec. p. I-1741), apartado 21.

46 — Véase el auto Pohotovosť (citado en la nota 6 *supra*), apartado 70, y la sentencia de 4 de marzo de 2004, Cofinoga (C-264/02, Rec. p. I-2157), apartados 26 y 27.

47 — Véase el apartado 14 del escrito del Gobierno eslovaco.

48 — Décimo considerando, el subrayado es mío.

49 — Véase la p. 11 de la resolución de remisión.

en el marco de la aplicación de esta Directiva, una práctica comercial engañosa o agresiva no necesita ser examinada en el sentido de si respeta el deber de diligencia profesional de un comerciante. La correspondiente apreciación jurídica sólo resultará necesaria cuando se cuestione la aplicabilidad de la cláusula general del artículo 5, apartado 1.[50] Lo mismo resulta por lo demás aplicable al supuesto contemplado en el artículo 5, apartado 2, letra b, de la «distorsión sustancial del comportamiento económico del consumidor medio», que en lo esencial se corresponde con el requisito del artículo 6, apartado 1, de que la práctica comercial ha de poder hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción.

106. Habida cuenta de que, según la apreciación jurídica de los hechos que se ha efectuado, existe una acción engañosa en el sentido del artículo 5, apartado 4, letra a), de la Directiva, a mi juicio no resulta necesario un examen por separado de los elementos constitutivos de este supuesto. Sólo por precaución indicaré que una información falsa en relación con la TAE por su cálculo erróneo difícilmente podría bastar para cumplir los requisitos de la diligencia profesional. De un comerciante debe en efecto esperarse que ejerza su actividad comercial de conformidad con la legislación relevante y que muestre especial cuidado en el trato con un consumidor, especialmente porque éste depende de la pericia del profesional. Como he expuesto inicialmente en el marco de mis comentarios sobre la finalidad normativa del artículo 6 de la Directiva 93/13,[51] la especial necesidad de protección del consumidor se debe a que éste, por lo general, se encuentra en una posición negociadora más débil frente al profesional y dispone de un menor nivel de información. Esta circunstancia lo hace especialmente propenso a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas. Esta circunstancia sólo puede corregirse si se exige al profesional el estricto cumplimiento de determinados deberes de información.

107. De este modo, un examen subsidiario con arreglo a los criterios de la cláusula general del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2005/29 también lleva a la conclusión de que en el asunto principal existe una «práctica comercial desleal».

d) Conclusión

108. Tras las anteriores consideraciones, procede responder a la primera pregunta de la segunda cuestión que la Directiva 2005/29 debe interpretarse en el sentido de que el comportamiento de un profesional que indica en el contrato una TAE inferior a la real cumple los criterios para ser calificado de práctica comercial desleal.

2. Segunda pregunta: la incidencia de las prácticas comerciales desleales en la validez del contrato

109. La segunda pregunta de la segunda cuestión se refiere a las eventuales consecuencias que la calificación de la práctica comercial de la que se trata de desleal en el sentido de la Directiva 2005/29 pueda tener para la validez del correspondiente contrato en el contexto de la Directiva 93/13. A este respecto, han de examinarse tanto la relevancia de cada uno de los actos jurídicos en principio aplicables al asunto principal como la manera en que éstos interactúan.

50 — Véase Abbamonte, G. (citado en la nota 38 *supra*), p. 28. Según este autor, se excluye el examen de una infracción de la diligencia profesional cuando en el caso concreto exista una práctica comercial engañosa o agresiva. Una práctica comercial de este tipo infringe en efecto automáticamente cualquier deber de diligencia profesional. En sentido parecido, véase también Henning-Bodewig, F., «La Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales», *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil*, 2005, nº 8/9, p. 631, que señala que la cláusula general del artículo 5, apartado 1 (que a su vez se concreta en el artículo 5, apartado 2) sólo se aplica cuando los hechos concretos no se incluyan en la «lista negra» de prácticas comerciales desleales del anexo I de la Directiva y no se dé ninguno de los supuestos regulados en la cláusula general (prácticas comerciales engañosas o agresivas).

51 — Véanse los puntos 43 y ss. de las presentes conclusiones.

a) Relevancia de la Directiva 87/102

110. A este respecto, procede observar que, en cualquier caso, de un incumplimiento del deber de información establecido en el artículo 4, apartado 2, letra a), de la Directiva 87/102 no se deducen ningunas conclusiones directas sobre la eventual nulidad relativa o bien absoluta del contrato de crédito, máxime cuando el artículo 14, apartado 1, de la Directiva se limita a establecer que los Estados miembros garantizarán que los contratos de crédito no se sustraigan, en perjuicio del consumidor, a las disposiciones de la legislación nacional que apliquen o que correspondan a la presente Directiva. Es cierto que en el asunto principal, por lo que respecta a la indicación errónea de la TAE, existe objetivamente un incumplimiento de dicho deber de información. No obstante, en dicha Directiva no existen disposiciones más precisas que obliguen por ejemplo a los órganos jurisdiccionales nacionales a declarar la invalidez del contrato de crédito. Habida cuenta de que la Directiva 87/102 no establece una consecuencia en tal sentido en caso de incumplimiento de dicho deber de información, resulta irrelevante para la respuesta a la segunda pregunta de la segunda cuestión.

b) Relevancia de la Directiva 2005/29

111. Son por el contrario más claras las disposiciones de la Directiva 2005/29 en la medida en que, como ya se ha explicado,[52] con arreglo al artículo 3, apartado 2, se entienden sin perjuicio del Derecho contractual, y en particular de las normas relativas a la validez, la formación o el efecto de los contratos. Es cierto que el artículo 13 establece la obligación de los Estados miembros de establecer sanciones para los casos de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva. No obstante, una interpretación en el sentido de que también pueda preverse como sanción la invalidez de una cláusula contractual estaría en clara contradicción con la primera disposición. Tal interpretación no sería sostenible a la vista de la decisión expresa del legislador de no regular el Derecho contractual mediante la Directiva 2005/29. Por consiguiente, esta Directiva tampoco tiene una relevancia directa para responder a la segunda pregunta de la segunda cuestión.

c) Relevancia de la Directiva 93/13

112. Ahora bien, la irrelevancia de la Directiva 2005/29 no se opone a una aplicación de otros actos jurídicos de la Unión y de los instrumentos jurídicos que éstos establezcan para la protección del consumidor.[53] Procede por tanto considerar una aplicación de la Directiva 93/13, especialmente porque tiene por objeto, como ya se ha mencionado, el Derecho contractual y, en particular, la validez de los contratos.

i) Ámbito de aplicación de la Directiva

113. A este respecto, la cláusula contractual controvertida debería incluirse en primer lugar dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. Éste ámbito de aplicación 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».

52 — Véanse los puntos 81 y ss. de las presentes conclusiones.

53 — Véase Abbamonte, G. (citado en la nota 38 *supra*), p. 16.

114. En el asunto principal, por lo que respecta al contrato de crédito que la demandada del asunto principal ha celebrado con sus clientes, no se niega que se trate de un contrato entre un profesional y un consumidor. De la circunstancia señalada en la resolución de remisión de que los créditos se conceden en virtud de contratos de adhesión estándar, puede extraerse la conclusión de que el contrato de crédito controvertido no se negoció individualmente con el consumidor. 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.

ii) Alcance de la apreciación del contenido

115. Por lo demás, la cláusula que contiene una indicación errónea de la TAE ha de poder someterse a un control del contenido conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

116. Procede remitirse en este contexto a la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, antes citada, en la que el Tribunal de Justicia aclaró que esta disposición no define el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, sino que tiene únicamente por objeto «establecer las modalidades y el alcance del control de contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, que describen las prestaciones esenciales de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor».[54] Conforme a ello, 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».

117. Respecto a una clasificación entre los objetos mencionados en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, ha de señalarse que el legislador considera importante la indicación de la TAE porque atañe en definitiva a un objeto principal del contrato de crédito. En efecto, proporciona información sobre los costes que el prestatario deberá abonar al prestamista por la concesión del préstamo. La TAE es por tanto una de las prestaciones principales que corresponden al prestamista dentro del conjunto de derechos y obligaciones de las partes del contrato de crédito. Por consiguiente, una cláusula que contiene datos erróneos sobre los costes, porque la TAE se haya calculado mal, puede someterse a un control de contenido con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, siempre que no esté redactada de manera clara y comprensible.

118. Del auto del Tribunal de Justicia en el asunto Pohotovosť, antes citado, que presenta ciertos paralelismos con el presente asunto, pueden inferirse elementos en los que apoyar la anterior conclusión. En aquel asunto el Tribunal de Justicia trató entre otras la cuestión de si el hecho de que no se indique la TAE en un contrato de crédito puede ser un elemento decisivo cuando un juez nacional trate de determinar si una cláusula de un contrato de préstamo relativa al coste de éste en la que no consta dicha indicación está redactada de manera clara y comprensible en el sentido del artículo 4 de la Directiva 93/13. El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente a dicha cuestión,[55] atribuyendo al juez nacional la tarea de examinar en el marco de una apreciación del caso concreto si la cláusula controvertida cumple los citados requisitos de claridad y comprensibilidad.

119. No obstante, en el contexto de la cuestión de que se trata, resulta de mayor relevancia el hecho de que el Tribunal de Justicia, en las apreciaciones de dicho auto, afirmó asimismo implícitamente la posibilidad de control de una cláusula de ese tipo.[56] La circunstancia de que en el asunto Pohotovosť, antes citado, se trate de un dato que falta, y no como en el asunto principal de un dato falso, es desde el punto de vista de la valoración irrelevante para la cuestión de una eventual aplicabilidad de dicha jurisprudencia al asunto principal, máxime cuando en ambos casos se trata de información esencial

54 — Véase la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (citada en la nota 26 *supra*), apartado 34.

55 — Véase el auto Pohotovosť (citado en la nota 6 *supra*), apartado 77.

56 — *Ibidem*, apartado 73.

que, contrariamente a una exigencia expresa del Derecho de la Unión, no se integró en el contrato de crédito. En ambos casos se trata del mismo objeto del contrato, por lo que un control del contenido es en principio posible. Pero ello dependerá finalmente de si se cumple el requisito del carácter claro y comprensible, lo que según la jurisprudencia deberá examinar el órgano jurisdiccional nacional competente. [57]

iii) Carácter abusivo de la cláusula contractual

120. También incumbe al órgano jurisdiccional nacional valorar el carácter abusivo de la cláusula controvertida en el caso concreto. Esta valoración deberá efectuarse con arreglo a los criterios generales que el legislador de la Unión estableció en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13. [58] Como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Pannon GSM, antes citada, [59] el artículo 3 de la Directiva delimita de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula que no ha sido negociada individualmente, mientras que el anexo al que remite el artículo 3, apartado 3, de la Directiva sólo contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.

121. La cuestión de si la calificación de una práctica comercial de «desleal» en el sentido de la Directiva 2005/29 puede finalmente influir en su clasificación como abusiva en el sentido de la Directiva 93/13, como presume el órgano jurisdiccional remitente en su segunda pregunta, sólo puede responderse, a mi juicio, mediante una interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13. Tal como se aclaró por última vez en la sentencia Pénzügi Lízing, antes citada, [60] los criterios generales antes mencionados están en efecto sujetos en la Directiva a la competencia de interpretación del Tribunal de Justicia.

122. Dicha disposición establece concretamente que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa». Mediante la formulación amplia de esta disposición se insta al órgano jurisdiccional nacional a tener no sólo en cuenta el propio contenido del contrato sino también una pluralidad de otros factores relevantes. [61]

123. En particular, también han de ser tenidos en cuenta aquellos factores a los que se asocian determinadas apreciaciones jurídicas del legislador. Aboga por esta interpretación el hecho de que, según el tenor expreso de esta disposición, deben considerarse «todas las circunstancias que concurran en [la] celebración [del contrato]». Tanto el tenor como la finalidad del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como la relación de ambas Directivas entre sí dentro del Derecho de protección de los consumidores de la Unión, sugieren la conclusión de que han de entenderse también incluidas las conductas que, según la definición de «prácticas comerciales» contenida en el artículo 2, letra d), de la Directiva 2005/29, tienen por objeto atraer clientes con la finalidad de que se celebren contratos con consumidores. Un elemento en el que se apoya claramente esta interpretación es el considerando decimoquinto de la Directiva 93/13, según el cual al apreciar el carácter abusivo de las cláusulas «hay que prestar especial atención [...] a si *se ha inducido en algún modo al consumidor* a dar su acuerdo a la cláusula». [62]

57 — Véase la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (citada en la nota 26 *supra*), apartado 32.

58 — Véanse las sentencias de 9 de noviembre de 2010, Pénzügyi Lízing (C-137/08, Rec. p. I-10847), apartado 40; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (citada en la nota 26 *supra*), apartado 34; Freiburger Kommunalbauten (citada en la nota 22 *supra*), apartados 18, 19 y 21, y de 7 de mayo de 2002, Comisión/Suecia (C-478/99, Rec. p. I-4147), apartados 11 y 17.

59 — Sentencia (citada en la nota 8 *supra*), apartados 37 a 39.

60 — Sentencia (citada en la nota 58 *supra*), apartado 40.

61 — Véase Brandner, H. E., «Maßstab und Schranken der Inhaltskontrolle bei Verbraucherverträgen», *Monatsschrift für Deutsches Recht*, 4/1997, p. 313.

62 — El subrayado es mío. A juicio de Pfeiffer, T. (citado en la nota 15 *supra*), apartado 13, p. 5, pueden ser importantes a la hora de restringir la libertad de decisión: posiciones de monopolio fácticas o jurídicas de una parte contratante; una necesidad existencial o imperiosa de una parte en la prestación; la formación previa y la experiencia comercial; controles previos claramente concienzudos por parte del consumidor; existencia de una actividad diaria inestable; existencia de un contrato tipo; métodos de persuasión criticables (por ejemplo, llamamiento a la disponibilidad familiar contrario a las buenas costumbres), banalización (por ejemplo, firma «sólo para que conste en acta») o la existencia de una situación imprevista.

124. En este contexto, la eventual calificación de una práctica comercial de «desleal» según los criterios establecidos en la Directiva 2005/29 debe, a mi juicio, confluir con la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual. La calificación de «desleal» en el sentido de la Directiva 2005/29 no delimita, en efecto, más que una incidencia en la capacidad de valoración y en la libertad de decisión del consumidor desaprobada por el legislador. Ha de indicarse, a este respecto, que el carácter desleal de una práctica comercial que se manifiesta en tal incidencia proporcionará finalmente información sobre un factor esencial que deberá tenerse en cuenta en el marco de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual y, concretamente, sobre si el profesional ha actuado en su caso incumpliendo la exigencia de buena fe establecida en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Así se desprende expresamente del considerando decimoquinto de la Directiva 93/13. En estas circunstancias, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 puede en cierto modo dar cabida a valoraciones propias del Derecho sobre competencia desleal.

125. La convergencia en la orientación protectora de ambas Directivas a la que ya he apuntado,[63] se manifiesta en el hecho de que una influencia inadmisible del profesional en la formación de la voluntad del consumidor debido a una práctica comercial desleal va a redundar con relativa frecuencia en un desequilibrio en las relaciones contractuales en perjuicio del consumidor.[64] Ello no significa en modo alguno que el carácter desleal de una práctica comercial vaya a indicar automáticamente el carácter abusivo se una cláusula contractual. Por el contrario, la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual deberá realizarse en primer lugar con arreglo a las disposiciones de la Directiva 93/13 como Derecho directamente invocable. La circunstancia de que la práctica comercial que ha conducido a la celebración del contrato haya de calificarse de «desleal» puede a lo sumo tener importancia como un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar su apreciación con arreglo al artículo 4 de la Directiva 93/13.[65] En tal medida ha de convenirse con el Gobierno alemán[66] que la declaración de una práctica comercial desleal sólo puede incidir indirectamente en la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual.

d) Conclusión

126. Por consiguiente, debe responderse a la segunda pregunta de la segunda cuestión que la Directiva 2005/29 ha de interpretarse en el sentido de que la declaración del carácter desleal de una práctica comercial no tiene incidencia directa en la cuestión de si el contrato de crédito celebrado en el marco de dicha práctica comercial es válido.

3. Conclusiones generales

127. El examen anterior tiene por resultado que el comportamiento de un profesional que indica en el contrato una TAE inferior a la real cumple los requisitos para ser calificado de práctica comercial desleal tal como se establecen en la Directiva 2005/29.[67] Aunque esta Directiva no afecte en principio a la validez de los contratos,[68] procede observar que contiene determinadas valoraciones adoptadas por el legislador que el juez nacional debería tener en cuenta en la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual. Ha de atenerse a éstas en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva

63 — Véase el punto 90 de las presentes conclusiones.

64 — Véase Kapnopoulou, E. (citado en la nota 19 *supra*), p. 152, para quien la circunstancia de que se indujera a un consumidor a aceptar una cláusula contractual, y de que éste no se resistiera a esta intervención es indicio de un desequilibrio en el concreto contrato con consumidores.

65 — Abbamonte, G. (citado en la nota 38 *supra*), p. 16, no define expresamente una posición en relación a la cuestión de si las valoraciones de la Directiva 2005/29 deberían influir en la interpretación de la Directiva 93/13. Explica, no obstante, que el juez nacional, al conceder protección jurídica en el marco de una acción de Derecho civil del consumidor (dirigida a denunciar el contrato o a la disminución del precio) debe tener en cuenta circunstancias importantes como la utilización de prácticas comerciales desleales.

66 — Véase el apartado 51 del escrito del Gobierno alemán.

67 — Véase el punto 108 de las presentes conclusiones.

68 — Véanse los puntos 86 y 111 de las presentes conclusiones.

93/13, en particular por cuanto esta apreciación también debe hacerse «considerando todas las circunstancias que concurran en la celebración del contrato». Entre las referidas valoraciones también se encuentra la reprobación de una determinada práctica comercial, por ejemplo en forma de una influencia inadmisible por parte del profesional en la capacidad de discernimiento y la libertad de decisión del consumidor. La existencia de una práctica comercial desleal puede invocarse como indicio del carácter abusivo de una cláusula contractual pero no libera al juez nacional de su obligación de formular su apreciación en función de todas las circunstancias del caso concreto. [69]

VII. Conclusión

128. Habida cuenta de las consideraciones precedentes propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a la cuestión planteada por el Okresný súd Prešov:

«1) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores debe interpretarse en el sentido de que la cuestión de la subsistencia de un contrato con consumidores que contenga cláusulas abusivas no depende de si ello sería más favorable para el consumidor. No obstante, esta disposición no impide a los Estados miembros que en tal caso establezcan en sus ordenamientos jurídicos nacionales el efecto de la nulidad global del contrato.

2) La 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») ha de interpretarse en el sentido de que el comportamiento de un profesional que indica en el contrato una TAE inferior a la real cumple los criterios para ser calificado de práctica comercial desleal.

Aunque la comprobación de dicha práctica comercial desleal no tenga consecuencias directas para la valoración del carácter abusivo ni para la validez de una cláusula o de todo el contrato de crédito con arreglo a la Directiva 93/13, puede considerarse una circunstancia que concurre en la celebración del contrato que el juez nacional competente tendrá en cuenta en su apreciación conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13.»

69 — Véanse los puntos 120 y ss. de las presentes conclusiones.