

**CONTROL DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN EN
SECTORES REGULADOS. EN PARTICULAR, LA CLÁUSULA QUE
PERMITE LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DE LOS PRECIOS¹**

STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto c-92/11, RWE Vertrieb

Ana I. Mendoza Losana

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario. 1. Hechos 2. Iter procesal. 3. Cuestiones prejudiciales. 4. Control sobre cláusulas que reproducen el contenido de normas jurídicas. 5. Modificación unilateral de precios en los contratos de duración indeterminada. 6. Eficacia temporal de las sentencias interpretativas del Derecho comunitario: retroactividad, moratoria o eficacia *ex nunc* 7. Impacto de la sentencia en el ordenamiento español. 7.1. *Sobre el control de condiciones en sectores regulados.* 7.2. *En relación a la modificación de precios.* 7.3. *Sobre la eficacia retroactiva de la declaración de no adecuación al Derecho comunitario*

Resumen. *Están sometidas a los controles previstos en la Directiva 93/13/CEE las condiciones contractuales que reproducen las aprobadas por norma imperativa para otro tipo de contratos distintos a aquel al que se aplican; no se pueden modificar los precios de los contratos de duración indefinida si en el contrato no se informa sobre el motivo y modo de variación del precio. No basta con avisar con antelación suficiente ni reconocer al usuario el derecho a rescindir el contrato si no es conforme a la modificación.*

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, RWE Vertrieb (TJCE 2013/93), resuelve una cuestión prejudicial planteada por el tribunal supremo alemán (Bundesgerichtshof) y suscitada en el marco de un litigio entre una empresa suministradora de gas, RWE Vertrieb AG (en lo sucesivo, «RWE») y la Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV (asociación de consumidores) en relación a la utilización por RWE de cláusulas supuestamente abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto, se cuestiona el carácter abusivo de las cláusulas contractuales que reservaban al suministrador de gas la potestad de modificar unilateralmente los precios de los contratos de duración indefinida.

1. Hechos

En el momento en el que suceden los hechos, conforme a la normativa alemana, todas las empresas suministradoras de gas tenían la obligación de ofrecer dos modalidades de contratación: a) contratos sujetos a tarifa; b) contratos en el mercado libre (“contratos especiales”).

El reglamento alemán que regulaba las condiciones del suministro a tarifa permitía al suministrador modificar unilateralmente el precio del gas sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación, exigiendo que los clientes fueran informados de esa modificación y pudieran, en su caso, resolver el contrato. RWE se reservaba esta potestad de modificación unilateral de los precios también en los contratos celebrados en el mercado libre, a pesar de que el citado reglamento de prestación del servicio no era aplicable a tales contratos. En aplicación de esta cláusula, entre el 1 de enero del 2003 y el 1 de octubre del 2005, RWE incrementó el precio del gas en cuatro ocasiones, dándose además la circunstancia de que durante ese período, los clientes afectados no tuvieron la posibilidad de cambiar de proveedor de gas.

2. Iter procesal

La Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV reclamó a RWE, por cuenta de los consumidores afectados, el reembolso de las cantidades adicionales que éstos le habían abonado al incrementarse el precio. La sentencia de primera instancia, ratificada en apelación, estimó la pretensión de reembolso por un importe de 16.128,63 euros, más los intereses.

El suministrador del gas interpuso recurso ante el Bundesgerichtshof, que estimó que la solución del litigio principal dependía de la interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho de la Unión, por lo que decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales.

3. Cuestiones prejudiciales

Las cuestiones prejudiciales elevadas por el Bundesgerichtshof al Tribunal de Justicia tiene por objeto la interpretación, por una parte, del artículo 1, apartado 2, y de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29) y los apartados 1, letra j), y 2, letra b), párrafo segundo, del anexo de ésta, y, por otra parte, del artículo 3, apartado 3, y del anexo A, letras b) y c), de la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE (DO L 176, p. 57). Las citadas cuestiones se plantean en los siguientes términos:

- 1^a. ¿Debe interpretarse el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 [...] en el sentido de que las cláusulas contractuales sobre modificaciones de precios incluidas en contratos de suministro de gas con consumidores a los que se suministra gas al margen de la obligación general de suministro, en el marco de la libertad contractual general (clientes especiales), no están sujetas a las disposiciones de la Directiva si en dichas cláusulas contractuales se reproducen literalmente, para las relaciones contractuales con clientes especiales, las disposiciones legales vigentes para los clientes sujetos a tarifa en el marco de la obligación general de conexión y suministro?

- 2^a. ¿Deben interpretarse –en la medida en que sean aplicables– los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 [...], en relación con los apartados 1, letra j), y 2, letra b), [párrafo segundo], del Anexo [...] de dicha Directiva, y el artículo 3, apartado 3, en relación con el anexo A, letras b) y/o c), de la Directiva 2003/55 [...] en el sentido de que las cláusulas contractuales sobre modificaciones de precios incluidas en contratos de suministro de gas natural con clientes especiales cumplen las exigencias sobre redacción clara y comprensible y/o el grado de transparencia requerido, si en ellas no se recogen la causa, las condiciones y el alcance de una modificación de precios, pero se garantiza que la empresa suministradora de gas informará a sus clientes acerca de cualquier incremento de precios con un plazo razonable y que el cliente tendrá derecho a rescindir el contrato si no desea aceptar las condiciones modificadas que se le comunican?

4. Control sobre cláusulas que reproducen el contenido de normas jurídicas

No pueden ser sometidas a los controles previstos en la Directiva 93/13 aquellas cláusulas contractuales que se limitan a aplicar al contrato en cuestión el contenido de las normas legales o reglamentarias que de forma imperativa regulan la prestación de un

servicio (art. 1.2 Directiva 93/13²). A estos efectos, se consideran que son imperativas aquellas normas nacionales que se apliquen independientemente de la elección de los contratantes (imperativas en sentido estricto) y también las aplicables por defecto en ausencia de voluntad en contra de las partes (técnicamente, normas dispositivas) (cdo. 13º Directiva 93/13³).

Se parte de la consideración de que en estos casos el regulador (legal o reglamentario) ha realizado una valoración del reparto de derechos y deberes, llegando a la conclusión de que tal reparto resulta proporcional y equilibrado entre las posiciones de las partes. En palabras del Tribunal, “es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos” (apdo. 28).

Sin embargo, el fundamento de exclusión del control quiebra cuando las normas que contienen las condiciones contractuales cuestionadas no son imperativamente aplicables al tipo de contrato en el que se incluyen, sino que su aplicación deriva de la voluntad impuesta del profesional. Esto es lo que ocurría en el caso analizado: las condiciones de prestación del servicio aprobadas reglamentariamente sólo reservaban la potestad de modificar unilateralmente el precio sin ninguna justificación para los contratos de suministro a tarifa pero no para los contratos en el mercado libre. En tal supuesto, la norma deja de tener carácter imperativo y es el propio profesional quien decide imponer su aplicación. En este contexto, considera el Tribunal que “la eventual voluntad de las partes de extender la aplicación de este régimen a un contrato diferente no puede asimilarse al establecimiento por el legislador nacional de un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes del contrato” (apdo. 29). Admitir la exclusión del control en este caso, tendría un efecto perverso sobre la protección de los consumidores, pues daría ocasión al profesional de eludir fácilmente la aplicación de la Directiva 93/13. Bastaría con redactar las cláusulas de sus contratos en los mismos términos previstos por la normativa nacional para determinadas categorías de contratos a pesar de que el conjunto de derechos y deberes constituidos por tales contratos puede

² Artículo 1.2 Directiva 93/13. «Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.»

³ El decimotercer considerando de la Directiva 93/13 enuncia lo siguiente:
«[...] se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; [...] por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; [...] a este respecto, la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 [de esta Directiva] incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo.»

no coincidir con el equilibrio que el legislador nacional ha pretendido establecer en los contratos regulados por la normativa sectorial.

En el caso analizado, la potestad de modificar unilateralmente el precio del gas sin indicar la causa, las condiciones o el alcance de la modificación estaba prevista en la normativa nacional exclusivamente para los contratos a tarifa pero dicha normativa no era aplicable a los contratos de suministro de gas celebrados en el mercado libre. Según el TJUE, “en tales circunstancias, no queda excluida, en virtud del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, la aplicación de ésta a cláusulas como las de los contratos especiales controvertidos en el asunto principal”.

Se da la circunstancia de que el Código Civil alemán excluye la aplicación de las listas de cláusulas abusivas de los artículos 308 y 309 (cláusulas grises y negras), a los contratos celebrados por empresas suministradoras de servicios regulados (electricidad, gas, calefacción a distancia y agua) en condiciones de mercado cuando tales condiciones “no se aparten en perjuicio del cliente, de los reglamentos sobre condiciones generales de contratación para el suministro a clientes sujetos a tarifa” (art. 310.2 BGB). Sin embargo, estos contratos no se excluyen del control general de abusividad (art. 307 BGB, equivalente al artículo 3 de la Directiva 93/13⁴).

Por todo ello, el TJUE responde a la primera cuestión prejudicial que “*el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a las cláusulas de las condiciones generales incluidas en contratos, celebrados entre un profesional y un consumidor, que reproducen una disposición del Derecho nacional aplicable a otra categoría de contrato y que no están sujetas a la normativa nacional de que se trate*”.

5. Modificación unilateral de precios en los contratos de duración indeterminada

La normativa nacional, -que no resultaba aplicable a los contratos en el mercado libre- permitía al proveedor modificar unilateralmente el precio del gas sin indicar la causa,

⁴ *Artículo 3 Directiva 93/13.* 1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

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

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

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

las condiciones o el alcance de la modificación, si bien garantizaba que los clientes fueran informados de esa modificación y en su caso, pudieran extinguir el contrato.

En principio, esta normativa nacional choca con la Directiva 93/13 que declara expresamente como abusivas las cláusulas que tengan por objeto o efecto “autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato los términos del mismo” (anexo, 1, j) , así como “estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato” (anexo, 1, l). Sin embargo, la propia Directiva delimita el alcance de esta prohibición de modificar condiciones unilateralmente. Así, el apartado 2 de su anexo especifica que la prohibición impuesta al profesional de modificar unilateralmente los términos del contrato (letra j) se entiende “sin perjuicio de las cláusulas por las que el profesional se reserve el derecho a modificar unilateralmente las condiciones de un contrato de duración indeterminada siempre que el profesional esté en la obligación de informar al consumidor con una antelación razonable, y de que éste tenga la facultad de rescindir el contrato”; por otra parte, la prohibición de incremento de precios sin reconocer al consumidor el derecho a la rescisión cuando el precio modificado resulte “muy superior” al convenio (letra l), se entiende “sin perjuicio de las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio”.

Por su parte, la Directiva 2003/55, reguladora del suministro de gas obliga a los Estados miembros a adoptar ciertas medidas de protección “al menos” de los consumidores finales o clientes domésticos (art. 3.3). Entre estas medidas figura el derecho a 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”. A estos efectos, “los prestadores de servicios notificarán directamente a sus abonados cualquier aumento de los precios, en el momento adecuado y no más tarde de un período normal de facturación después de que haya entrado en vigor el aumento” y los clientes podrán “rescindir el contrato si no aceptan las nuevas condiciones que les hayan notificado sus prestadores de servicios de gas”.

A la luz de esta normativa, la sentencia comentada llega a las siguientes conclusiones sobre la potestad del profesional de modificar los precios en los contratos de duración indeterminada:

- 1^a. *Se reconoce a las empresas el interés legítimo de modificar precios en contratos de duración indeterminada y a los consumidores el interés igualmente legítimo de conocer y prever las consecuencias del cambio.* El TJUE afirma que “tanto del apartado 2, letras b), párrafo segundo, y d), del anexo de la Directiva 93/13 como del anexo A, letra b), de la Directiva 2003/55 se deduce que el legislador ha reconocido, en el marco de contratos de duración indeterminada como son los contratos de suministro de gas, la existencia de un interés legítimo de la empresa suministradora en poder modificar el coste de su servicio” (apdo. 46). Si bien, la satisfacción de este interés legítimo está condicionada y sometida a ciertas restricciones para salvaguardar el interés, igualmente legítimo, del consumidor en conocer y poder prever las consecuencias que el cambio pueda acarrearle (apdo. 53). En palabras del Tribunal, “una cláusula tipo que permita tal adaptación unilateral debe satisfacer, no obstante, las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen las citadas Directivas”;
- 2^a. *Corresponde al juez nacional pronunciarse a la luz de las circunstancias propias del caso concreto, sobre si la cláusula tipo que atribuye al profesional la potestad de modificar el precio cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia impuestas por las Directivas generales y sectoriales de protección de los derechos de los consumidores* (sentencias de 9 de noviembre de 2010 [TJCE 2010, 335] , VB Pénzügyi Lízing, C-137/08, Rec. p. I-10847, apartado 44, e Invitel [TJCE 2012, 98] , apartado 22). El TJUE se limita a interpretar si los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar la cláusula controvertida se ajustan a las disposiciones de las Directivas (apdo. 48);
- 3^a. *La cláusula que reserva al particular la potestad para modificar unilateralmente los precios cumple las Directivas comunitarias si en el momento de contratar el consumidor es informado sobre el motivo y modo de variación del precio y si se le reconoce el derecho a resolver el contrato* (apdo. 49). Al valorar la cláusula de modificación de precios, tiene una importancia esencial determinar dos cosas: la transparencia de las causas y modos de variación del precio y el derecho reconocido al consumidor de rescindir el contrato cuando el coste se modifique efectivamente (v. sentencia Invitel [TJCE 2012, 98] , apartados 24, 26 y 28).
- 4^a. *La información transparente sobre el motivo y modo de la revisión del precio se ha de facilitar antes de la celebración del contrato* (apdo. 51). *El deber del empresario de informar sobre la modificación de precios con antelación suficiente previsto en la normativa sectorial se añade al deber genérico de informar antes de celebrar el contrato pero no lo sustituye* (apdo 52). La falta de información en el momento de

contratar no puede ser compensada por el hecho de que los consumidores sean informados, durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato, si no aceptan la modificación. Que tanto la Directiva 93/13 como la Directiva 2003/55 admitan las cláusulas que reservan al profesional la posibilidad de modificar los precios e impongan el deber adicional de informar sobre la modificación de tarifas con antelación suficiente en el supuesto de que la empresa pretenda efectivamente ejercer su derecho a modificar las tarifas no significa que el empresario quede exonerado de su deber de ofrecer información previa a la contratación. Al contrario, dicho deber de informar en el caso de hacer efectiva la modificación “se añade a la obligación de informar al consumidor, antes de celebrarse el contrato y en términos claros y comprensibles, de las principales condiciones de ejercicio de ese derecho a la modificación unilateral”.

Curiosamente, la Directiva 2011/83 no exige facilitar información sobre el motivo y modo de revisión del precio, cuando el profesional se reserve la facultad de modificar el precio en contratos de duración indeterminada (cfr. arts. 5 y 6). Sin embargo, la armonización plena impuesta por la Directiva (art. 4) no impide que los Estados puedan establecer exigencias adicionales sobre el contenido de la información precontractual (v. art. 5.4)⁵.

- 5^a. *La mera remisión a las normas aplicables no sirve para considerar cumplido el deber de informar sobre el motivo y modo de revisión del precio (apdo. 50)*. A efectos de valorar la transparencia, es decir, si el contrato expone el motivo y el modo de variación del precio, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste, el profesional debe informar sobre “el motivo y el modo de variación del coste” y no se cumple este deber informativo con la mera remisión a las normas (legales o reglamentarias) que establezcan los derechos y obligaciones de las partes. El profesional debe informar expresamente “del contenido de las disposiciones de que se trate (v. sentencia Invitel [TJCE 2012, 98], apdo. 29)”;
- 6^a. *La facultad de rescisión conferida al consumidor ante la modificación de precios aplicada por el profesional debe poder ser ejercida de forma efectiva (apdo 54)*. No basta el reconocimiento formal del derecho del consumidor de rescindir el contrato ante la modificación de precios, es preciso que el consumidor pueda realmente

⁵ V. mi trabajo “Los contratos a distancia y celebrados fuera de establecimiento mercantil tras la directiva 2011/83/UE. Relación con la directiva de comercio electrónico y la directiva de servicios” en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, págs. 45-60, concr. pág.13 <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/10/12>.

causar baja y contratar los servicios de otro proveedor. No sucede así cuando por las circunstancias del mercado (ej. falta de competencia) o por las modalidades de aplicación del derecho a la rescisión del contrato (ej. costes asociados a la rescisión, costes y plazos para cambiar de proveedor), el consumidor no tiene la posibilidad real de cambiar de proveedor. En el caso concreto, se denunciaba el carácter meramente formal de esta facultad reconocida a los consumidores alemanes, por la falta de competencia efectiva en el mercado de suministro de gas en condiciones de mercado. El TJUE no se pronuncia sobre este extremo, pues considera que tal valoración corresponde al juez nacional.

En resumen, el TJUE responde a la segunda cuestión en los siguientes términos:

“Los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar si una cláusula contractual tipo, mediante la que una empresa suministradora se reserva el derecho a modificar el coste del suministro de gas, obedece o no a las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen tales disposiciones, reviste concretamente una importancia esencial determinar:

- si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de ese coste. La falta de información a este respecto antes de celebrarse el contrato no puede ser compensada, en principio, por el mero hecho de que el consumidor será informado, durante la ejecución del contrato, de la modificación del coste con una antelación razonable y de su derecho a rescindir el contrato si no desea aceptar la modificación, y*
- si la facultad de rescisión conferida al consumidor puede, en la situación concreta, ser ejercida efectivamente.*

6. Eficacia temporal de las sentencias interpretativas del Derecho comunitario: retroactividad, moratoria o eficacia *ex nunc*

En el supuesto analizado, el Gobierno alemán solicitaba que el propio TJUE limitara en el tiempo los efectos de la eventual sentencia del tribunal nacional que finalmente

declarara contraria al Derecho comunitario la cláusula debatida, de modo que la sentencia alemana no se aplicara con carácter retroactivo a las modificaciones de tarifas anteriores a ella. Por su parte, la empresa demandada pedía además la suspensión de la eficacia de la sentencia durante veinte meses para permitir que las empresas afectadas y el legislador nacional se adaptaran a su contenido. El argumento sobre el que Gobierno y empresa sustentan su petición es estrictamente económico, se invocan “las graves consecuencias financieras que podrían producirse respecto a un gran número de contratos de suministro de gas en Alemania, dando lugar a un déficit considerable de las empresas afectadas”.

El TJUE recuerda su competencia para interpretar una norma de Derecho comunitario tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento su entrada en vigor (apdo. 58), por lo que, en principio, procede la aplicación retroactiva de las sentencias de los tribunales nacionales que declaran cierta cláusula no ajustada al Derecho comunitario (v. sentencias de 2 de febrero de 1988 [TJCE 1988, 82] , Blaizot y otros, 24/86, Rec. p. 379, apartado 27; de 10 de enero de 2006 [TJCE 2006, 3] , Skov y Bilka, C-402/03, Rec. p. I-199, apartado 50; de 18 de enero de 2007 [TJCE 2007, 13] , Brzeziński, C-313/05, Rec. p. I-513, apartado 55, y de 7 de julio de 2011 , Nisipeanu, C-263/10, apartado 32).

Sólo excepcionalmente puede el TJUE limitar la eficacia retroactiva de sus interpretaciones. Han de concurrir dos requisitos de forma acumulativa (apdos. 59-64): la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (v. sentencias Skov y Bilka [TJCE 2007, 13] , apartado 51; Brzeziński, apartado 56; de 3 de junio de 2010 [TJCE 2010, 164] , Kalinchev, C-2/09, Rec. p. I-4939, apartado 50, y de 19 de julio de 2012 [TJCE 2012, 220] , Rēdlihs, C-263/11, Rec. p. I-0000, apartado 59). En el caso concreto, el TJUE desestima la pretensión considerando no acreditada la existencia de un riesgo de trastornos graves, por lo que no procede limitar en el tiempo los efectos de la sentencia.

Naturalmente, por muy graves que resulten las consecuencias financieras para las empresas suministradoras de gas en Alemania, éstas no pueden derivarse de la interpretación del Derecho comunitario, ámbito al que se reduce la competencia del TJUE, que tanto en éste como en otros supuestos, carece de elementos de juicio suficiente para llegar a tal pronunciamiento (véase, por analogía, la sentencia de 13 de marzo de 2007 [TJCE 2007, 59], Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Rec. p. I-2107, apartado 131 y apdo. 61 de la sentencia comentada). Entre líneas, se deduce que corresponde al tribunal nacional determinar si en el caso concreto concurre el riesgo de trastorno grave.

7. Impacto de la sentencia en el ordenamiento español

7.1. Sobre el control de condiciones en sectores regulados

La doctrina de esta sentencia del TJUE no es ajena a la jurisprudencia española, que ha admitido el control sobre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas en contratos regulados. En particular, en relación a los contratos bancarios, primero la jurisprudencia menor (SSAP Cáceres núm. 484/2012 de 19 noviembre, AC 2013\44; núm. 431/2012 de 5 octubre, AC 2012\1971; núm. 359/2012 de 10 julio AC 2012\1375) y finalmente el Tribunal Supremo han considerado que la aplicación de la normativa de transparencia bancaria no puede suponer exclusión del ámbito objetivo de aplicación ni de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC)⁶ ni de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU). En palabras del Tribunal Supremo, sería “una paradoja que esa función protectora que se dispensa a los consumidores, quedara limitada a una Orden Ministerial y se dejara sin aplicación la LCGC para aquellas condiciones generales que no están reguladas por normas imperativas o que reguladas han sido trasladadas de una forma indebida al consumidor” (STS de 2 de marzo de 2011, RJ 2011, 1833). En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013\3088), relativa a las cláusulas suelos, se hace eco de la sentencia comentada para rechazar de nuevo que las condiciones generales de la contratación incluidas en contratos regulados por normas sectoriales queden exentas del control propio de las cláusulas abusivas.

¿Y las cláusulas incluidas en contratos tipo aprobados por la Administración sectorial?

Aunque el TJUE no se refiere a esta cuestión en la sentencia comentada, sí resulta de interés por su relación con el objeto del litigio reflexionar una vez más y ahora a la luz de esta nueva sentencia del TJUE si cabe someter al control propio de las condiciones generales de la contratación y de las cláusulas abusivas las cláusulas contractuales incluidas en contrato-tipo aprobado previamente por una Administración sectorial.

En España, doctrina y jurisprudencia han coincidido en considerar que del tenor literal de los artículos 4. 1 de la LCGC, 80.1 y 81.1 del TRLGDCU⁷ se extrae que “la previa aprobación administrativa, [...] no excluye el ulterior sometimiento de la cláusula al nivel de protección más elevado que se pueda derivar del TRLGDCU a favor del

⁶ Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (BOE núm. 89, 14-4-1998).

⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE núm. 287, 30-11-2007).

consumidor”⁸. Como ejemplo, la jurisprudencia menor ha admitido el ulterior control por los tribunales de la cláusulas de imposición del arrendamiento del descodificador digital en contrato-tipo previamente aprobado por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (SAP Madrid de 30 de diciembre de 2008, JUR 2009, 101047).

Los mismos argumentos utilizados por el TJUE para considerar controlables las cláusulas que reproducen el contenido de una norma imperativa aplicable a contratos distintos, sirven para responder afirmativamente a la cuestión planteada. Las administraciones sectoriales que aprueban contratos-tipo (ej. contratos para la prestación del servicio telefónico aprobados por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información ex art. 38.2,f Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones; o contratos para el suministro de energía eléctrica en baja tensión aprobados por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ex art. 4.5.III RD 1435/2002, de 27 de diciembre, regula las condiciones básicas de los contratos de adquisición de energía y de acceso a las redes en baja tensión⁹), valoran si las condiciones contractuales se ajustan a la normativa sectorial aplicable, especialmente en lo que se refiere a la salvaguarda del interés público en la prestación de servicios de interés general y a la preservación de la competencia en el mercado considerado, pero a pesar de la autorización expresa conferida en algunos sectores de modificar condiciones para evitar el trato abusivo a los consumidores (ej. art. 38.7 LGTel), no cabe presumir que la Administración nacional competente ha comprobado si realmente existe un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en los clausulados sometidos a su aprobación. No en vano, es una constante en la normativa sectorial la proclamación de su aplicación, sin perjuicio de la legislación estatal y autonómica de consumidores y usuarios y el reconocimiento de que los derechos sectoriales son “adicionales y compatibles” (art. 38.8 LGTel, art. 2.2.II, art. 3.I RD 899/2009 por el que se aprueba la Carta de Derechos del Usuario de Servicios de Comunicaciones Electrónicas; arts. 44.6 Ley 54/1997, del Sector Eléctrico y 5.1 Real Decreto 485/2009, de 3 de abril, por el que regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica¹⁰).

7.2. En relación a la modificación de precios

En alguna ocasión, la jurisprudencia menor se ha pronunciado sobre la reserva al profesional de la facultad de modificar unilateralmente los precios en contratos de larga

⁸ V. GONZÁLEZ PACANOSWSKA, “Artículo 81” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi. 2009, págs. 939-953, concr. pág. 941; CARRASCO PERERA, A., “Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición”, AC, 2008/I, pág. 2224.

⁹ BOE núm. 313, 31-12-2012.

¹⁰ BOE núm. 82, 4-4-2012.

duración, llegando a la conclusión de que la cláusula no es abusiva siempre que se reconozca al particular un derecho a desligarse del contrato (SAP Madrid de 30 diciembre de 2009, JUR 2009\101047).

El pronunciamiento comunitario sobre el deber de informar antes de la contratación sobre “el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones de ese coste” siembra dudas acerca de la conformidad al Derecho comunitario de algunas normas españolas y exige una interpretación de tales normas acorde con el contenido de la sentencia comentada. En particular:

- *Artículo 38.2,h) de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones*, en su redacción dada por el Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo, que transpone directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista¹¹. En su redacción, el artículo 38.2,h) establecía que las normas básicas de regulación de la prestación de los servicios de telecomunicaciones regularían, entre otros, “el derecho a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato, en los supuestos de propuestas de modificación de las condiciones contractuales *por motivos válidos especificados en aquél* y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral”. En su nueva redacción, el artículo 38 elude la referencia a la especificación contractual de los motivos que justifican la modificación del contrato, limitándose a señalar que las normas reguladoras de la prestación de servicios de telecomunicaciones deben regular, “el derecho a rescindir sin penalización sus contratos cuando las empresas proveedoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas les notifiquen propuestas de modificación de las condiciones contractuales. Toda modificación de tales condiciones habrá de ser notificada adecuadamente, con un mes como mínimo de antelación, a los abonados, a los que se informará al mismo tiempo de su derecho a rescindir sin penalización sus contratos en caso de no aceptación de las nuevas condiciones”. Según la doctrina del TJUE contenida en la sentencia comentada, la nueva redacción del artículo 38.2,h) de la LGTel no puede interpretarse en el sentido de que el operador cumple sus deberes de información si notifica la modificación de condiciones contractuales con un mes de antelación y reconoce al usuario el derecho a rescindir el contrato. Este deber sectorial se acumula al deber general de informar en el contrato de forma transparente del modo y motivo de la modificación del precio.

¹¹ BOE núm. 78, 31-3-2012.

- *Artículo 57 bis,f) Ley 34/1998*, del Sector de Hidrocarburos¹² en redacción dada por el ya citado Real Decreto Ley 13/2012. Se reconoce el derecho de los consumidores a “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, “los comercializadores notificarán directamente a sus clientes cualquier aumento de los precios, en el momento adecuado y no más tarde de un período normal de facturación después de que haya entrado en vigor el aumento, de forma transparente y comprensible” y los clientes “podrán rescindir el contrato sin coste alguno si no aceptan las nuevas condiciones que les haya notificado su comercializador de gas”. De nuevo, se impone la interpretación de este precepto conforme a la jurisprudencia comunitaria que considera que este deber específico de informar cuando la modificación vaya a aplicarse ha de complementar (nunca sustituir) al deber general de informar en el contrato sobre el motivo y modo de la modificación del precio del suministro.

7.3. Sobre la eficacia retroactiva de la declaración de no adecuación al Derecho comunitario

Recientemente, la STS de 9 de mayo de 2013 ha declarado la irretroactividad de la declaración de las cláusulas suelo como abusivas, de modo que los consumidores afectados no podrán recuperar lo pagado en exceso por aplicación de la cláusula abusiva. Invocando diversos pronunciamientos del TJUE y en particular, la sentencia aquí comentada, el TS valora la concurrencia de los dos criterios considerados “esenciales” para excepcionar la retroactividad de la interpretación del Derecho comunitario y por ende también del Derecho nacional (STJUE 21 de marzo de 2013, C-92/11, apdos. 59 y 63 y otras sentencias allí citadas). A saber: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves, requisitos que han de presentarse de forma acumulativa.

Con argumentos criticados por los comentaristas de la sentencia¹³, el TS estima que ha existido buena fe en los círculos afectados, pues el carácter abusivo de la cláusula suelo deriva de la falta de transparencia, no de su ilicitud intrínseca; existen razones objetivas que justifican la inclusión de esta cláusula en contratos a interés variable; su inclusión ha sido habitual y tolerada por el mercado desde antes de 2004 y finalmente, concurre el riesgo de trastornos graves con trascendencia para el orden público. Por todo ello, concluye declarando la irretroactividad de la declaración de nulidad.

¹² BOE núm. 241, 8-10-1998.

¹³ V. ENCARNA CORDERO LOBATO, nulidad de cláusulas suelo no transparentes: ¿puede el consumidor recuperar los pagos excesivos? (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013), <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/noticias/2013/clausulas.pdf>, pág. 5.



www.uclm.es/centro/cesco