



Roj: **STS 5321/2023 - ECLI:ES:TS:2023:5321**

Id Cendoj: **28079110012023101681**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/12/2023**

Nº de Recurso: **437/2020**

Nº de Resolución: **1694/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 3493/2019,**
AAAP BI 2236/2019,
STS 5321/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1.694/2023

Fecha de sentencia: 04/12/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 437/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 30/11/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE VIZCAYA SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 437/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 1694/2023

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 4 de diciembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Iberdrola Generación S.A.U., representada por el procurador D. Germán Marina Grimau, bajo la dirección letrada de D. Ignacio Grangel Vicente, contra la sentencia núm. 1546/2019, de 30 de septiembre, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya en el recurso de apelación núm. 1337/2018, dimanante de las actuaciones de juicio verbal núm. 13/2018, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, sobre acción colectiva de cesación para la protección de consumidores. Ha sido parte recurrida la Federación de Consumidores de Euskadi, representada por el procurador D. Ignacio Melchor Oruña y bajo la dirección letrada de D. Álvaro Suquía Arriba.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Mónica Durango García, en nombre y representación de la Federación de Consumidores de Euskadi, interpuso demanda de juicio verbal contra Iberdrola Generación S.A.U. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1º Se le ordene cesar en las conductas que a continuación se señalan y a prohibir su reiteración futura:

- La conducta consiste en modificar unilateralmente por la demandada las condiciones del contrato de suministro de electricidad, sin respetar la normativa vigente de aplicación y por consiguiente, la de facturar siempre y en todo caso en atención a la potencia contratada, y no a la potencia consumida, dentro de los márgenes establecidos en el artículo 9.1.2 del Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre.

-La conducta de comunicar una modificación de las condiciones del contrato que suponen un nuevo contrato, sirviéndose no de una notificación expresa y con ese objeto, sino al pie de uno de los documentos compuestos por varias hojas que se remiten al cliente, con ocasión de la emisión y cobro de una factura periódica.

"2º Se declare la nulidad de la cláusula detallada en el hecho Sexto del presente escrito que a continuación se reproduce, eliminándola del clausulado de los contratos de suministro de electricidad

"La facturación de la potencia contratada. A partir de 15 días desde el envío de esta factura, la potencia se facturará como producto del término de facturación de potencia por la potencia contratada. En el caso de que la potencia demandada sobrepase en cualquier período horario la potencia contratada en el mismo, se procederá, además a la facturación de todos y cada uno de los excesos registrados en cada período (según lo dispuesto en el artículo 9.1.2 del RD 1164/2001, que establece las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica). Le informamos de su derecho a resolver su contrato sin penalización alguna durante el plazo de 15 días a contar desde la recepción de esta factura".

"3º Se le condene a devolver a los clientes que acrediten haber contratado la tarifa 3.0 con maxímetro, lo indebidamente cobrado, con sus intereses legales o en su caso a compensar en los derechos siguientes hasta la cantidad adecuada.

4º Conforme al artículo 221.2º de la LEC se le condene y a su cargo, a la publicación total de la sentencia estimatoria que se dicte.

Y todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada."

2.- La demanda fue presentada el 29 de diciembre de 2017 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, se registró con el núm. 13/2018. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Lucila Canivell Chirapozu, en representación de Iberdrola Generación S.A.U., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la expresa imposición de costas a la demandante.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao dictó sentencia n.º 187/2018, de 30 de mayo, con la siguiente parte dispositiva:

"DEBO ESTIMAR Y ESTIMO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la FEDERACIÓN DE CONSUMIDORES DE EUSKADI contra IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. y en su consecuencia, condeno a la demandada a:

"1º. CESAR EN LA PRÁCTICA de modificar la fijación del precio del suministro incluyendo en la factura de abono la cláusula contractual objeto de este pleito.



"2º. ES ANULADA la cláusula contractual objeto de esta acción de cesación, relativa a la "facturación de la potencia contratada", condenando a la demandada a ELIMINARLA de sus condiciones generales y a ABSTENERSE de utilizarla en lo sucesivo.

"3º. ES CONDENADA la demandada a abonar a los clientes que ha contratado la tarifa 3.0 con maxímetro lo indebidamente cobrado por la aplicación de la cláusula que es anulada en esta resolución.

"4º. PUBLÍQUESE la sentencia en los términos del art. 221.2º de la LEC.

Así mismo, se imponen las costas procesales a la demandada".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Iberdrola Generación S.A.U.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que lo tramitó con el número de rollo 1337/2018 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 30 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva establece:

"I.- DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D.ª LUCIA CANIVELL CHIRAPOZU, en nombre y representación de IBERDROLA GENERACIÓN, S.A.U. frente a la sentencia de 30 de mayo de 2018 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Bilbao en el juicio verbal nº 13/2018.

"II.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

"III.- CONDENAR al apelante al pago de las costas del recurso de apelación".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Lucila Canivell Chirapozu, en representación de Iberdrola Generación S.A.U., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3º de la LEC, por interés casacional, y se denuncia la infracción del artículo 9 del RD 1164/2001, en relación con el artículo 86 de la LGDCU y la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.

"Segundo.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3º de la LEC, por interés casacional, y se denuncia la infracción del artículo 9 del RD 1164/2001, en relación con el artículo 87 de la LGDCU y en relación con el artículo 110.ter del RD 1955/2000, y la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado.

"Tercero.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3º de la LEC, por interés casacional, y se denuncia la infracción del artículo 82 de la LGDCU en relación con el artículo 110.ter del RD 1955/2000, y la necesidad de establecer jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado."

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 20 de abril de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Iberdrola Generación S.A.U contra la sentencia dictada, el 30 de septiembre de 2019, por la Audiencia Provincial de Vizcaya, (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 1337/2018, dimanante del juicio verbal n.º 13/2018, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao."

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

Igualmente formalizó su oposición el Ministerio Fiscal.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 30 de noviembre de 2023, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*



1.- La Federación de Consumidores de Euskadi - Euskadiko Kontsumitzileen Elkargoa (FCE-EKE) interpuso una demanda en la que ejercitaba una acción colectiva de cesación contra Iberdrola Generación S.A.U. (en lo sucesivo, Iberdrola), en la que solicitaba: (i) el cese de la práctica consistente en modificar unilateralmente las condiciones del contrato de suministro de electricidad y comunicar esta modificación con ocasión de la emisión y cobro de una factura periódica; (ii) la declaración de nulidad de la cláusula por la que se modificaba el contrato de suministro; y (iii) la devolución de las cantidades indebidamente cobradas.

2.- La pretensión de la FCE-EKE tenía su origen en los contratos de mercado libre celebrados por Iberdrola (comercializadora) con una serie de comunidades de propietarios, en los que se contrataba la energía y también el acceso a las redes conforme al Real Decreto 1435/2002, de 27 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes de baja tensión.

En tales contratos, la tarifa de acceso (peaje) contratada era la definida como 3.0A en el Real Decreto 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, caracterizada, en lo que ahora interesa, por la inexistencia de un limitador de potencia que saltara al excederse de la contratada, ya que lo se instalaba era un aparato denominado maxímetro, que medía los excesos en la potencia contratada a fin de tenerlos en cuenta a la hora de facturar esa tarifa, conforme a los criterios previstos en el art. 9 del RD 1164/2001. Esta modalidad de instalación tenía la virtualidad de evitar que servicios esenciales, como por ejemplo un ascensor, pudieran verse interrumpidos por un exceso puntual de potencia.

3.- En los mencionados contratos constaban una serie de cláusulas predisuestas, entre las que se incluían, en el apartado "Precio del suministro de electricidad", las siguientes:

"Término de Potencia: 1,824432 €/kW y mes Término de Energía: 0,142138 e/kWh A estos precios les será añadido el I.V.A., el Impuesto Eléctrico (5,1127 %), la energía reactiva y resto de conceptos de facturación que se indican. El precio del término de potencia y del término de energía activa se mantendrán fijos durante 12 meses, sin perjuicio de su actualización según la variación correspondiente al IPC el 1 de enero de cada año en que el contrato esté vigente.

"Se repercutirán en cada momento las variaciones a la baja o al alza en la tarifas y peajes de acceso, cánones y en los valores regulados que puedan ser aprobados por la Administración para su aplicación durante la duración del Contrato, tomando como base el RD 1164/2001 y la Orden IET/843/2012.

"La energía se facturará como el producto del término de energía por el consumo efectuado en el período.

"La potencia se facturará como producto del término de potencia diario por la potencia a facturar correspondiente y multiplicando el resultado por el número de días del período de facturación. El término de potencia diario resultará de dividir el término de potencia anual por el número de días del año.

"La facturación de energía reactiva, si corresponde, se realizará aplicando el término de facturación de energía reactiva aprobado por la Administración, según lo establecido en la normativa. A este complemento le será aplicable el Impuesto Eléctrico".

4.- Asimismo, en tales contratos, en el epígrafe "Condiciones Económicas", figuraba lo siguiente:

" **Facturación de potencia:** se facturará sumando los tres productos de los términos de potencia diarios por la potencia a facturar correspondiente a cada uno de los tres periodos y multiplicando el resultado por el número de días del periodo de facturación.

"Los términos de potencia diarios resultarán de dividir el término de potencia anual por el número de días del año.

" **Facturación de energía:** suma de los productos del consumo efectuado en cada período por el término de energía correspondiente.

" **Excesos de potencia:** se facturarán según lo establecido en el artículo 9, apartado 1.2 del RD 1164/2001 y normativa que le sustituya".

5.- En las condiciones generales de estos contratos constaba también el siguiente apartado:

"14.- MODIFICACION DE LAS CONDICIONES DEL CONTRATO:"

"14.1.- La modificación de las Condiciones del presenta Contrato, salvo que sea consecuencia de la normativa aplicable, serán notificadas al Cliente con una antelación mínima de un (1) mes a su entrada en vigor, informándole de su derecho a resolver el Contrato sin penalización alguna si no estuviese de acuerdo con dicha modificación.



"14.2.- En caso de discrepancia entre las Condiciones Generales del Contrato y las Condiciones Particulares, o Especiales, prevalecerán por este orden, las Especiales, Particulares y Generales".

6.- Con ocasión de la remisión de las facturas a determinadas comunidades de propietarios que habían contratado en tales términos con Iberdrola, la empresa suministradora comenzó a incluir en las facturas el siguiente texto (al final del documento de varias páginas, en negrita y dentro de un cuadro titulado Información de utilidad, que contenía otros tres epígrafes):

"Facturación de la potencia contratada: A partir de 15 días desde el envío de esta factura, la potencia se facturará como producto del término de facturación de potencia por la potencia contratada. En el caso de la potencia demandada sobrepasa en cualquier período horario la potencia contratada en el mismo, se procederá, además, a la facturación de todos y cada uno de los excesos registrado en cada período (según lo dispuesto en el art. 9.1.2 del RD 1164/2001, que establece las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica). Le informamos de su derecho a resolver su contrato sin penalización alguna durante el plazo de 15 días a contar desde la recepción de esta factura".

De tal manera que el documento (última página de la factura) se presentaba así:

7.- La demanda interpuesta por FCE-EKE sostenía que, hasta marzo de 2014, Iberdrola facturaba conforme al art. 9 del RD 1164/2001, pero en la factura de enero de 2014 comunicó que pasaría a facturar por la potencia contratada y solo en los casos de exceso de potencia aplicaría las disposiciones del art. 9 del RD. Lo que, a criterio de la asociación demandante, suponía que la nueva cláusula era nula, tanto porque contravenía una norma imperativa (el art. 9 del RD), como por la forma de comunicación de la modificación contractual, mediante una nota al pie de uno de los documentos compuestos por varias hojas que se remitían al cliente, con ocasión de la emisión y cobro de una factura.

8.- Iberdrola se opuso a la demanda y alegó, resumidamente, que mientras los peajes son un componente regulado y no pueden ser objeto de pacto, el suministro es una actividad por completo liberalizada, cuya retribución queda sujeta a la negociación de las partes. Por lo que nada obstaba a que Iberdrola, como empresa comercializadora, facturase el suministro considerando, como término de potencia, la potencia contratada sin más consideraciones.

9.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, al considerar que el art. 9 del RD 1164/2001 era una norma imperativa, así como que la cláusula resultaba abusiva, por limitar derechos reconocidos en las normas dispositivas o imperativas (art. 86 TRLCU) y por falta de reciprocidad en el contrato (art. 87 TRLCU). Así como que también era abusiva la práctica comercial empleada para introducir la modificación, que debía tacharse de contraria a la buena fe contractual y abusiva conforme a lo dispuesto en el art. 82 TRLCU, fundamentalmente por el procedimiento empleado: la inserción de la cláusula en un documento que no está previsto para ello como es la factura del suministro, ya de por sí casi ininteligible.

10.- Recurrida la sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. De manera sintética, consideró: (i) la práctica comercial de disimular la comunicación en el apartado final de una factura de varias hojas, sin remitir una comunicación específica, es abusiva por contravenir el art. 82 TRLCU; (ii) ese proceder no está avalado por el art. 110 ter d) del RD 1955/2000, que exige avisar debidamente al consumidor, esto es, de forma apta para ese conocimiento, no siéndolo un aviso subrepticio, que no cabe esperar en una factura, y que por su escaso tamaño puede pasar inadvertido; (iii) la STS 47/2017, de 26 de enero, no entra a analizar si la necesaria comunicación de la modificación de las condiciones del contrato puede entenderse satisfecha con la inclusión en una factura, por lo que no es posible admitir que el Tribunal Supremo haya ratificado como práctica admisible para la modificación de las condiciones de un contrato la utilizada en este concreto caso.

También consideró que la cláusula era nula por falta de reciprocidad (art. 87 TRLCU), por las siguientes y resumidas razones: (i) la práctica de modificar, sin negociación y en perjuicio de la comunidad, la tarifa aplicada, justifica la declaración de abusividad conforme al art. 87 TRLCU, sin que puede compararse la tarifa 3.0A con las que emplean numerosos hogares, pues su utilidad es garantizar una alta disponibilidad de potencia; (ii) la potencia que se contrata por una comunidad de vecinos es alta ante el riesgo de que se vean interrumpido los distintos servicios y por ello se asegura un suministro constante, añadiéndose luego al coste que se abona por tal disponibilidad el consumo efectivamente realizado, que sufrirá las oscilaciones propias de la utilización diversa de los servicios; (iii) con estos contratos, las comunidades se garantizaban tener siempre disponible la potencia precisa para atender servicios que no pueden cesar por sobrepasar la contratada, y al tiempo, que si los excesos no eran continuos sino puntuales, se redujera el coste de la factura a abonar al 85%, asegurando así un justo equilibrio de prestaciones, pues pese a la utilización excepcional de excesos de potencia, el consumo reducido acarrearía una reducción del importe a abonar; (iv) por ello no era factible como que se cambiara la tarifa a otra 2.0 o 2.1, porque las comunidades no podían arriesgarse a que el uso de varios sistemas al mismo



tiempo (bombas de achique, extracción aire garajes, ascensores...), supusiera su detención por sobrepasar la potencia contratada; (v) las supuestas ventajas de la simplificación de la factura no son tales, porque el cambio de tarifa unilateralmente adoptado por Iberdrola ha incrementado las facturas; (vi) en cualquier caso, la sentencia apelada no solo aplica el art. 87 TRLCU para apreciar la abusividad, sino que también se apoya en el art. 82 TRLCU.

11.- Iberdrola ha interpuesto un recurso de casación contra dicha sentencia.

SEGUNDO.- *Cuestión previa. Interposición del recurso de casación dentro de plazo*

1.- Al oponerse al recurso de casación, la parte recurrida alegó su inadmisibilidad por extemporáneo, por haberse presentado fuera de plazo. Basaba dicha alegación en que incluyó dentro del cómputo del plazo de interposición el dictado de un auto de oficio por el propio tribunal de apelación que rectificaba un error material inocuo para el sentido de la resolución.

2.- La suspensión de los plazos para interponer los recursos que quepan contra la resolución que es objeto de aclaración o rectificación está prevista expresamente en los arts. 267.9 LOPJ y 215.5 LEC. El fundamento de dicha previsión es que el auto de aclaración, rectificación y subsanación o complemento de sentencias o autos se integra como un todo unitario en la sentencia aclarada, rectificada o completada (sentencia del Tribunal Constitucional 90/2010, de 15 de noviembre), de la que pasa a formar parte. Por eso, el plazo íntegro para interponer los recursos contra ella comienza a correr de nuevo a partir de la notificación de la resolución aclaratoria o rectificadora (art. 267.9 LOPJ y art. 448.2 LEC).

3.- La excepción al reconocimiento de estos efectos suspensivos se daría cuando la petición de aclaración o rectificación se califique como manifiestamente improcedente, con componentes de abuso, ánimo dilatorio y fraude (sentencia 1354/2023, de 3 de octubre), lo que no puede ocurrir cuando la rectificación se realiza de oficio por el tribunal.

Asimismo, aunque en alguna resolución (autos de 27 de mayo de 2020 o 6 de noviembre de 2020) hemos considerado que la solicitud de rectificación de un error material que no afecta al sentido de la resolución no produce el efecto suspensivo indicado, en este caso no consta que la parte recurrente propiciara de alguna manera que se diera esa situación, ni que hiciera un uso torticero o fraudulento de la normativa sobre aclaración y rectificación de sentencias. Antes al contrario, en el propio auto de rectificación se indicaba expresamente que los plazos para los recursos que resultaran procedentes comenzarían a computarse desde el día siguiente a la notificación de esa resolución, conforme al art. 267.9 LOPJ. Por lo que la parte actuó confiada legítimamente en dicha indicación expresa del tribunal sentenciador (sentencia 1352/2023, de 3 de octubre).

En consecuencia, no se aprecian razones para privarle de un derecho que le reconoce la Ley.

TERCERO.- *Primer motivo de casación. Planteamiento*

1.- El primer motivo del recurso de casación denuncia la infracción del art. 9 del RD 1164/2001, de 26 de octubre, por el que se establecen tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica (en adelante, RD 1164/2001), en relación con el artículo 86 del TRLCU.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, resumidamente, que el art. 9 del RD 1164/2001 no es una norma imperativa en la relación entre el comercializador y el consumidor y, por ello, por lo que su inaplicación no puede determinar en ningún caso una privación de los derechos del consumidor que dé lugar a una declaración de nulidad o abusividad de la cláusula.

Aunque la Audiencia Provincial no llega a calificar la norma como imperativa, en la práctica le da un tratamiento como tal, en cuanto que afirma que el consumidor tiene derecho en todo caso a que se le facture de conformidad con ella, en tanto que el contrato se remitía a su contenido. Por lo que la sentencia recurrida considera que la modificación contractual de ese modo de facturación supone una privación de derechos, lo que no es correcto, porque el contrato originario únicamente se remitía al artículo 9.1.2 del RD 1164/2001 en lo que respecta a los excesos de potencia, pero no a la facturación de la potencia cuando no había exceso, ya que la facturación del suministro estaba sujeta a la libertad de pactos (art. 81.3 RD 1955/2000), que es el criterio que mantienen los informes de la CNE y CNMC aportados a las actuaciones.

CUARTO.- *Decisión de la Sala. El cambio del sistema de facturación*

1.- Los contratos a que se refiere la demanda, como suele ocurrir en los contratos de suministro de bienes naturales, son de los denominados normados o reglamentados, en el sentido de que, junto a su contenido propiamente convencional, incorporan previsiones impuestas por los poderes públicos, lo que debe ser tenido en cuenta para su interpretación. Los que ahora nos ocupan se firmaron bajo la vigencia de la Ley 54/1997,



de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE 1997), y aunque en la demanda no se concreta con exactitud la fecha en que Iberdrola cambió el sistema de facturación, del propio relato de hechos (relativo a las quejas de las comunidades de propietarias afectadas remitidas a la Federación demandante) se desprende que las comunicaciones a los consumidores tuvieron lugar en el primer trimestre de 2014, cuando ya estaba en vigor la Ley 24/2013, de 26 de septiembre, del Sector Eléctrico (en adelante, LSE 2013).

Pese a esta yuxtaposición normativa, de la Disposición Transitoria Primera de la LSE 2013 se desprende que los contratos concertados con anterioridad se regirán por la normativa vigente en su fecha, por lo que tendremos en cuenta lo dispuesto en la LSE 1997, sin perjuicio de que la Ley posterior pueda tomarse en consideración a efectos interpretativos o aclaratorios.

2.- El art. 9.1.2 del RD 1164/2001 señala, en relación con la facturación de la tarifa 3.0A, en el componente relativo a la potencia, lo siguiente:

"a) Si la potencia máxima demandada, registrada en el período de facturación, estuviere dentro del 85 al 105 por 100 respecto a la contratada, dicha potencia registrada será la potencia a facturar (Pfi).

b) Si la potencia máxima demandada, registrada en el período de facturación, fuere superior al 105 por 100 de la potencia contratada, la potencia a facturar en el período considerado (Pfi) será igual al valor registrado más el doble de la diferencia entre el valor registrado y el valor correspondiente al 105 por 100 de la potencia contratada.

c) Si la potencia máxima demandada en el período a facturar fuere inferior al 85 por 100 de la potencia contratada, la potencia a facturar (Pfi) será igual al 85 por 100 de la citada potencia contratada".

3.- La sentencia recurrida no consideró que la aplicación del art. 9.1.2 del RD 1164/2001 fuera imperativa, sino que interpretó el contrato original en el sentido de que lo pactado suponía facturar siempre conforme al art. 9 del RD 1164/2001 y no solo en el caso de que se sobrepasara la potencia contratada. Interpretación que no es impugnada específicamente por la recurrente y que, en todo caso, correspondería a una facultad propia de los tribunales de instancia.

La citada interpretación de la Audiencia Provincial parte de la redacción del indicado precepto para hacer una evaluación comparativa de la falta o no de equilibrio o reciprocidad de la nueva cláusula que la demandante comunicaba en la factura, lo que constituye un método válido para determinar si había existido modificación contractual y también en qué medida el contrato dejaba al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista en la normativa vigente o conforme a prácticas de mercado justas y equitativas.

Lo que debemos poner en relación con el considerando 24 de la Directiva 2003/54/CE, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, que establece :

"Los Estados miembros deben garantizar que los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas tengan derecho a un suministro de electricidad de una calidad determinada a unos precios claramente comparables, transparentes y razonables".

Por lo que, en este contexto, no resulta reprochable que la Audiencia Provincial tomara como elemento comparativo de la transparencia y razonabilidad de los precios a que se refiere la Directiva lo previsto en el RD 1164/2001 como criterio de contraste.

4.- Como consecuencia de lo cual, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

QUINTO.- Segundo y tercer motivos de casación. Planteamiento y resolución conjunta

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 9 del RD 1164/2001, en relación con el art. 87 TRLCU y con el art. 110.ter del RD1955/2000.

Al desarrollar el motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que no es correcto que la cláusula incurra en falta de reciprocidad, en los términos del art. 87 TRLCU, puesto que como el art. 9 del RD 1164/2001 no es una norma imperativa, cabe su modificación contractual unilateral. Es más, aunque se considerase que el contrato se remitía al RD 1164/2001, ello no incide en la falta de imperatividad de la norma, ni impide ulteriores modificaciones contractuales.

No cabe atribuir falta de reciprocidad, ni desequilibrio de las prestaciones, a una modificación que simplemente establece que se pague por lo que se contrata, por la disponibilidad de red (de potencia) que el cliente desea asegurarse, y que se ampara en la condición general 14ª del contrato y en el artículo 110.ter del RD 1955/2000. El razonamiento de la Audiencia Provincial de que no es posible modificar el precio del contrato no es correcto, porque las condiciones de los contratos celebrados con consumidores o usuarios pueden ser modificadas



de manera unilateral si se respeta el plazo de preaviso y el derecho del cliente a resolver el contrato sin penalización alguna.

2.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción del art. 82 TRLCU, en relación con el art. 110.ter del RD 1955/2000, sobre la posibilidad de notificación en la propia factura de un cambio en la forma de facturación.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, resumidamente, que la modificación del sistema de facturación notificada en la propia factura no es abusiva si respeta lo establecido en el art. 110.ter del RD 1955/2000 y en la condición general 14ª del contrato suscrito. El art. 110.ter exige que se informe al consumidor de la modificación y del derecho que le asiste de resolver el contrato sin penalización, pero no impone ninguna forma especial de notificación ni requiere el consentimiento expreso del consumidor. Por el contrario, como se sostiene en el voto particular, la inserción del aviso del cambio de facturación en la factura puede incluso facilitar que la información llegue al destinatario, por el lógico interés que reporta el documento que se envía.

3.- Dada la conexidad argumentativa entre ambos motivos y la respuesta que debe darse a ambos, se resolverán conjuntamente, para evitar inútiles reiteraciones.

SEXTO.- *Decisión de la Sala. Reciprocidad en los contratos con consumidores. Comunicación del cambio de facturación en facturas sucesivas*

1.- El art. 82.4 c) TRLCU establece que serán abusivas en todo caso las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato. Y el art. 87 del mismo TRLCU contiene un listado ejemplificativo de cláusulas que conllevan la falta de reciprocidad en perjuicio del consumidor.

La falta de reciprocidad implica un ataque directo al principio de equivalencia propio de los contratos sinalagmáticos, sin que sea admisible *ab initio* un posible pacto en contrario, por suponer una limitación de los derechos del consumidor prohibida por el art. 86 TRLCU.

En relación con lo cual, debe tenerse presente que la mencionada Directiva 2003/54/CE, sobre el mercado interior de electricidad, señala en su Anexo A que las condiciones contractuales han de ser equitativas.

2.- En principio, una cláusula que permite una modificación unilateral del precio durante el plazo pactado de duración del contrato -no en su renovación- da una cierta apariencia de abusividad (art. 85.3 y 85.10 TRLCU), que se confirmaría cuando permita a la comercializadora incluir incrementos indiscriminados; o se descartaría si tiene una justificación al margen de la mera voluntad del predisponente, como sucede si la variación se debe a la asunción de cargos, tributos o peajes impuestos legal o administrativamente, cuando esa facultad esté prevista en el contrato con expresión de "los motivos o causas que la justificarían" (sentencia 613/2023, de 25 de abril).

3.- A cuyo efecto, es jurisprudencia reiterada del TJUE que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de su celebración, todas las circunstancias concurrentes (verbigracia, SSTJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11; y de 9 de julio de 2020, C-452/18).

A su vez, la sentencia del TJUE de 21 de marzo de 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb AG*, aun referida a contratos de suministro de gas y al mercado regulado, establece no obstante unas pautas interpretativas útiles para resolver la cuestión que ahora nos ocupa, al indicar que, en cuanto a la valoración de una cláusula que permite al profesional modificar unilateralmente el coste del servicio que ha de prestarse, tiene una importancia esencial determinar, por una parte, si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste relacionado con el servicio que ha de prestarse, y por otra, si el consumidor dispone del derecho a rescindir el contrato en caso de que el coste se modifique efectivamente. Posibilidad de rescisión que no debe ser meramente formal, sino que debe poder ser ejercida efectivamente en la situación concreta, lo que no sucede cuando no ha sido informado debidamente y en el momento adecuado de la modificación que se va a realizar, privándole así de la posibilidad de verificar el modo de cálculo y, en su caso, de cambiar de proveedor.

4.- Sobre estas premisas, el sistema de facturación previsto en el art. 9 del RD 1164/2001 tiene como objetivo la salvaguarda del equilibrio entre los contratantes. Ello no implica que una compañía suministradora no pueda establecer otro sistema de facturación, pero ha de respetar el equilibrio entre las partes y la reciprocidad de las prestaciones, sin perjudicar injustificadamente al consumidor mediante el cambio de tarifa.

Por ello, acierta la sentencia recurrida al afirmar que para una comunidad de propietarios resulta imprescindible contratar una tarifa con máximo con la finalidad de que un exceso puntual de potencia no corte el suministro de servicios tales como ascensores, bombas de achique o puertas de garaje. Pero como el RD 1164/2001 solo permite ese tipo de aparatos para potencias contratadas superiores a los 15 KW (lo que explica el sistema de facturación que establece para la entonces denominada tarifa 3.0A.), para evitar que el consumidor



(comunidad de propietarios) que se acoja a esa tarifa y disfrute de la eliminación del dispositivo de corte contrate una potencia inferior a la necesaria y favorecer una contratación lo más aproximada a la que realmente se precise, establece un sistema de penalización consistente en que si la potencia máxima demanda registrada en el periodo de facturación excede del 85% de la contratada y no sobrepasa el 105% se factura conforme a la potencia registrada, pero si excede del 105% se suma al valor registrado el doble de la diferencia con el 105% contratado. En compensación, cuando la potencia máxima demandada ha sido inferior al 85% de la contratada, la potencia que se factura es del 85%, siendo esa compensación lo único que Iberdrola decidió suprimir.

5.- Ese era el sistema compensatorio que se había contratado por las comunidades de propietarios afectadas, de tal manera que, según se recoge por la Audiencia Provincial al examinar las facturas aportadas a las actuaciones, durante el periodo facturado el máxímetro solo había registrado potencias entre los 9 y los 15 KW, cuando la potencia contratada era de 33 KW. Con independencia de que esa potencia fuera o no excesiva, lo cierto es que el mínimo a contratar sería siempre de 15 KW, por lo que resultaría altamente probable que en la mayoría de las comunidades fuera una potencia muy superior a la necesaria, pero que tenían que contratar para evitar el riesgo de corte o interrupción del suministro.

En consecuencia, la conclusión de la sentencia recurrida de que la eliminación de la compensación por Iberdrola, al tiempo que mantenía las penalizaciones, suponía un desequilibrio por falta de reciprocidad contractual entre las partes contrario a las exigencias de la buena fe, es correcta. Máxime, si como ocurre en el caso, el consumidor (la comunidad de propietarios), pese a ser consciente de que su demanda de potencia sería inferior a la contratada no puede prescindir de la existencia del máxímetro, so pena de no garantizar el funcionamiento de servicios esenciales de la comunidad.

Como resalta el Ministerio Fiscal, es precisamente la necesidad ineludible del máxímetro lo que hace que la situación no sea comparable con la de los consumidores que se acogen a la tarifa 2.0A, ya que estos incluso pueden decidir contratar una potencia inferior a la del conjunto de todos sus aparatos, que normalmente nunca funcionarán todos al mismo tiempo, porque el salto del limitador no les genera inconvenientes especiales e incluso pueden controlar el momento de uso de sus aparatos, lo que no puede hacer una comunidad de vecinos. Por ello, es la compensación suprimida unilateralmente por la compañía eléctrica la que crea una situación de inferioridad entre unos consumidores y otros, porque los usuarios necesitados de la tarifa 3.0A se ven obligados a contratar una potencia máxima que se da por supuesto que normalmente estará infrutilizada y que es la causa de las correcciones previstas en el RD 1164/2001.

6.- En cuanto a la posible abusividad, conforme al art. 82 TRLCU, de la práctica consistente en informar de la modificación del contrato y del derecho de resolución de este en la factura periódica de suministro enviada al consumidor, no puede ser afirmada o descartada genéricamente, sino que dependerá de la forma concreta de esa comunicación y de la posibilidad real y efectiva de que el consumidor tome conciencia de ella y de los derechos que le competen tras la modificación contractual.

7.- El art. 100 ter RD 1955/2000 (introducido por el RD 1454/2005 que incorporaba algunas previsiones contenidas en la Directiva 2003/54/CE sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad) establece los requisitos mínimos de los contratos suscritos con clientes domésticos. En concreto, el apartado d) del citado precepto indica:

"Los consumidores deberán ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a resolver el contrato sin penalización alguna cuando reciban el aviso".

El Anexo A (Medidas de protección del consumidor) de dicha Directiva 2003/54/CE recoge, entre otras, sin perjuicio de las normas comunitarias sobre protección del consumidor, una serie de medidas:

(i) las condiciones deben ser equitativas y darse a conocer con antelación a la celebración o confirmación del contrato;

(ii) los consumidores han de ser debidamente avisados de cualquier intención de modificar las condiciones del contrato e informados de su derecho a rescindir el contrato cuando reciban el aviso; así como debe notificarse directamente a los abonados cualquier aumento de los precios;

(iii) los consumidores tienen derecho a recibir información transparente sobre los precios, tarifas y condiciones generales aplicables al acceso y al uso de los servicios de electricidad.

Normas de protección específicas del consumidor de electricidad cuya contravención mediante una práctica unilateral de la compañía eléctrica puede suponer una práctica abusiva, en los términos del art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE y del art. 82 TRLCU.

8.- En la información facilitada en la factura reproducida en el primer fundamento jurídico, con el epígrafe Información de Utilidad, constan la discriminación horaria, la modificación tarifaria ahora controvertida, el



sistema de contacto con la compañía para reclamaciones y la importancia de tener contratada la potencia óptima. Los dos primeros párrafos están en negrita y el tipo de letra, color e interlineado de todos es el mismo.

Aunque aparentemente esa información podría colmar las exigencias antes vistas de la Directiva 2003/54/CE, compartimos la conclusión de la Audiencia Provincial de que realmente no es así, porque el mismo epígrafe, con una apariencia externa idéntica, pero sin la mención a la modificación tarifaria, era incluido siempre en las facturas, por lo que un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, no tenía por qué advertir fácilmente, en un examen rutinario de un documento por naturaleza repetitivo, que se le variaba el sistema de facturación y cobro. Como bien dice el Ministerio Fiscal, esa información trascendental, que afectaba a un elemento tan relevante como el precio del contrato, "ni siquiera se expone en primer lugar o se destaca en forma única por la tipografía o el color del resto de las informaciones, sin que parezca tampoco previsible para el consumidor medio que una modificación contractual figure en un apartado bajo ese título, máxime cuando ni siquiera fue advertido al contratar de que podía ser informado de las modificaciones contractuales por ese medio, por lo que parece lógico que solo espere en la factura comunicaciones sobre sus cargos mensuales".

La cuestión no es tanto si la factura resulta un medio hábil para informar sobre la modificación como si la información en ella contenida cumple las exigencias mínimas de comunicación al consumidor, de manera transparente, sobre el cambio de las condiciones de cálculo del precio.

9.- Pero es que, además, la información facilitada al consumidor en el mencionado epígrafe de la factura no era exacta, porque se aludía a un plazo de quince días desde la recepción de la factura para poder resolver el contrato sin penalización, cuando lo pactado en el contrato era un mes. Cuestión muy relevante porque afecta a un derecho fundamental, tanto en la propia Directiva como en la jurisprudencia del TJUE, como es el de desligarse del contrato cuando sus condiciones se tornan perjudiciales para el consumidor. E incluso puede constituir una práctica desleal que contribuye a la apreciación de la abusividad de la cláusula (SSTJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10; y 10 de junio de 2021, asuntos acumulados C- 776/19 a C-782/19).

10.- En su virtud, estos dos motivos de casación también deben ser desestimados.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos

1.- Al haberse desestimado el recurso de casación, deben imponerse a la recurrente las costas causadas por él, según determinan los arts. 394.1 y 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido
:

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Iberdrola Generación S.A.U. contra la sentencia núm. 1546/2019, de 30 de septiembre, dictada por la Audiencia Provincial de Vizcaya (sección 4ª), en el Recurso de Apelación núm. 1337/2018.

2.º- Imponer a la recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.