



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE  
presentadas el 2 de junio de 2016<sup>1</sup>

## Asunto C-119/15

**Biuro podróży «Partner» Sp. z o.o., Sp. komandytowa w Dąbrowie Górniczej  
contra  
Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny  
(Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil, Polonia)]

«Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 93/13/CE — Directiva 2009/22/CE — Efecto erga omnes de una resolución judicial que declare abusiva una cláusula de condiciones generales a partir de la inclusión de dicha cláusula en un registro público — Sanción pecuniaria impuesta al profesional que ha utilizado esa cláusula o una cláusula similar en sus condiciones generales sin que este haya sido parte en el procedimiento que tiene por objeto la declaración del carácter abusivo de la cláusula — Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea — Derecho a ser oído»

### I. Introducción

1. Es evidente que una resolución judicial que declare abusiva una cláusula incluida en un contrato celebrado con consumidores tiene carácter vinculante como precedente judicial. Pero, ¿pueden los Estados miembros otorgar a tal resolución un efecto *erga omnes*, de forma que los profesionales que no intervinieron en el procedimiento queden vinculados por la misma? Esta es la cuestión que se debate ante el Tribunal de Justicia en el presente asunto.
2. La petición de decisión prejudicial se enmarca en un litigio en el que son parte un profesional y las autoridades polacas de protección de la competencia y de los consumidores, y que trata de la imposición de una multa a dicho profesional por utilizar, en sus contratos con consumidores, cláusulas relativas a las condiciones generales que se consideran equiparables a otras cláusulas que ya han sido consideradas abusivas e inscritas, por esta razón, en un registro público, a pesar de que dicho profesional no había sido parte en el procedimiento en el que se declaró el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el registro.
3. El órgano jurisdiccional remitente interroga al Tribunal de Justicia, principalmente, sobre la cuestión de si los artículos 6, apartado 1, y 7 de la Directiva 93/13/CEE,<sup>2</sup> en relación con artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22/CE,<sup>3</sup> se oponen a una normativa como la controvertida en el litigio de que conoce el Tribunal de Justicia.

1 — Lengua original: francés.

2 — Directiva del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29).

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO 2009, L 110, p. 30).

4. En ese contexto, el Tribunal de Justicia está llamado a fijar, por vez primera, los límites de la autonomía procesal de los Estados miembros en el marco de la Directiva 93/13 y el justo equilibrio entre la eficaz protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas y el derecho del profesional a ser oído, garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

## II. Marco jurídico

### A. Derecho de la Unión

#### 1. Directiva 93/13

5. El artículo 3 de la Directiva 93/13 establece:

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

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

[...]

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

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

6. En cuanto a la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual, el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva reza:

«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 concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.»

7. El artículo 6, apartado 1, de dicha 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 7 de la Directiva 93/13 establece:

«1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

3. Los recursos mencionados en el apartado 2 podrán dirigirse, respetando la legislación nacional, por separado o conjuntamente contra varios profesionales del mismo sector económico o contra sus asociaciones que utilicen o recomienden que se utilicen las mismas cláusulas contractuales generales o cláusulas similares.»

9. El artículo 8 de la Directiva 93/13 prevé que los Estados miembros podrán adoptar o mantener disposiciones más estrictas que las previstas en dicha Directiva, siempre que sean compatibles con el Tratado.

10. El artículo 8 *bis*, apartado 1, de la Directiva 93/13 es del siguiente tenor:<sup>4</sup>

«1. Cuando un Estado miembro adopte disposiciones con arreglo a lo dispuesto en el artículo 8, informará de ello a la Comisión, así como de todo cambio ulterior, en particular si dichas disposiciones:

[...]

— contienen listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas».

2. Directiva 2009/22

11. El artículo 1 de la Directiva 2009/22, en la versión que estaba en vigor cuando ocurrieron los hechos del litigio principal, titulado «Ámbito de aplicación», dispone:

«1. La presente Directiva tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las acciones de cesación a las que se refiere el artículo 2, destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores que se contemplan en las Directivas que aparecen enumeradas en el anexo I, con el fin de garantizar el buen funcionamiento del mercado interior.

2. A efectos de la presente Directiva, se entenderá por infracción cualquier acto contrario a las Directivas que figuran en el anexo I, tal y como estén transpuestas en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, que atente contra los intereses colectivos a que se refiere el apartado 1.»

12. El anexo I de la Directiva 2009/22, titulado «Lista de Directivas contempladas en el artículo 1», menciona, en el su punto 5, la Directiva 93/13.

4 — Cuando se produjeron los hechos del litigio principal, el artículo 8 *bis* no estaba aún en vigor. Así, dicho artículo fue introducido por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13 y la Directiva 1999/44 del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64). Según el artículo 28, apartado 2, de la Directiva 2011/83, ésta se aplicará a los contratos celebrados después del 13 de junio de 2014.

13. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2009/22, titulado «Acciones de cesación», dispone:

«Los Estados miembros designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas en el sentido del artículo 3 a fin de obtener que:

- a) se ordene, con toda la diligencia debida, en su caso mediante procedimiento de urgencia, la cesación o la prohibición de toda infracción;
- b) se adopten, en su caso, medidas como la publicación, total o parcial, y en la forma que se estime conveniente, de la resolución, o que se publique una declaración rectificativa con vistas a suprimir los efectos duraderos derivados de la infracción;
- c) en la medida en que el ordenamiento jurídico del Estado miembro interesado lo permita, se condene a la parte demandada perdedora a abonar al Tesoro público o al beneficiario designado por la legislación nacional, o en virtud de la misma, en caso de inejecución de la resolución en el plazo establecido por las autoridades judiciales o administrativas, una cantidad fija por cada día de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional, al objeto de garantizar el cumplimiento de las resoluciones.»

#### B. *Derecho polaco*

##### 1. Ley de Defensa de la Competencia y Protección de los Consumidores

14. El artículo 24, apartado 1 y apartado 2, número 1, de la Ustawa o ochronie Konkurencji i Konsumentów (Ley de Defensa de la Competencia y Protección de los Consumidores) (Dz. U. n.º 50, posición 331), en su versión aplicable al asunto del litigio principal, establece lo siguiente:<sup>5</sup>

«1. Se prohíbe el recurso a prácticas que vulneren los intereses colectivos de los consumidores.

2. Se entiende por práctica que vulnera los intereses colectivos de los consumidores cualquier comportamiento ilícito de un profesional que amenace dichos intereses, en particular:

- 1) la utilización de cláusulas de condiciones generales que hayan sido incluidas en el registro de cláusulas de condiciones generales consideradas ilícitas, a que se refiere el artículo 479<sup>45</sup> de la Ley de 17 de noviembre de 1964, por la que se aprueba el Código de Procedimiento Civil (Dz. U., n.º 43, posición 296, modificada)».

15. El artículo 26, apartado 1, de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores dispone:

«1. Cuando el [presidente de la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores] compruebe que se ha infringido la prohibición establecida en el artículo 24, adoptará una resolución en la que declare que la práctica en cuestión vulnera los intereses colectivos de los consumidores y exigirá que se ponga fin a la misma [...]».

<sup>5</sup> — Consta en la resolución de remisión que el artículo 24, apartado 2, punto 1, de la Ley de Competencia y Protección de los Consumidores es una adaptación al Derecho polaco de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (DO 1998, L 166, p. 51), que fue derogada y sustituida por la Directiva 2009/22 a partir del 29 de diciembre de 2009.

16. El artículo 106, apartado 1, número 4, de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores dispone:

«1. El [presidente de la Oficina de Protección de la Competencia y de los Consumidores] podrá imponer al profesional, a través de una resolución, una multa cuyo importe no podrá superar el 10 % de la facturación realizada durante el ejercicio anterior al año en que se imponga la multa, cuando, aún de forma involuntaria, dicho profesional:

[...]

4) haya recurrido a una práctica que vulnera los intereses colectivos de los consumidores, en el sentido del artículo 24.»

## 2. Código de Procedimiento Civil

17. Los artículos 479<sup>42</sup>, apartado 1, 479<sup>43</sup> y 479<sup>45</sup>, apartados 1 a 3, de la Ustawa — Kodeks postępowania cywilnego (Ley del Código de Procedimiento Civil) (Dz. U. 2014, posición 101), en su versión aplicable al asunto del litigio principal (en lo sucesivo, «Código de Procedimiento Civil»), disponen:<sup>6</sup>

«Artículo 479<sup>42</sup>

1. Si se estima la demanda, el tribunal reproducirá, en el fallo de su sentencia, el contenido de las cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas y prohibirá su utilización.

Artículo 479<sup>43</sup>

La sentencia definitiva producirá efectos frente a terceros a partir de la inclusión de la cláusula de condiciones generales declarada ilícita en el registro mencionado el artículo 479<sup>45</sup>, apartado 2.

Artículo 479<sup>45</sup>

1. El tribunal transmitirá una copia de la sentencia firme estimatoria de la demanda al [presidente de la Oficina de la Protección de la Competencia y de los Consumidores].

2. El [presidente de la Oficina de la Protección de la Competencia y de los Consumidores] llevará el registro de cláusulas de condiciones generales declaradas ilícitas, que se basará en las sentencias a que se refiere el apartado 1.

3. El registro mencionado en el apartado 2 es público.»

## III. Hechos y litigio principal, cuestiones prejudiciales y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

18. Mediante resolución de 22 de noviembre de 2011, el presidente del Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Oficina de la Protección de la Competencia y de los Consumidores, Polonia; en lo sucesivo, «UOKiK») impuso una multa de 21 127 zlotys (unos 4 940 euros) a la sociedad HK Zakład Usługowo Handlowy «Partner» Sp. z o.o. (en lo sucesivo, «HK Partner»), que ejerce una actividad económica, entre otros, en el ámbito de los servicios turísticos. Dicha resolución fue adoptada con arreglo al artículo 24, apartados 1 y 2, punto 1, y al artículo 106, apartado 1, punto 4, de la Ley de la

6 — De la resolución de remisión se desprende que los artículos 479<sup>42</sup>, apartado 1, 479<sup>43</sup> y 479<sup>45</sup>, apartados 1 a 3, del Código de Procedimiento Civil fueron introducidos en Derecho polaco para transponer la Directiva 93/13.

Competencia y de la Protección de los Consumidores por la utilización por parte de HK Partner de cláusulas de condiciones generales de venta de viajes consideradas similares a otras cláusulas que habían sido declaradas ilícitas con anterioridad y fueron luego incluidas en el registro público de cláusulas abusivas, mencionado en el artículo 479<sup>45</sup>, apartado 2, del Código de Procedimiento Civil (en lo sucesivo, «registro de cláusulas abusivas»)<sup>7</sup>.

19. HK Partner interpuso un recurso contra la resolución del presidente de la UOKiK de 22 de noviembre de 2011 ante el Sąd Okręgowy w Warszawie — Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunal Regional de Varsovia — Tribunal de Protección de la Competencia y de los consumidores; en lo sucesivo, «SOKiK»), solicitando que se anulase dicha resolución o, con carácter subsidiario, que se redujera la sanción pecuniaria. Durante el procedimiento ante el SOKiK, se produjo la escisión de HK Partner, a raíz de la cual la demandante, la sociedad Biuro podróży «Partner» Sp. Z o.o. (en lo sucesivo, «Biuro podróży Partner»), se subrogó en todos los derechos y obligaciones de HK Partner relacionados con la actividad turística. Mediante sentencia de 19 de noviembre de 2013, el SOKiK desestimó el recurso, confirmando la apreciación del presidente de la UOKiK sobre la similitud de las cláusulas utilizadas por HK Partner con las cláusulas incluidas en el registro de cláusulas abusivas.

20. La Biuro podróży Partner interpuso recurso de apelación ante el Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny (Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil, Polonia), solicitando la anulación de la resolución de 22 de noviembre de 2011 del Presidente de la UOKiK y, con carácter subsidiario, la anulación de la sentencia del SOKiK de 19 de noviembre de 2013 y que se devolviese el asunto ante dicho tribunal para volver a examinarlo.

21. Al albergar dudas en relación con la interpretación del Derecho de la Unión, el Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny. (Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil) resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) A la luz de los artículos 6, apartado 1, y 7, la [Directiva 93/13], en relación con los artículos 1 y 2 de la [Directiva 2009/22], ¿puede considerarse que el uso, en las condiciones generales de la contratación, de disposiciones que en cuanto a su contenido son idénticas a disposiciones que han sido declaradas ilícitas mediante sentencia firme e incluidas en el registro de disposiciones de las condiciones generales de la contratación ilícitas en lo que se refiere a un empresario que no participó en el procedimiento que terminó con la inclusión en el Registro de disposiciones de las condiciones generales de la contratación ilícitas, es un acto contrario a Derecho que constituye, a la luz del Derecho nacional, un comportamiento que lesiona los intereses colectivos de los consumidores, por lo que se le puede imponer una multa en un procedimiento administrativo nacional?
- 2) A la luz del artículo 267 TFUE, apartado 3, ¿es el Tribunal de segunda instancia, contra cuya resolución recaída en apelación cabe un recurso de casación, tal como prevé el Código de procedimiento civil de la República de Polonia, un tribunal cuyas resoluciones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, o es el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo, Polonia), que decide sobre el recurso de casación, tal tribunal?»

7 — Debo señalar que el término «abusivo» no figura en la normativa polaca, que utiliza más bien el término «ilícito» (véanse los puntos 14 a 17 de las presentes conclusiones). Sin embargo, me permito suponer que ambos términos tienen el mismo significado, teniendo en cuenta que la normativa polaca fue adaptada al Derecho de la Unión. Las cláusulas controvertidas, utilizadas por HK Partner, se refieren a la responsabilidad del participante, es decir, del consumidor, por los daños causados por él o por las personas a su cargo, a la exención de responsabilidad de HK Partner en caso de que sobrevengan determinados acontecimientos, así como a la no devolución del importe de las prestaciones no utilizadas por el participante. Por ejemplo, una de las cláusulas controvertidas dice: «[HK Partner] no devolverá el importe de las prestaciones no utilizadas por el participante por motivos que sean imputables a este último».



22. A la vista de la jurisprudencia clara del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del artículo 267 TFUE, apartado 3,<sup>8</sup> la segunda cuestión prejudicial no plantea cuestiones jurídicas nuevas. Por lo tanto, sólo procede presentar conclusiones en relación con la primera cuestión prejudicial, la única aún inédita.

23. El Gobierno polaco y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas. El Gobierno polaco y la Comisión han intervenido en la vista, celebrada el 9 de marzo de 2016.

#### IV. Análisis jurídico

##### A. Observaciones preliminares

1. Sobre el sistema polaco de protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas

24. Procede, con carácter previo, dar algún detalle sobre el sistema polaco de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, que instaura tres modalidades de control de las cláusulas abusivas: un control individual, un control *in abstracto* y un control administrativo.<sup>9</sup>

25. El control individual se ejerce con ocasión de los litigios ante los órganos jurisdiccionales ordinarios entre consumidores y profesionales relativos al carácter abusivo de las cláusulas incluidas en los contratos particulares. La resolución judicial relativa a un control individual sólo vincula a las partes en el procedimiento.

26. En cambio, el control *in abstracto* es ejercido por un órgano jurisdiccional especializado, el SOKiK, y está sometido a un procedimiento particular regulado, entre otros, por los artículos 479<sup>42</sup>, apartado 1, 479<sup>43</sup> y 479<sup>45</sup>, apartados 1 a 3, del Código de Procedimiento Civil.<sup>10</sup> Este control, que únicamente afecta a las cláusulas incluidas en condiciones generales, va dirigido a eliminar las cláusulas de carácter abusivo. La apreciación del SOKiK se basa en la redacción de la cláusula impugnada, siendo independiente de la forma en que se utiliza dicha cláusula en los contratos particulares.<sup>11</sup> De esta forma, pueden dirigirse al SOKiK, entre otros, un consumidor cualquiera, con independencia de que haya suscrito o no un contrato, las entidades privadas de defensa de los intereses de los consumidores, así como el presidente de la UOKiK.<sup>12</sup>

8 — Véanse, en particular, las sentencias de 4 de junio de 2002, Lyckeskog (C-99/00, EU:C:2002:329), apartados 16 a 19, y de 16 de diciembre de 2008, Cartesio (C-210/06, EU:C:2008:723), apartados 75 a 79.

9 — La siguiente exposición sobre el sistema polaco se basa en las informaciones proporcionadas por el órgano jurisdiccional remitente, completadas por el Gobierno polaco, que no parecen haber sido contradichas. Véase, en cuanto al sistema polaco, Trzaskowski, R., *Skutki uznania postanowienia wzorca umowy za niedozwolone i jego wpisu do rejestru w sferze przeciwdziałania praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów (art. 24 ust. 2 pkt 1 u.o.k.i.k.) w świetle orzecznictwa Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Prawo w działaniu sprawy cywilne, 20/2014, p. 123. Resulta que el sistema polaco de protección de los consumidores fue modificado por la Ley de 5 de agosto de 2015, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia y Protección de los Consumidores y otras leyes (Dz. U. 2015, posición 1634). Sin embargo, dicha modificación no entró en vigor hasta el 17 de abril de 2016 y los procedimientos anteriores a dicha fecha se substanciaron según las normas anteriores (artículo 8 de la Ley).

10 — Véase el punto 17 de las presentes conclusiones.

11 — Según el Gobierno polaco, el SOKiK establece, al realizar su control *in abstracto*, el «contenido normativo» de la cláusula en cuestión.

12 — Con arreglo al artículo 479<sup>38</sup>, apartados 1 y 2, del Código de Procedimiento Civil, el control *in abstracto* también puede realizarse a iniciativa de un mediador regional de protección de los consumidores, así como, si se cumplen ciertos requisitos, de una organización extranjera inscrita en la lista del organizaciones habilitadas para ejercitar en los Estados miembros una acción declarativa del carácter ilícito de las cláusulas de condiciones generales, lista publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

27. Cuando el SOKiK se pronuncia sobre el carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales en el marco del control *in abstracto*, reproduce, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 479<sup>42</sup>, apartado 1, del Código de Procedimiento Civil, en el dispositivo de su sentencia, el contenido de la cláusula impugnada, prohibiendo su utilización. La sentencia estimatoria de la demanda debe publicarse a continuación y la cláusula declarada abusiva debe incluirse en el registro de cláusulas abusivas llevado por el presidente de la UOKiK. Según el Gobierno polaco, cuando se incluye una cláusula en el registro, no es posible corregirla ni cancelar su inclusión en el registro.

28. Según el Gobierno polaco, el control administrativo está estrechamente ligado al control *in abstracto*, dado que da cumplimiento a las sentencias del SOKiK. En efecto, al realizarse el control administrativo, el presidente de la UOKiK determina si la cláusula impugnada es idéntica o parecida a una cláusula contractual que ya esté incluida en el registro de cláusulas abusivas, teniendo en cuenta, en particular, el contenido de cláusula impugnada y sus efectos para el consumidor. Para que haya parecido, no es necesario que el contenido de las cláusulas comparadas sea idéntico. Basta con comprobar que la cláusula impugnada corresponde al supuesto de la cláusula incluida en dicho registro. En general, el profesional cuyas cláusulas de condiciones generales ya son objeto de control administrativo no tiene la posibilidad de cuestionar el carácter abusivo de la cláusula impugnada en circunstancias particulares sino, únicamente, su parecido con las cláusulas incluidas en el registro.

29. Cuando el presidente de la UOKiK compruebe que se ha infringido la prohibición establecida en el artículo 24, apartado 2, punto 1, de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores,<sup>13</sup> ordenará, mediante una resolución, que cese la práctica que vulnera los intereses colectivos de los consumidores y, en su caso, la imposición de una multa al profesional, con arreglo al artículo 106, apartado 1, punto 4, de dicha Ley.

30. Las resoluciones del presidente de la UOKiK están sometidas al control jurisdiccional ejercido por el SOKiK, como órgano jurisdiccional de primera instancia y por el Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny (Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil) como órgano jurisdiccional de segunda instancia.<sup>14</sup> De la resolución del órgano jurisdiccional remitente se desprende que dicho control jurisdiccional no tiene por objeto examinar el carácter abusivo de la cláusula impugnada, sino únicamente determinar si es similar a otras cláusulas que ya figuran en el registro de cláusulas abusivas.

## 2. Sobre el contenido de la primera cuestión prejudicial

31. De la resolución de remisión se desprende que existen dudas acerca de la interpretación del artículo 24, apartado 2, punto 1, de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores y del artículo 479<sup>43</sup> del Código de Procedimiento Civil,<sup>15</sup> que suscitan divergencias tanto jurisprudenciales como doctrinales. Según el órgano jurisdiccional remitente, existen dos tesis opuestas en la materia.

13 — Según su redacción, el artículo 24, apartado 2, punto 1, de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores se refiere a la «utilización de cláusulas de condiciones generales incluidas en el registro». Sin embargo, el Gobierno polaco aclara que, según la jurisprudencia del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo) y del SOKiK, la utilización de cláusulas «parecidas» se considera también una vulneración de los intereses colectivos de los consumidores, en el sentido de dicho artículo.

14 — También es posible que pueda interponerse, más adelante, un recurso de casación ante el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo).

15 — El órgano jurisdiccional remitente se refiere, en este punto, al apartado 2 del artículo 479<sup>43</sup>. No obstante, me parece evidente que se trata de un error material, dado que dicho apartado 2 no aparece en la exposición del Derecho nacional realizada por el órgano jurisdiccional remitente ni en las observaciones del Gobierno polaco y de la Comisión.



32. Según la primera tesis, sostenida por el presidente de la UOKiK en el asunto principal y basada en una lectura literal del artículo 479<sup>43</sup> del Código de Procedimiento Civil, las resoluciones pronunciadas por el SOKiK en el marco del control *in abstracto* tienen efectos *erga omnes* frente a cualquier profesional a partir de su inclusión en el registro de cláusulas abusivas<sup>16</sup> (en lo sucesivo, «primera tesis interpretativa»).

33. Según la segunda tesis, la que describen el órgano jurisdiccional remitente y el Gobierno polaco, una resolución del SOKiK que declare la ilicitud de una cláusula de condiciones generales sólo afecta a la cláusula concreta objeto del procedimiento y sólo vincula a las partes litigantes.

34. El órgano jurisdiccional remitente estima que, para interpretar correctamente las disposiciones nacionales de que se trata, deben tenerse en cuenta las exigencias del Derecho de la Unión, lo cual justifica la petición de decisión prejudicial. Más concretamente, este órgano jurisdiccional se pregunta si los artículos 6, apartado 1, y 7 de la Directiva 93/13, y los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22, se oponen a la normativa polaca aplicable, según la exégesis de la primera tesis interpretativa y, en particular, si tal interpretación sería acorde con el derecho fundamental del profesional a ser oído.

35. Si bien no corresponde al Tribunal de Justicia, en el marco de un procedimiento promovido en virtud del artículo 267 TFUE, pronunciarse sobre la interpretación de las normas de Derecho interno, incluyendo en ello elección entre dos posibles interpretaciones, ni sobre la compatibilidad de normas de Derecho interno con el Derecho de la Unión, dado que estos cometidos corresponden exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente, el Tribunal de Justicia, al pronunciarse por vía prejudicial, es competente para proporcionar al tribunal nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho de la Unión que le permitan apreciar la compatibilidad de las normas de Derecho interno con la normativa de la Unión.<sup>17</sup>

36. Deseo recordar, a este respecto, que corresponde al órgano jurisdiccional remitente hacer todo lo que sea de su competencia para interpretar las normas nacionales aplicables al procedimiento principal, tanto como sea posible, a la luz del texto y de la finalidad del Derecho de la Unión, tomando en consideración la totalidad de su Derecho interno y aplicando los métodos de interpretación reconocidos por éste, para garantizar la plena efectividad de la Directiva 93/13 y alcanzar una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.<sup>18</sup>

37. A pesar de la formulación de la primera cuestión prejudicial, considero que procede examinar esa cuestión a la luz de la Directiva 93/13 en su integridad, teniendo en cuenta, asimismo, las exigencias que se derivan de la Carta, especialmente, de su artículo 47 relativo al derecho a ser oído. Debo recordar, a tal respecto, que para dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional que le haya planteado una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho de la Unión a las que el juez nacional no se haya referido en el enunciado de su cuestión.<sup>19</sup>

38. En consecuencia, considero que debe entenderse que el fin de la cuestión prejudicial es averiguar si la Directiva 93/13, en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22 y con el artículo 47 de la Carta, ha de interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prevé la imposición de una multa al profesional que utiliza, en sus contratos con los consumidores, cláusulas

16 — A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente distingue entre los efectos «subjetivos» y «objetivos» de una sentencia que declare abusiva una cláusula contractual, en el sentido de que la primera variante se refiere a que los efectos de la sentencia se extienden a aquellos que no han sido parte en el procedimiento ante el SOKiK y la segunda a que la sentencia surte sus efectos tanto en relación con las cláusulas idénticas como con las similares.

17 — Véanse las sentencias de 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria (C-83/14, EU:C:2015:480), apartado 62 y jurisprudencia citada, y de 26 de noviembre de 2014, Mascolo y otros (C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13, EU:C:2014:2401), apartados 81 y 83 y jurisprudencia citada.

18 — Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), apartado 72 y jurisprudencia citada. A la vista de la jurisprudencia del Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo), considero que el órgano jurisdiccional remitente dispone de cierto margen de maniobra en relación con la interpretación de las disposiciones nacionales pertinentes.

19 — Véase la sentencia de 14 de junio de 2007, Medipac-Kazantzidis (C-6/05, EU:C:2007:337), apartado 34 y jurisprudencia citada.

de condiciones generales consideradas parecidas a las cláusulas que ya han sido declaradas abusivas y han sido incluidas, como tales, en un registro público, pese a que dicho profesional no haya participado en el procedimiento en el que se haya declarado el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el registro.

## B. Sobre la interpretación de la Directiva 93/13

### 1. Observaciones generales

39. El sistema de protección que establece la Directiva 93/13 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.<sup>20</sup> A este respecto, los artículos 6 y 7 de dicha Directiva obligan a los Estados miembros a garantizar «medios adecuados y eficaces» para que cese la aplicación de las cláusulas abusivas en los contratos de consumo<sup>21</sup> y a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, procurando, según los términos del Tribunal de Justicia, «reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas».<sup>22</sup>

40. No cabe duda de que un régimen como el establecido por la normativa polaca es idóneo para garantizar a los consumidores una protección elevada.<sup>23</sup> Al atribuir a las resoluciones dictadas en el marco del control abstracto un efecto *erga omnes* y al permitir la imposición de cuantiosas multas<sup>24</sup> a los profesionales, dicho régimen impide rápida y eficazmente el uso de las cláusulas declaradas abusivas y de cláusulas análogas que supongan un efecto negativo equiparable para el consumidor. Además, tal régimen impide que se soslaye la legislación por medio de ligeras modificaciones, tanto de redacción como de estilo, en las cláusulas ya prohibidas.<sup>25</sup>

41. Como alega el Gobierno polaco, la Directiva 93/13 no establece un modelo particular que deba aplicarse por los Estados miembros para poner fin al uso de las cláusulas abusivas. Tampoco aclara cuál es el efecto jurídico de la declaración del carácter abusivo de una cláusula contractual, dado que la Directiva se basa en el principio de autonomía procesal de los Estados miembros. El artículo 6, apartado 1, de dicha Directiva remite a las condiciones establecidas en los Derechos nacionales de los

20 — Véanse las sentencias de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252), apartado 22, y de 29 de octubre de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), apartados 17 y 19 y jurisprudencia citada. Sobre esa base, el Tribunal de Justicia ha considerado que el juez nacional está obligado a apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva cuando disponga de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para hacerlo. Véanse las sentencias de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283), apartado 62; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), apartado 35; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659), apartado 56, y de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 46. En cuanto al alcance de esta obligación del juez nacional, véanse las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), de 18 de febrero de 2016, Finanmadrid EFC (C-49/14, EU:C:2016:98), y de 30 de mayo de 2013, Jörös (C-397/11, EU:C:2013:340), así como conclusiones del Abogado General Sharpston presentadas en el asunto Radlinger y Radlingerová (C-377/14, EU:C:2015:769) y las presentadas por el Abogado General Szpunar en el asunto Banco Primus (C-421/14, EU:C:2016:69).

21 — Véase también los considerandos 4 y 21 de la Directiva 93/13.

22 — Véanse las sentencias de 29 de octubre de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), apartado 18 y jurisprudencia citada, de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88), apartado 20 y jurisprudencia citada, y de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 45 y jurisprudencia citada. El Tribunal de Justicia también ha declarado que el artículo 6 de la Directiva 93/13 debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público. Véanse, sobre esta cuestión, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones (C-40/08, EU:C:2009:615), apartado 52, y de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito (C-488/11, EU:C:2013:341), apartado 44.

23 — El objetivo de garantizar un alto nivel de protección a los consumidores también aparece consagrado en el artículo 169 TFUE, apartado 1, y en el artículo 38 de la Carta.

24 — En virtud del artículo 106, apartado 1, punto 4, de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores, las multas pueden llegar al 10 % de la facturación del personal de que se trate. Véase el punto 16 de las presentes conclusiones.

25 — El Gobierno polaco pone de relieve que una de las mayores dificultades para que cesen las cláusulas abusivas es su facilidad de difusión y reproducción por otros profesionales y su reutilización tras ser «retocadas».

Estados miembros,<sup>26</sup> y el artículo 8 de dicha Directiva incluso autoriza la adopción o el mantenimiento de disposiciones nacionales más estrictas que las contempladas en la Directiva.<sup>27</sup> Sin embargo, de ello no se deriva que los Estados miembros disfruten de una libertad absoluta para adoptar disposiciones más estrictas en relación con las cláusulas abusivas. Como se desprende del artículo 8 de la Directiva 93/13, dichas disposiciones han de ser compatibles con los Tratados.

42. Pues bien, contrariamente a lo alegado por el Gobierno polaco, considero que un régimen como el que defienden los partidarios de la primera tesis interpretativa no se adecúa a las exigencias de la Directiva 93/13, en relación con la Carta. Esta conclusión se basa en las consideraciones expuestas más abajo en respuesta a los argumentos sostenidos por el Gobierno polaco y la Comisión.

## 2. Sobre la apreciación concreta e individual del carácter abusivo

### a) Sobre el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13

43. Del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 se desprende que el carácter abusivo de una cláusula incluida en los contratos celebrados con consumidores 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».<sup>28</sup>

44. Así, por lo que respecta a la apreciación de su carácter abusivo, una cláusula contractual no puede aislarse de su contexto. Por consiguiente, dicha apreciación no es absoluta, sino más bien relativa, en la medida en que depende de los hechos concretos relacionados con la celebración del contrato,<sup>29</sup> entre ellos, el efecto cumulativo de todas las cláusulas del contrato.<sup>30</sup>

45. De la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende asimismo que este no puede pronunciarse sobre la aplicación de los criterios generales utilizados por el legislador de la Unión para definir el concepto de cláusula abusiva a una cláusula particular que debe ser examinada en función de las circunstancias propias del caso concreto, apreciación que incumbe al juez nacional.<sup>31</sup>

26 — Véase, a este respecto, la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88), apartado 26. No obstante, la regulación procesal de los diferentes Estados miembros debe responder al doble requisito de no ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares reguladas por el Derecho interno (principio de equivalencia) y de no hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos a los consumidores por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). Véanse las sentencias de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88), apartado 26 y de 29 de octubre de 2015, BBVA (C-8/14, EU:C:2015:731), apartado 24 y jurisprudencia citada.

27 — Véase también la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 40, en la que el Tribunal de Justicia subraya que la sanción de nulidad de una cláusula abusiva, establecida en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, no excluye otro tipo de sanciones adecuadas y eficaces que prevean las normativas nacionales.

28 — Véase también el considerando 15 de la Directiva 93/13, según el cual también es «necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales», así como los considerandos 16, 18 y 19, que mencionan los elementos que, a este respecto, pueden tenerse en cuenta, a saber, entre otros, la exigencia de buena fe, la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio.

29 — Véanse las sentencias de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88), apartado 41, de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, EU:C:2004:209), apartados 21 y 22, y de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 66.

30 — Véase la sentencia de 21 de abril de 2016, Radlinger y Radlingerová (C-377/14, EU:C:2016:283), apartado 95.

31 — Véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, EU:C:2004:209), apartado 22, y de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), apartado 42. Si bien el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia de 27 de junio de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores (C-240/98 a C-244/98, EU:C:2000:346), apartado 24, que una cláusula redactada previamente por un profesional, cuyo objeto consiste en atribuir la competencia, en todos los litigios que tengan su origen en el contrato, a un órgano jurisdiccional en cuyo territorio se hallaba el domicilio del profesional, reúne todos los criterios para ser calificada de abusiva en el sentido de la Directiva 93/13, la jurisprudencia posterior demuestra que dicho asunto constituía un caso muy excepcional. Véase la sentencia de 1 de abril de 2004, Freiburger Kommunalbauten (C-237/02, EU:C:2004:209), apartados 22 y 23, en la que el Tribunal de Justicia precisó que el asunto Océano trataba de «una cláusula que favorecía exclusivamente al profesional y sin contrapartida alguna para el consumidor, poniendo en tela de juicio, independientemente del tipo de contrato, la eficacia de la protección jurisdiccional de los derechos que [la Directiva 93/13] reconoce al consumidor. Por ello, en tal caso, era posible apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula sin necesidad de examinar todas las circunstancias propias de la celebración del contrato ni de apreciar las ventajas y desventajas vinculadas a esta cláusula en el Derecho nacional aplicable al contrato».

46. Así pues, una cláusula contractual puede considerarse abusiva en determinadas circunstancias y no serlo en otras,<sup>32</sup> en particular en función del precio pagado por el consumidor.<sup>33</sup> La apreciación del carácter abusivo también puede cambiar a lo largo del tiempo en función de una modificación en el Derecho aplicable al contrato.<sup>34</sup>

47. Evidentemente, existen cláusulas contractuales manifiestamente abusivas, lo cual facilita la apreciación que corresponde realizar al juez nacional, de conformidad con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, sin por ello privar a dicha apreciación de su carácter concreto. Con frecuencia, tales cláusulas serían también contrarias a las normas de Derecho imperativo de los Derechos nacionales en materia de consumo o de contratación.

48. Es evidente que una resolución judicial nacional que declare, con carácter general, que una cláusula contractual es abusiva o no conforme con las normas de obligado cumplimiento tendría, como precedente, efectos indirectos significativos sobre otros profesionales que utilizaran, en sus contratos con los consumidores, cláusulas idénticas o similares, puesto que está claro que tales profesionales deben esperar una apreciación similar cuando se realice un control jurisdiccional sobre sus contratos. No es menos cierto que la apreciación del carácter abusivo varía de un contrato a otro en función de las circunstancias particulares que concurren en el contrato y en la cláusula de que se trata, así como en función del Derecho aplicable.

49. Por consiguiente, un régimen según el cual, con carácter general, el carácter abusivo de las cláusulas de condiciones generales debe establecerse de una vez por todas, en un procedimiento judicial *in abstracto*, me parece difícil, o incluso imposible, de conciliar con el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, que exige que la apreciación del carácter abusivo sea concreta y se base en las circunstancias particulares.

b) Sobre la lista de las cláusulas abusivas que figuran en el anexo de la Directiva 93/13

50. La Directiva 93/13 recoge, en su anexo, una lista que su artículo 3, apartado 3, califica como «lista indicativa y no exhaustiva de las cláusulas que pueden ser declaradas abusivas».<sup>35</sup>

32 — Véanse, de forma parecida, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en los asuntos acumulados Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:15), señalando que «una cláusula contractual puede no ser abusiva en abstracto pero serlo únicamente en determinadas circunstancias, o puede ser potencialmente abusiva pero haber sido negociada individualmente en una situación concreta, y, por consiguiente, ser vinculante para el consumidor de que se trate».

33 — Señalo, a título de ejemplo que una cláusula que estipula, como ocurre en el caso de autos, que una agencia de viajes no devolverá el importe de las prestaciones no utilizadas por el participante por motivos que sean imputables a este último, puede considerarse abusiva en determinadas circunstancias, en particular, teniendo en cuenta el elevado precio pagado por el consumidor por el servicio. En cambio, si el consumidor ha obtenido una reducción considerable en relación con el valor de mercado de los servicios de que se trate, es fácil que el resultado de la apreciación del carácter abusivo de tal cláusula difiera. Del considerando 19 de la Directiva 93/13 se desprende que, aunque, en virtud del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva la relación calidad/precio no sea, por sí misma, objeto de la apreciación del carácter abusivo, sí podrá tenerse en cuenta en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas.

34 — Véase, en este sentido, la sentencia de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2004:209), apartado 21. Véanse también las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas en el asunto *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2003:504), en las que manifiesta que puede ocurrir que «el mismo tipo de cláusula tenga distintas consecuencias jurídicas en distintos ordenamientos jurídicos nacionales».

35 — Según el considerando 17 de la Directiva 93/13, «los Estados miembros [...] pueden someter [la lista] a añadidos o a formulaciones más restrictivas, en particular con respecto al alcance de dichas cláusulas». Véanse también las sentencias de 26 de abril de 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 25 y jurisprudencia citada, y de 14 de marzo de 2013, *Aziz* (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 70.



51. Inicialmente, la Comisión propuso la introducción de una verdadera lista «negra» de las cláusulas consideradas abusivas en toda circunstancia, y luego, una lista «gris» de las cláusulas presuntamente abusivas. Sin embargo, estos enfoques no lograron el apoyo del Consejo de la Unión Europea, que optó por una lista de carácter puramente indicativo.<sup>36</sup> El Tribunal de Justicia confirmó que «una cláusula que figura en dicho anexo no debe necesariamente considerarse abusiva y [que], por el contrario, una cláusula que no figura en él, puede, sin embargo, ser declarada abusiva».<sup>37</sup>

52. En mi opinión, la opción elegida por el legislador en cuanto al carácter de la lista demuestra a las claras las dificultades que surgen a la hora de identificar las cláusulas que serán abusivas en toda circunstancia, aunque se trate de cláusulas como las que figuran en dicha lista, consideradas especialmente problemáticas por el desequilibrio que crean en perjuicio del consumidor.<sup>38</sup> Todo ello se manifiesta también en la flexibilidad que se manifiesta en el texto de la lista.<sup>39</sup>

c) Sobre la posibilidad de adoptar listas nacionales de cláusulas abusivas en virtud del artículo 8 de la Directiva 93/13

53. Cuando, con arreglo al artículo 8 *bis*, apartado 1, de la Directiva 93/13, un Estado miembro «adopte disposiciones [...] [que] cont[engan] listas de cláusulas contractuales que se consideren abusivas», tendrá, en virtud de esa misma disposición, la obligación de informar de ello a la Comisión.<sup>40</sup> Contrariamente a la lista indicativa incluida en el anexo de dicha Directiva, las listas nacionales adoptadas en virtud del artículo 8 pueden tener un efecto vinculante, ya sean «negras» o «grises».<sup>41</sup>

36 — Véanse el artículo 2, punto 2, y el considerando 12 de la propuesta de Directiva del Consejo sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [COM(90) 322 final], la propuesta reexaminada de 26 de enero de 1993 sobre la enmienda n.º 4 [COM(93) 11 final], la posición común del Consejo de 22 de septiembre de 1992 y la comunicación de la Comisión de 22 de octubre de 1992 al Parlamento Europeo sobre la posición común del Consejo (SEC(92) 1944 final SYN 285), publicadas en el *Journal of Consumer Policy*, 1992, 15, p. 473 a 491. En la exposición de motivos de su propuesta reexaminada, la Comisión señala que la adopción de una lista «negra» se adapta mal «en cierta medida, a la redacción actual de las cláusulas del Anexo, principalmente si se tienen en cuenta los términos discrecionales contenidos en muchas de sus cláusulas».

37 — Véanse las sentencias de 1 de abril de 2004, *Freiburger Kommunalbauten* (C-237/02, EU:C:2004:209), apartado 20, y de 7 de mayo de 2002, *Comisión/Suecia* (C-478/99, EU:C:2002:281), apartado 20. En esta última, relativa a la transposición al Derecho sueco de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia consideró, en el apartado 21, que «la lista que figura en el anexo de la Directiva no tiene por objeto reconocer a los consumidores derechos que vayan más allá de los derivados de los artículos 3 a 7 de la Directiva. Dicha lista no modifica para nada el resultado que persigue la Directiva y que se impone, en cuanto tal, a los Estados miembros». Véase también la sentencia de 26 de abril de 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 26, en la que el Tribunal de Justicia añadió que «si bien el contenido del anexo [...] no puede determinar automáticamente y por sí solo el carácter abusivo de una cláusula controvertida, sí constituye un elemento esencial en el cual el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de dicha cláusula».

38 — En esa lista figuran, entre otras, las cláusulas que tengan por objeto o por efecto excluir o limitar la responsabilidad legal del profesional en caso de muerte o daños físicos del consumidor debidos a una acción u omisión del mencionado profesional, excluir o limitar los derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, autorizar al profesional a rescindir el contrato discrecionalmente, si al consumidor no se le reconoce la misma facultad, autorizar al profesional a modificar unilateralmente los términos del contrato y suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor.

39 — Así, dicha lista contiene expresiones tales como «de forma inadecuada», «desproporcionadamente alta», «notificación previa con antelación razonable», «motivos grave», «fecha límite demasiado lejana», «sin motivos válidos» y «muy superior», lo cual posibilita o, incluso, requiere una apreciación concreta caso por caso. Véase el anexo de la Directiva 93/13, punto 1, letras b), e), g), h) y j) a l).

40 — Debo recordar que la obligación de notificación a la Comisión establecida en el artículo 8 *bis*, de la Directiva 93/13, sólo se aplica a los contratos celebrados después el 13 de junio de 2014. Véase la nota 4 de las presentes conclusiones. La Propuesta inicial de la de la Comisión de la Directiva 2011/83 contemplaba la derogación total de la Directiva 93/13 [COM(2008) 614 final] y la introducción, en los artículos 34 y 35 de dicha propuesta, tanto una lista «negra» que incluiría las cláusulas abusivas que debían considerarse abusivas en cualquier circunstancia, como una lista «gris» que incluiría las cláusulas que debían considerarse abusivas a menos que el profesional demostrara lo contrario. Sin embargo, el enfoque de la Comisión no fue apoyado por el Consejo. Véase, en particular, las enmiendas propuestas en la Nota punto «A», Elaborada por la Secretaría General del Consejo el 10 de diciembre de 2010 [2008/0196(COD)] y la Resolución Legislativa del Parlamento Europeo de 23 de junio de 2011 (DO 2012, C 390, p. 145), que sustituye las enmiendas adoptadas por el Parlamento Europeo el 24 de marzo de 2011 (DO 2012, C 247, p. 55).

41 — Durante la vista, la Comisión manifestó que algunos Estados miembros han utilizado la posibilidad contemplada en el artículo 8 de la Directiva 93/13, adoptando listas nacionales «negras» o «grises».

54. Sin embargo, la expresión «adopte disposiciones» que figura en los artículos 8 y 8 *bis*, apartado 1, de la Directiva 93/13, implica, a mi entender, que tal lista nacional habrá de establecerse por vía normativa, es decir, mediante ley, o a través de normas administrativas adoptadas en virtud de la ley. De este modo, el mecanismo instaurado por los artículos 8 y 8 *bis*, apartado 1, de dicha Directiva implica que el legislador determine con precisión las cláusulas prohibidas o presuntamente abusivas, ponderando cuidadosamente intereses diferentes y a veces enfrentados, y que dichas cláusulas se notifiquen a la Comisión. Debo señalar que el procedimiento legislativo, idóneo para implicar a las partes interesadas, tiende por naturaleza a la adopción de normas generales y abstractas.

55. Pues bien, un régimen como el preconizado por los partidarios de la primera tesis interpretativa habilita de hecho a los tribunales nacionales, más que al legislador, a fijar, caso por caso, una lista «negra» sobre cuya base pueda sancionarse el uso de cláusulas idénticas o equivalentes. En este contexto, las cláusulas consideradas abusivas se introducirán una tras otra en el registro de cláusulas abusivas que, en realidad, está redactado por los profesionales. De ello resulta claramente que tal régimen no es comparable a la adopción de las listas nacionales autorizada por el artículo 8 de la Directiva 93/13.

56. Considero, además, que ese régimen es difícilmente conciliable con el principio de legalidad de los delitos y de las penas, consagrado en el artículo 49 de la Carta y que exige que la ley defina claramente las infracciones y las penas que las reprimen.<sup>42</sup>

57. A la vista del creciente y significativo número de cláusulas abusivas que han accedido al registro,<sup>43</sup> este régimen también suscita dudas en cuanto al principio de seguridad jurídica, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión,<sup>44</sup> pues los profesionales tienen necesariamente dificultades en identificar la situación jurídica en la que intervienen y prever las consecuencias jurídicas de la misma. Tales dudas son especialmente importantes en lo relativo a la posibilidad de sancionar el uso de cláusulas que sean meramente «similares» a las cláusulas incluidas en el registro.<sup>45</sup>

### 3. Sobre el derecho del profesional a ser oído

58. En estrecha relación con las consideraciones expuestas anteriormente, relativas a la apreciación concreta del carácter abusivo de una cláusula contractual, se plantea la cuestión del derecho de un profesional de negar el carácter abusivo de las cláusulas que utiliza en sus contratos con consumidores.

42 — Véase la sentencia de 31 de marzo de 2011, *Aurubis Bulgaria* (C-546/09, EU:C:2011:199), apartado 42 y jurisprudencia citada, relativa a la imposición de intereses de demora sobre una deuda adicional en concepto de impuesto sobre el valor añadido.

43 — Según la Comisión, se han incluido en el registro de cláusulas abusivas más de 6 300 cláusulas, de las cuales 300 lo han sido entre julio de 2015 y mediados de marzo de 2016.

44 — Véase la sentencia de 8 de diciembre de 2011, *France Télécom/Comisión* (C-81/10 P, EU:C:2011:811), apartado 100. Por lo que respecta a la Directiva 93/13, véase la sentencia de 7 de mayo de 2002, *Comisión/Suecia* (C-478/99, EU:C:2002:281), apartado 18.

45 — No se desprende de la resolución de remisión si el efecto *erga omnes* establecido en el artículo 479<sup>43</sup> del Código de Procedimiento Civil se aplicaría retroactivamente, esto es, a los contratos celebrados con anterioridad a la resolución judicial por la que se declara el carácter abusivo de la cláusula de que se trata. De ser así, es evidente que mi preocupación en relación con el principio de seguridad jurídica sería aún mayor.



59. La lectura *sensu contrario* del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 revela que no se considerarán abusivas las cláusulas contractuales que se hayan negociado individualmente.<sup>46</sup> A este respecto, el artículo 3, apartado 2, párrafo tercero de dicha Directiva, establece que el profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba. De ello deduzco que la Directiva 93/13 reconoce al profesional, como mínimo, el derecho a demostrar que la cláusula controvertida ha sido objeto de una negociación individual y que, por lo tanto, no es abusiva, en el sentido de dicha Directiva, en el supuesto concreto de que se trate.

60. El derecho acordado al profesional por el artículo 3, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 93/13 de presentar alegaciones y pruebas en cumplimiento de la carga probatoria que le corresponde parece formar parte del derecho más general y amplio derivado del artículo 47 de la Carta, a cuya luz han de interpretarse las disposiciones de la Directiva 93/13.<sup>47</sup>

61. El artículo 47 de la Carta garantiza a toda persona,<sup>48</sup> en las situaciones incluidas en el ámbito de aplicación de la Carta,<sup>49</sup> el derecho a ser oído, tanto a lo largo de un procedimiento administrativo como en un procedimiento jurisdiccional.<sup>50</sup> Según el Tribunal de Justicia, tal derecho incluye la posibilidad de expresar de manera adecuada y efectiva su punto de vista, antes de que se adopte cualquier decisión que pueda afectar desfavorablemente a sus intereses, para que la autoridad competente pueda tener en cuenta eficazmente la totalidad de los elementos pertinentes.<sup>51</sup> Esto es válido, evidentemente, para una resolución que imponga una sanción pecuniaria a un profesional.

62. En el marco de un control jurisdiccional como el contemplado por la normativa controvertida, el derecho del profesional a ser oído tendría dos funciones diferenciadas. En primer lugar, brindaría al profesional la posibilidad de demostrar que las circunstancias particulares que concurrieron en la celebración del contrato de que se trata eran diferentes de las que ya se valoraron en un procedimiento anterior, en el que se declaró el carácter abusivo de una cláusula idéntica o similar. En segundo lugar, el derecho a ser oído da al profesional la posibilidad de invocar motivos, ya sean de carácter fáctico o jurídico, que no fueron invocados, por el motivo que sea, en el procedimiento anterior de *in abstracto*, y de corregir errores cometidos durante ese procedimiento.<sup>52</sup>

46 — Véase también el considerando 12 de la Directiva 93/13. La Comisión había propuesto inicialmente que la Directiva fuera aplicable tanto a las cláusulas tipo como a las cláusulas negociadas individualmente. Véase la Propuesta de la Comisión de 24 de julio de 1990 [COM(90) 322 final] y la Resolución legislativa de 20 de noviembre de 1991 que contiene el dictamen del Parlamento Europeo, enmienda n.º 9 (DO 1991, C 326, p. 108).

47 — Debo recordar que los Estados miembros también están obligados a cumplir el Tratado, incluidos los derechos fundamentales garantizados por la Carta, al adoptar disposiciones más estrictas que las establecidas por la Directiva 93/13, lo que, por otra parte, se desprende del artículo 8 de dicha Directiva.

48 — La expresión «toda persona» indica que el derecho se aplica tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas. Véase, en particular, la sentencia de 22 de diciembre de 2010, DEB (C-279/09, EU:C:2010:811), apartado 59, y el auto de 13 de junio de 2012, GREP (C-156/12, no publicado, EU:C:2012:342), apartado 38.

49 — Deseo señalar que, a la vista de su artículo 51, apartado 1 de la Carta, no cabe ninguna duda en cuanto a que esta última resulta de aplicación en el presente asunto.

50 — Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el derecho a ser oído está consagrado hoy no sólo en los artículos 47 y 48 de la Carta, que garantizan el respeto del derecho de defensa y del derecho a un proceso equitativo en el marco de cualquier procedimiento jurisdiccional, sino también en el artículo 41 de la misma, que garantiza el derecho a una buena administración. Véase la sentencia de 22 de noviembre de 2012, M. (C-277/11, EU:C:2012:744), apartados 81 y 82 y jurisprudencia citada. Aunque el artículo 41 de la Carta va dirigido, no a los Estados miembros, sino únicamente a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, el derecho a una buena administración forma parte del respeto del derecho de defensa, que es un principio general del Derecho de la Unión. Véase la sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartados 32 a 34 y 40 y jurisprudencia citada.

51 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartados 36 y 37 y jurisprudencia citada, y de 17 de marzo de 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175), apartado 33. Estrechamente vinculado con el derecho a ser oído, el principio de contradicción constituye asimismo un principio fundamental del Derecho de la Unión. Véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank (C-472/11, EU:C:2013:88), apartados 29 y 30 y jurisprudencia citada.

52 — Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartado 37.

63. De todo ello concluyo que el derecho del profesional a ser oído en el marco de la Directiva 93/13 no puede limitarse a la cuestión de si la cláusula en entredicho ha sido objeto de una negociación individual, sino que debe abarcar cualquier elemento pertinente para la apreciación, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva, de su carácter abusivo.<sup>53</sup> De este modo, el profesional también debería tener la posibilidad de probar que, en las circunstancias concretas del caso, la cláusula impugnada no crea un desequilibrio importante en detrimento del consumidor, demostrando, en particular, que el efecto perjudicial de dicha cláusula está compensado por otras cláusulas del mismo contrato o por el reducido precio pagado por el consumidor.<sup>54</sup>

64. Basándome en informaciones aportadas por el órgano jurisdiccional remitente y por el Gobierno polaco, me parece que un régimen como el que dibuja la primera tesis interpretativa no tiene en cuenta suficientemente el derecho del profesional a ser oído, al no tener este último la posibilidad, ni durante el control administrativo, ni durante el control jurisdiccional ante el SOKiK y el Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny (Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil), de alegar que, en las circunstancias particulares del caso, no existe ningún carácter abusivo de la cláusula cuestionada, y de aportar la prueba correspondiente.<sup>55</sup> Como señala el órgano jurisdiccional remitente, estos procedimientos no van dirigido a controlar el carácter abusivo de la cláusula controvertida en sí misma, sino únicamente su parecido con las cláusulas que figuran en el registro de cláusulas abusivas.

65. Aunque no pueda excluirse que, como alega el Gobierno polaco, los tribunales nacionales, al examinar la equivalencia entre la cláusula impugnada y la que figura en el registro de cláusulas abusivas, tengan en cuenta los factores mencionados en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13,<sup>56</sup> lo cierto es que, en cualquier caso, la única finalidad de esta apreciación es determinar la identidad o similitud de las dos cláusulas<sup>57</sup> y que el profesional no puede cuestionar el propio carácter abusivo de la cláusula controvertida refiriéndose a circunstancias particulares, incluida la negociación individual de la cláusula impugnada, o haciendo nuevas alegaciones no formuladas en el marco del control abstracto. En suma, en un régimen como este, el derecho del profesional contemplado en el artículo 47 de la Carta es objeto de restricciones significativas.<sup>58</sup>

66. Paralelamente, la competencia del tribunal que efectúa el control jurisdiccional queda considerablemente limitada, lo cual suscita en sí mismo interrogantes a la vista del artículo 47 de la Carta, que exige un «recurso efectivo».<sup>59</sup> Además, tal régimen también vulneraría el derecho del consumidor de renunciar a que no se aplique una cláusula abusiva.<sup>60</sup>

53 — En cambio, según la redacción del artículo 3, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 93/13, la norma particular según la cual el profesional asumirá la carga de la prueba se limita a la cuestión de la negociación individual.

54 — Véase la nota 33 de las presentes conclusiones acerca del considerando 19 de la Directiva 93/13.

55 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto *Invitel* (C-472/10, EU:C:2011:806), punto 60. Este asunto se trata de forma más detallada en los puntos 77 a 83 de las presentes conclusiones.

56 — El Gobierno polaco menciona, a título de ejemplo, que el Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny (Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil), en un asunto particular, no reconoció que las cláusulas controvertidas fueran equivalentes a las incluidas en el registro, pese a la gran similitud entre ambas en su tenor literal.

57 — Véase el punto 30 de las presentes conclusiones.

58 — El Gobierno polaco alega que, precisamente, la apreciación en el marco del control abstracto es abstracta y, por consiguiente, independiente de toda circunstancia individual y que, aunque cada profesional que usara la cláusula controvertida pudiera ejercer su derecho a ser oído en el marco del control abstracto previo a la inscripción de dicha cláusula en el registro, este hecho no incidiría en modo alguno en el resultado de tal procedimiento. A este respecto, deseo señalar que mi preocupación respecto al derecho del profesional a ser oído no se refiere al control abstracto, sino más bien al posterior control administrativo y judicial de las prácticas comerciales de otros profesionales.

59 — Véase también la sentencia de 15 de mayo de 1986, *Johnston* (222/84, EU:C:1986:206), apartado 19, en la que el Tribunal de Justicia consideró que el derecho a un recurso efectivo ante un órgano jurisdiccional competente constituye un principio general del Derecho de la Unión.

60 — Véase, a este respecto, la sentencia de 14 de abril de 2016, *Sales Sinués y Drame Ba* (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252), apartado 40.

67. Ciertamente, con arreglo al artículo 52, apartado 1, de la Carta, el derecho a ser oído puede implicar restricciones, siempre que las mismas respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos y respeten el principio de proporcionalidad.<sup>61</sup> A este respecto, el Gobierno polaco alega, entiendo que con razón, que la normativa nacional pretende poner fin, rápida y efectivamente, a la utilización de cláusulas ilícitas en las distintas situaciones que pueden surgir en el mercado y evitar que se multipliquen los procedimientos judiciales relativos a cláusulas de condiciones generales parecidas que utilizan los diferentes profesionales.<sup>62</sup>

68. Pues bien, estas consideraciones, con ser ciertamente válidas, no pueden justificar, en mi opinión, la restricción particularmente grave del derecho del profesional a ser oído que resulta del artículo 479<sup>43</sup> del Código de Procedimiento Civil y del artículo 24, apartado 2, punto 1, de la Ley de Protección de la Competencia y de los Consumidores, que resulta de la interpretación de la primera tesis, teniendo asimismo en cuenta el carácter no desdeñable de las multas que pueden llegar a imponerse al profesional en virtud del artículo 106, apartado 1, número 4, de dicha Ley.<sup>63</sup>

69. El carácter definitivo de la inscripción de las cláusulas en el registro de cláusulas abusivas, corrobora igualmente la conclusión de que la normativa nacional controvertida, en la exégesis que le da la primera tesis interpretativa, no es conforme con el principio de proporcionalidad.<sup>64</sup>

70. Como afirma la Comisión, parecen existir medidas alternativas que pueden facilitar una eficaz protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas, al tiempo que se garantiza el derecho del profesional a ser oído. De esta manera, no puede impedirse a los Estados miembros que establezcan un sistema de presunción del carácter abusivo de ciertas cláusulas de condiciones generales<sup>65</sup> cuya utilización se sancionaría, salvo si el profesional demostrara, a lo largo de un procedimiento administrativo o jurisdiccional, que en las circunstancias particulares del caso no lo son, en especial, por haber sido negociadas de forma individual.

71. Por otra parte, la falta de un efecto *erga omnes* no significa que la declaración del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales no vaya a tener un efecto disuasorio, en la medida en que otros profesionales tenderían a dejar de usar condiciones similares.<sup>66</sup>

61 — Véase, en este sentido, la sentencia de 11 de diciembre de 2014, Boudjlida (C-249/13, EU:C:2014:2431), apartado 43 y jurisprudencia citada.

62 — Véase también el punto 40, incluida la nota 25, de las presentes conclusiones.

63 — Véase la nota 24 de las presentes conclusiones.

64 — Durante la vista, el Gobierno polaco confirmó que una cláusula que haya sido incluida en el registro de cláusulas abusivas no puede corregirse ni eliminarse.

65 — A este respecto, la Comisión señala que, al contrario, el régimen polaco puede tener un efecto equivalente a una presunción *iuris et de iure*. Tal descripción no me parece enteramente acertada dado que el artículo 479<sup>43</sup> del Código de Procedimiento Civil, al prolongar el efecto jurídico de las resoluciones pronunciadas en el marco del control abstracto, viene a introducir en la práctica una prohibición absoluta de utilización de las cláusulas idénticas o equivalentes a las que han sido incluidas en el registro (y no tan sólo a una presunción de ilicitud).

66 — Véase, en este sentido, el informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 6 de noviembre de 2012 sobre la aplicación de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores [COM(2012) 635 final, parte 3.1], en el que se señala que, «para varias partes interesadas, la mera posibilidad de que puedan ejercitarse acciones judiciales tiene un efecto disuasorio en las negociaciones con aquéllos que infringen la legislación. Por otra parte, en algunos casos, cuando una acción por cesación prospera y se declara que una práctica de un comerciante es ilegal, otros comerciantes tienden a abstenerse de utilizar prácticas similares, aunque no tengan ninguna obligación legal de acatar la resolución judicial».

### C. Sobre las acciones colectivas de cesación

#### 1. Sobre el artículo 7, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/13

72. Como señala la Comisión, la Directiva 93/13 autoriza, con arreglo a su artículo 7, apartados 2 y 3, acciones colectivas de cesación que sobrepasen, en efecto, la relación contractual en el sentido de que son independientes con respecto a cualquier litigio individual y pueden ejercitarse por parte de personas y las organizaciones que tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores.<sup>67</sup> Como indica la expresión «sin perjuicio del artículo 7», que figura en el artículo 4, apartado 1, de dicha Directiva, las acciones contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la misma Directiva, tienen un carácter complementario respecto a las acciones individuales.<sup>68</sup>

73. El artículo 7, apartado 2, de la Directiva, prevé un control *in abstracto* de naturaleza preventiva y disuasoria<sup>69</sup> con el fin de determinar «si las cláusulas contractuales redactadas con vistas a una utilización general tienen carácter abusivo», mientras que el artículo 7, apartado 3, de la misma Directiva, permite dirigir las acciones mencionadas en el apartado 2, de dicha Directiva, separada o conjuntamente, contra varios profesionales del mismo sector o sus asociaciones.

74. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que las acciones individuales y colectivas tienen, en el marco de la Directiva 93/13, «objetos y efectos jurídicos diferentes».<sup>70</sup> Además, según el considerando 23 de la Directiva 93/13, las acciones colectivas no implican «control sistemático previo de las condiciones generales utilizadas en tal o cual sector económico». De ello deduzco que el control *ex ante* efectuado en el marco de una acción colectiva no puede prejuzgar el control *ex post* efectuado en el marco de una acción individual referida a otras partes,<sup>71</sup> lo cual excluye, efectivamente, que los efectos de las resoluciones adoptadas como corolario de las acciones colectivas se extiendan a los profesionales que no hayan participado en el procedimiento.<sup>72</sup>

75. Esta conclusión se ve reforzada por el añadido que supone el apartado 3 del artículo 7 de la Directiva 93/13. De esta forma, no tendría sentido, en mi opinión, permitir que se interpongan procedimientos con pluralidad de partes, en virtud de dicho apartado, si las resoluciones pronunciadas en el marco de las acciones colectivas contempladas en el artículo 7, apartado 2, de la misma Directiva,

67 — Véanse las sentencias de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252), apartado 29, y de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 37, y jurisprudencia citada, en las que el Tribunal de Justicia precisó que las acciones colectivas puedan ejercitarse «aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinados».

68 — Véanse, de forma similar, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en los asuntos acumulados Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:15), punto 56.

69 — Véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 37.

70 — Véase la sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252), apartado 30. Mientras que las acciones colectivas son independientes respecto a cualquier litigio individual, el consumidor tiene derecho, en el marco de las acciones individuales, a que se «tom[en] en consideración [...] todas las circunstancias que caracterizan su causa» (sentencia de 14 de abril de 2016, Sales Sinués et Drame Ba, C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:252), apartado 40.

71 — Véanse, en este sentido, conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en los asuntos acumulados Sales Sinués y Drame Ba (C-381/14 y C-385/14, EU:C:2016:15), puntos 56 y 72, quien señala, en el punto 56, que las «acciones colectivas de cesación [...] no pueden [...] sustituir a las acciones individuales ni obstaculizarlas» y, en el punto 72, que «un consumidor que decide ejercitar una acción individual no debería verse directamente afectado por la sentencia dictada en el procedimiento colectivo, aunque evidentemente el tribunal que conozca de la acción individual tendrá en cuenta dicha sentencia».

72 — Efectivamente, como manifestó la Comisión durante la vista, no parece que en otros Estados exista una normativa como la controvertida en el asunto principal, que prevé que las resoluciones judiciales que declaren el carácter abusivo de una cláusula contractual tengan efectos *erga omnes*. Véase también *Compendium du droit de la consommation, analyse comparative (EC Consumer Law Compendium)*, elaborado a lo largo de los años 2008 a 2012 por un grupo internacional de investigadores para la Comisión ([http://www.eu-consumer-law.org/index\\_fr.cfm](http://www.eu-consumer-law.org/index_fr.cfm)). De la parte 2.C, capítulo VI, punto 3, letra c), relativa a la transposición a Derecho nacional de la Directiva 93/13, redactada por Ebers, M., se desprende que, en una gran mayoría de los Estados miembros, las resoluciones judiciales o administrativas dimanantes de una acción colectiva sólo vinculan a los profesionales que sean parte en la instancia. Véase también la nota 84.

vincularan ya de manera coercitiva cualquier profesional. Los trabajos preparatorios de dicha Directiva también abonan la interpretación que sostiene que las resoluciones dimanantes de las acciones colectivas de cesación mencionadas en el artículo 7, apartados 2 y 3, sólo vinculan a las partes en la acción colectiva concreta de que se trate.<sup>73</sup>

76. Ciertamente, por lo que se refiere a las cláusulas de condiciones generales, que son rara vez objeto de negociación individual, la apreciación que los tribunales nacionales deben realizar en el marco de una acción colectiva y de una acción individual, respectivamente, suele ser parecida, incluso idéntica, aunque las partes en las acciones no sean las mismas. Por consiguiente, la resolución pronunciada en el marco de una acción colectiva constituiría un precedente importante para la apreciación que ha de realizarse en el marco de una acción individual posterior referida a una cláusula idéntica o similar y puede incluso crear una presunción del carácter abusivo de dicha cláusula. Sin embargo, lo cierto es que no debiera privarse al profesional que no ha participado en el procedimiento colectivo de la posibilidad de enervar tal presunción en el marco de la acción individual, al amparo del artículo 3, apartado 2, párrafo tercero, de la Directiva 93/13 y el artículo 47 de la Carta.

## 2. Sobre el alcance de la sentencia Invitel

77. Como han puesto de relieve el Gobierno polaco y la Comisión, el Tribunal de Justicia consideró, en la sentencia Invitel, que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartados 1 y 2, de dicha Directiva, no se opone a que se extienda el efecto de las resoluciones por las que se declara el carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales, en el marco de la acción de cesación mencionada en el artículo 7 de dicha Directiva, a «cualquier consumidor que haya celebrado con el profesional de que se trate un contrato al cual le sean de aplicación las mismas [condiciones generales], incluso [a] los consumidores que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación».<sup>74</sup>

78. Este resultado no es en absoluto sorprendente, sino más bien el corolario de la naturaleza y del objetivo de las acciones colectivas de cesación. Cuando una cláusula contractual ha sido declarada nula y prohibida en el marco de una acción de cesación, es evidente que hay que cerciorarse de que el profesional de que se trate no va a utilizar las mismas condiciones generales, incluida la cláusula considerada abusiva, en ninguno de sus contratos. En otro caso, las acciones de cesación previstas en el artículo 7, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/13 se verían privadas de efecto útil.

79. En el apartado 40 de la sentencia Invitel, el Tribunal de Justicia señaló acertadamente que la aplicación de una sanción de nulidad de una cláusula abusiva con respecto a todos los consumidores que hayan celebrado, con el profesional de que se trate, un contrato al cual le sean de aplicación las mismas condiciones generales «garantiza que dicha cláusula no vinculará a esos consumidores»,<sup>75</sup> el Tribunal de Justicia refiriéndose así al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que obliga a los Estados miembros, según los términos utilizados por el Tribunal de Justicia, «a aplicar todas las consecuencias» que se deriven, en virtud del Derecho nacional, de una comprobación del carácter abusivo de una cláusula de condiciones generales, para que el consumidor no resulte vinculado por dicha cláusula.<sup>76</sup>

73 — La propuesta inicial de la Comisión de 24 de julio de 1990 no contenía ninguna disposición que se correspondiera con el artículo 7, apartado 3, de la Directiva 93/13 adoptada [COM(90) 322 final]. Dicho apartado fue introducido en la Propuesta modificada de la Comisión de 4 de marzo de 1992, cuyo artículo 8, apartado 3, preveía que «las acciones mencionadas en el apartado precedente podrán dirigirse conjuntamente contra varias personas que se sirvan, pretendan servirse o incluso recomienden la utilización de las mismas cláusulas contractuales generales, o cláusulas idénticas; *la decisión tomada por las autoridades competentes vinculará a todas estas personas*» (el subrayado es mío) [COM(92) 66 final]. A lo largo del procedimiento legislativo, la formulación del apartado fue modificada, al faltar la menor indicación en cuanto a la intención del legislador de la Unión de extender los efectos de las resoluciones dictadas en virtud del artículo 7, apartados 2 y 3 de la Directiva 93/13.

74 — Véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 44.

75 — Sentencia de 26 de abril de 2012 (C-472/10, EU:C:2012:242).

76 — Véase la sentencia de 26 de abril de 2012, Invitel (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 42.



80. No me cabe ninguna duda en cuanto a que esta jurisprudencia no puede transponerse al presente supuesto.

81. Al motivar su conclusión, en el apartado 39 de la sentencia *Invitel*,<sup>77</sup> el Tribunal de Justicia hizo expresa referencia a los puntos 57 a 61 de las conclusiones del Abogado General quien, por su parte, había expresado «serias dudas» en cuanto a la eficacia *erga omnes* respecto de los profesionales que no habían sido parte en el procedimiento dirigido a la declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida, preocupaciones que comparto plenamente.<sup>78</sup>

82. Además, la cuestión sometida al Tribunal de Justicia en el asunto que dio lugar a dicha sentencia, a saber, la extensión de la sanción de nulidad de una cláusula abusiva respecto a los consumidores que hayan celebrado con el profesional afectado un contrato al que se aplican las mismas condiciones generales, era claramente diferente a la que plantea el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, que se refiere a la imposición de sanciones pecuniarias a profesionales que no han sido parte en el procedimiento de control *in abstracto*.

83. Por lo tanto, no considero justificada una interpretación extensiva del contenido de la sentencia *Invitel*<sup>79</sup> que cubra una normativa que prevea una eficacia *erga omnes* con respecto a cualquier profesional que no haya participado en el procedimiento y que, en cualquier caso, no se compadece con los derechos fundamentales del profesional.<sup>80</sup>

### 3. Sobre la interpretación de la Directiva 2009/22

84. No es posible refutar, al amparo de los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22, a los que el órgano jurisdiccional remitente se refiere en su primera cuestión prejudicial, la interpretación de la Directiva 93/13 que propugno.

85. El objetivo de la Directiva 2009/22 relativa a las acciones colectivas de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores es garantizar que surtan plenos efectos determinadas Directivas, entre ellas la Directiva 93/13, y, en particular, combatir las infracciones en el seno de la Unión.<sup>81</sup>

86. Con este fin, el artículo 2, apartado 1, letras a) a c), de la Directiva 2009/22 obliga a los Estados miembros a designar las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones colectivas ejercitadas por las entidades habilitadas en el sentido del artículo 3 de dicha Directiva, a fin de obtener, en particular, que cese cualquier acto contrario a la Directiva 93/13, que se publique la resolución o una declaración rectificativa y que se condene a la parte demandada a abonar una cantidad al Tesoro público o a cualquier beneficiario designado por el Derecho nacional, en caso de inejecución de la resolución.

77 — Sentencia de 26 de abril de 2012 (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 39.

78 — Véase, en particular, el punto 60 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Trstenjak en el asunto *Invitel* (C-472/10, EU:C:2011:806), en las que esta última señala: «una eficacia *erga omnes* en detrimento de terceros ajenos al procedimiento sería, en efecto, difícilmente compatible con el principio de juicio justo, máxime porque se privaría a aquéllos de la posibilidad de presentar sus observaciones sobre la acusación de aplicación de cláusulas abusivas en las operaciones comerciales antes de que se pronuncie una sentencia por la que se ven afectados. Una eficacia *erga omnes* extensible sin distinción a terceros ajenos al procedimiento implicaría que el derecho a ser oído [...] no quedaría suficientemente salvaguardado y la norma nacional en cuestión, no sería, por ende, adecuada en el sentido del artículo 7 de la Directiva [93/13]».

79 — Sentencia de 26 de abril de 2012 (C-472/10, EU:C:2012:242).

80 — Véanse, en cuanto al derecho del profesional a ser oído, los puntos 58 a 71 de las presentes conclusiones.

81 — Es decir, las infracciones que producen efectos en un Estado miembro distinto de aquél en el que se han originado. Véanse, en particular, los considerandos 3 a 7 de la Directiva 2009/22 y el *libro verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único* [COM(93) 576 final], capítulo III.B.2. Según su artículo 1, apartado 1, la Directiva 2009/22, las acciones de casación, mencionadas en el artículo 2 de dicha Directiva, están destinadas a la protección de los intereses colectivos de los consumidores que se contemplan en los actos de la Unión enumerados en el anexo I de dicha Directiva, anexo que menciona, en su punto 5 la Directiva 93/13.



87. En cuanto a la cuestión de cómo se articula la Directiva 2009/22 con la Directiva 93/13, la primera tiene un carácter complementario con respecto al artículo 7, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/13, también relativo a las acciones de cesación.<sup>82</sup>

88. No veo ninguna indicación, ni en el texto de la Directiva 2009/22 ni en sus trabajos preparatorios,<sup>83</sup> en el sentido de que los Estados miembros estén autorizados a conceder a las resoluciones pronunciadas en el marco de las acciones contempladas en dicha Directiva efectos *erga omnes* con respecto a profesionales que no hayan sido parte en el procedimiento de cesación. De ser así, la Directiva 2009/22 sobrepasaría el régimen establecido por la Directiva 93/13, que la primera Directiva pretende completar, extremo que no cabe presumir, a falta de la voluntad expresa del legislador de la Unión.

89. No obstante, bajo los auspicios de la Comisión, se ha abordado una modificación del Derecho de la Unión que permita a los Estados miembros extender los efectos de las resoluciones que declaren abusiva una cláusula contractual a los «contratos parecidos».<sup>84</sup> Pues bien, con ello se confirma que una solución como ésta no es posible en el actual estado del Derecho de la Unión, concretamente, en el marco de las Directivas 93/13 y 2009/22.

## V. Conclusión

90. A la vista de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia responder como sigue a la primera cuestión prejudicial planteada por el Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny (Tribunal de Apelación de Varsovia, Sala de lo Civil, Polonia):

«La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con los artículos 1 y 2 de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, y con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha de interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que prevé la imposición de una multa al profesional que utiliza, en sus contratos con los consumidores, cláusulas de condiciones generales consideradas parecidas a las cláusulas que ya han sido declaradas abusivas e incluidas, como tales, en un registro público, pese a que dicho profesional no haya participado en el procedimiento en el que se declaró el carácter abusivo de las cláusulas incluidas en el registro.»

82 — De este modo, la nota 1 del anexo I de la Directiva 2009/22 señala que la Directiva 93/13 contiene «disposiciones específicas sobre las acciones de cesación». Véanse los puntos 72 a 76 de las presentes conclusiones en lo relativo al artículo 7, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/13.

83 — La Directiva 2009/22 sigue la pauta de la Directiva 98/27, a su vez basada en el *libro verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único* [COM(93) 576 final].

84 — Véase el informe de la Comisión de 6 de noviembre de 2012 al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores [COM(2012) 635 final, parte 5.1, letra b), punto 2], en el que se señala, en relación con los «posibles cambios en el marco jurídico», que «cuando se declare ilegal una cláusula contractual, el efecto de dicha decisión debería extenderse a todos los contratos presentes y futuros». Sin embargo, de la parte 4.4 de ese mismo informe se desprende que, en la gran mayoría de los Estados miembros, las acciones de cesación tienen un efecto *relativo*, es decir, sólo tienen fuerza vinculante en el asunto y con respecto a las partes en la acción. Véase asimismo el informe de la Comisión de 18 de noviembre de 2008 sobre la aplicación de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores [COM(2008) 756 final, partes 25 a 27].