

El contrato de suministro eléctrico entre comercializador y cliente*

*Power supply contract between trader
and supplier of electricity*

por

GABRIEL MACANÁS VICENTE

Doctor en Derecho civil por la Universidad de Bolonia

Profesor de Derecho civil en la Universidad de Murcia

RESUMEN: El contrato de suministro eléctrico, entre comercializador y cliente, se integra en un ámbito sectorial especial, fruto de un mercado limitado y regulado, sobre un producto esencial. Además, el objeto jurídico del contrato resulta igualmente específico, distinto a los objetos originariamente concebidos por las categorías clásicas. La propia naturaleza del contrato es discutible; así como lo es también la incidencia de la regulación sectorial sobre las obligaciones del contrato. Se añade el hecho de que, aun entre comercializador y cliente, no hay una única relación contractual posible, sino que distintos contratos podrían responder a distintas finalidades y funciones. En fin, el natural poder de negociación de las comercializadoras frente a los clientes finales, sean o no empresarios, y que estos sean denominados genéricamente como «consumidores» en las normas sectoriales también amplifica el debate, actual en muchos otros ámbitos, respecto a la exclusión de contenidos abusivos en contratos entre empresarios.

* Trabajo realizado en el ámbito de los Proyectos de Investigación DER2014-57869-P y 19312/PI/14.

ABSTRACT: Being supplier the one bounded with both distributor and final client, the trader-supplier power supply contract is a special contract in a special area —which is also heir of a special, limited and regulated market—. Moreover, the subject matter of the contract is also a special one, far from those originally considered by contractual law tradition. The very nature of the contract is also arguable, as is the influence of the sectoral regulations over the agreement between the parties. There is also not just one single possible contract among trader and supplier, but different ones, with different aims and subjects. Lastly, the strong bargaining power of electricity traders, unequal to the needs of the clients —businesses or not—, and the label to every client as «consumer» in sectorial regulations leads to another question as well, increasingly relevant in every sector, as it is the control of unfair terms in business-to-business contracts.

PALABRAS CLAVE: Contrato de suministro eléctrico. Electricidad. Contrato de mediación. Control de abusividad entre empresarios.

KEY WORDS: *Electricity supply contract. Electricity. Mediation contract. Unfair terms.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ¿AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE PREMISAS SECTORIALES, O UN *CONTRATO NORMADO*?—III. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO: 1. CONTRATO *ORDINARIO* DE SUMINISTRO ELÉCTRICO, COMO DE VENTA Y DE SERVICIOS. 2. OBLIGACIONES DEL COMERCIALIZADOR COMO SUMINISTRADOR DE ELECTRICIDAD.—IV. CONTRATO DE MEDIACIÓN, Y COMERCIALIZADOR COMO REPRESENTANTE DEL CLIENTE ANTE EL DISTRIBUIDOR.—V. ¿CONSUMIDORES O CLIENTES? CONTROL DE ABUSIVIDAD FRENTE A EMPRESARIOS SUMINISTRADOS.—VI. JURISPRUDENCIA.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El ámbito de la producción y comercialización de energía eléctrica supone un sector no ya socialmente estratégico, sino esencial, que ha estado sometido a una regulación completamente pública hasta la paulatina —mas no completa— liberalización del sector eléctrico, iniciada a finales de 1997¹. Se confía ahora —con mayor o menor profundidad— en la eficacia del mercado libre para distribuir costes y optimizar el beneficio de todos los actores que establecerán, en el ámbito de su autonomía privada, las relaciones jurídicas necesarias para

satisfacer sus intereses. Este marco general, tendente a la libertad contractual como modelo de mercado, no puede sin embargo evitar tres vértices singulares:

En primer lugar, la complejidad material de producción y distribución de la electricidad como fuente de energía, así como la necesidad universal de la misma, determinan un conjunto heterogéneo de actores necesarios, en grupos y con funciones distintas. Solo unos pocos sujetos podrán ser productores de energía, habida cuenta los costes de todo tipo que suponen las instalaciones de esta naturaleza. Otros sujetos transportarán la electricidad, distribuyéndola desde la red general de transporte, a través de sus propias redes, hasta cualquier punto de utilización de la misma —además de transformar la tensión de la corriente para su utilización final—. Estos distribuidores operarán bajo un sistema que, para que pueda llegar a todos los lugares, incluidos los menos rentables, estará específicamente reglado (conforme a los principios de red única y monopolio natural zonificado). Para evitar que las limitaciones derivadas de los caracteres que determinan el régimen de distribución pudieran limitar un mercado que se pretende lo más liberado posible, se introduce el comercializador como un nuevo actor entre distribuidores y destinatarios finales de la energía, como natural suministrador de estos últimos. En fin, los clientes que utilicen la electricidad para su utilidad e interés, serán los últimos² —y cuantitativamente mayoritarios— intervenientes en el proceso.

En segundo lugar, no todas las fases o momentos relativos al sector están verdaderamente liberalizados, y difícilmente podría ser así. Por una parte, el mercado mayorista mayoritario —y estimulado—, en el que participan la práctica totalidad de productores, opera con un sistema organizado³ que determina el funcionamiento del mercado bajo tal orientación de base pública. Por otra parte, para determinados destinatarios de la electricidad que se entienden especialmente vulnerables⁴, se establece un sistema de provisión excepcional (aunque generalizado en muchos ámbitos), fuera de mercado, en el que se impone un precio máximo por la electricidad (PVPC). Esto determina a su vez —que no necesariamente causa—, el llamado *déficit tarifario*, cuya eventual compensación afectará igualmente al mercado.

En tercer lugar, y como consecuencia más general, derivada de las dos anteriores, resulta inevitable una cierta complejidad fáctica y jurídica proyectada sobre las relaciones jurídicas de los sujetos intervenientes en el sector. Se trata, en fin, de una multiplicidad de relaciones, unas de origen negocial y otras puramente legal, que vincularán a algunos de los sujetos entre sí, bajo un régimen administrativo que ejerce una variable —pero considerable— intervención regulatoria. Esta configuración necesaria de relaciones, entre paralelas y yuxtapuestas, condiciona también la construcción jurídica de aquellas relaciones, así como la sistematización de los deberes legalmente establecidos.

Desde la perspectiva más próxima al ámbito del derecho privado, las consideraciones anteriores comportan que, por más que pueda partirse de un principio

asentado de libertad contractual, el marco sobre el que se proyecta es mucho más complejo —y *dirigido*— de lo que puede ser en la mayoría de mercados. Además, por más que se intente propiciar la libre relación contractual entre comercializadores y clientes, persiste una amplia regulación administrativa que, superpuesta, distribuye igualmente posiciones activas y pasivas a tales sujetos frente a otros y también entre sí.

Se añade a este tejido normativo sectorial —así como a su discutida prevalencia frente a lo que las partes pudieran pactar— la complejidad ínsita a un objeto jurídico tan especial como la «electricidad», cuya realidad material desborda gran parte de las categorías clásicas. Desde ahí, y acumuladas las dudas, no es tampoco pacífica cual es la naturaleza del contrato de suministro eléctrico, así como la calificación más apropiada del mismo, en cuanto a los tipos contractuales de referencia. De hecho, pueden existir alternativas contractuales que, de forma excepcional, vinculen al comercializador con el cliente sin que exista en tal relación la obligación de prestar suministro eléctrico alguno. En fin, sobre cualquier relación contractual, tanto las disposiciones sectoriales como, también, las propias características del producto y del mercado hacen que el ámbito de protección del «consumidor» sea otra materia abierta a la discusión.

No se trata de un sector nuevo, ni de una relación inédita. Sin embargo, la pretendida culminación del proceso liberalizador, así como la aceptación general y expansiva de la libertad contractual entre comercializador y cliente por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, aconsejan repensar las categorías contractuales en las que se asentarían tales relaciones libres y mayormente desreguladas, así como sus límites y contenidos esenciales y naturales.

II. ¿AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SOBRE PREMISAS SECTORIALES, O UN CONTRATO NORMADO?

Cada vez que una empresa comercializadora de electricidad contrata con un cliente para proporcionar este suministro eléctrico, se ve sometida a una doble fuente regulatoria. De una parte operan las normas reguladoras del sector, desarrolladas en gran medida por disposiciones de naturaleza administrativa, que entre otros extremos contemplan también deberes del comercializador frente al destinatario final de la energía eléctrica. De otra, entre las partes existe una relación contractual explícita, consentida por ambas —bajo un contenido normalmente predisposto por la entidad comercializadora—. El contenido de este contrato puede asumir o no, coincidir o no, con la regulación sectorial aludida.

Fruto de la situación descrita podría ocurrir que se yuxtapusieran las distintas relaciones, públicas y privadas, a través de cauces jurídicos distintos. De este modo persistirían, de forma disociable, deberes *ex lege* y obligaciones *ex contractu*. Podría suceder, en cambio, que la regulación sectorial fuera una

premisa negocial forzosa, una base no disponible del contrato, que tuvieran que asumir las partes. En último lugar, acaso podría entenderse la base regulatoria del sector como un suelo general pero —salvo excepciones— disponible. Un marco general que podría asumirse como referencia por defecto del contenido del contrato; pudiendo sin embargo variarse mediante pacto en una relación jurídica en la que el contrato sería la fuente jurídica preponderante.

Como premisa, en cuanto al momento del consentimiento, el contrato de suministro eléctrico tratado no es, en situaciones ordinarias, un contrato forzoso⁵, sino más bien un contrato normado o regulado⁶. Sin embargo, aunque no sea forzoso para el cliente suscribir el contrato, la voluntariedad de tal acto ha de concretarse sobre un ámbito en el que la demanda básica es casi perfectamente inelástica: todo sujeto en el tráfico, particular o profesional, necesita electricidad, en mayor o menor medida; por lo que actuarán efectivamente en su demanda, a través de los cauces jurídicos posibles, disponibles o no. De esta forma, se trataría incluso de una contratación más necesaria que muchos supuestos típicamente «obligatorios»⁷, como si de un contrato *naturalmente forzoso* se tratase.

En cuanto al ámbito normado del suministro, existe ciertamente una base regulatoria extensa, legal y reglamentaria —largo tiempo ajena a la libertad contractual—, que atribuye explícita e implícitamente deberes a los distintos sujetos, en ocasiones en interés y beneficio directo de otros. Sin embargo, bien podrían disociarse los deberes impuestos por tales normas del estricto ámbito de un contrato que, de no ser así, quedaría amenazado en su propia naturaleza —y existencia— tanto por la necesidad implícita de su suscripción como por tal exhaustiva regulación proyectada sobre tal contrato⁸. Además, ocurre que esas mismas normas, como consecuencia de la tendencia progresivamente liberalizadora del sector, permiten —e intentan propiciar— la contratación privada, en un marco aparentemente amplio (y siempre sin perjuicio de la persistencia de deberes administrativos ajenos a la relación jurídica entre los sujetos).

Además, no se trata en este caso de una eventual regulación reglamentaria neutra, sino de un sector que, aunque se nomine ahora «liberalizado», contiene aún una persistente intervención estatal, sin que exista verdaderamente una industria energética verdadera y completamente ajena al ámbito público⁹. Por lo tanto, las normas dictadas por el ejecutivo, salvo que desarrollaran mandatos legales expresos, con una clara legitimidad de desarrollo contractual, podrían concretar otros contenidos u objetivos distintos a los inspiradores de una relación negocial desde una perspectiva neutra, equilibrada en el libre consentimiento de las partes¹⁰. Todo ello en el concreto ámbito del contrato con el cliente de energía, pues las relaciones entre los otros sujetos —también entre comercializadora y distribuidora— pueden someterse a principios distintos.

Por lo tanto, ya de partida conviene una cierta cautela antes de incluir, como base contractual necesaria, la absoluta totalidad de la normativa sectorial eléctrica. No en vano, muchas de sus disposiciones son desarrollos reglamen-

tarios de leyes fundamentalmente ajenas al ámbito contractual, lo que podría poner en duda la competencia de aquellos reglamentos para sustituir las normas contractuales de referencia, dispositivas o no, dispuestas en la Ley¹¹. Más aún: las normas sectoriales de la electricidad no parten de bases legislativas relativas al ámbito contractual, recogidas en el artículo 149.1.8 CE, sino de otras bien distintas. Fundamentalmente el Estado legisla este sector con base en los artículos de la Constitución 149.1.13 —bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica—; 149.1.18 —legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas—; o 149.1.25 —bases del régimen minero y energético—; entre otros. No habría problema si se observaran tales normas como mandatos normativos, propios de su ámbito; pero si han de penetrar en las relaciones contractuales, incluso en aquellas que se dicen regidas fundamentalmente por la autonomía de la voluntad de las partes, podría suponer una diferencia competencial cualitativa respecto de la asumida como base de la legislación tratada.

En cuanto a la regulación sectorial de ámbito estrictamente legal, el artículo 8.3 de la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico se limita a establecer que «La comercialización se ejercerá libremente en los términos previstos en la presente Ley y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes». De ahí cabría inferir únicamente la autonomía contractual plena en el ámbito del precio¹², vinculando implícitamente el resto de la regulación a «los términos previstos en la ley»¹³. Sin embargo, no resuelve —tampoco lo pretende— si las disposiciones reguladoras del sector informan las relaciones contractuales; sirven de marco genérico en defecto de pacto¹⁴; o, en su caso, pueden incluso establecer límites imperativos a lo que las partes pudieran pactar¹⁵.

De forma más general, el artículo 1090 del Código Civil podría disponer para estos supuestos el principio de interpretación restrictiva aplicable¹⁶: «Las obligaciones derivadas de la ley no se presumen. Solo son exigibles las expresamente determinadas en este Código o en leyes especiales»¹⁷. Además, aunque se asumiesen determinadas normas sectoriales como deberes legales que pudieran limitar la contratación —más que penetrar limitativamente en el contenido del contrato—; tampoco podría afirmarse que el incumplimiento de tales deberes supusiera necesariamente la nulidad del contrato que infringiera la norma¹⁸.

En cuanto a la doctrina jurisprudencial al respecto, ya declaró la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 29 de junio de 2004 [RJ 2004, 6502], en términos generales —aunque contenidos al final— que «(...) el sistema eléctrico funciona en un régimen de libre competencia y se basa, por un lado, en un sistema de ofertas de energía eléctrica realizadas por los productores y, por otro, en un sistema de demandas formulado por los consumidores cualificados, los distribuidores y los comercializadores. Todos ellos pueden, a tenor del artículo 11.1 de la Ley, pactar libremente los términos de los contratos de compraventa

de energía eléctrica que suscriban, “respetando las modalidades y contenidos mínimos previstos en la presente Ley y en sus Reglamentos de desarrollo”».

En la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 624/2016, de 24 de octubre [RJ 2016, 4970], parece entenderse de forma concreta la relación entre comercializadora y adquirente de forma principalmente contractual y autónoma, antes que como una extensión de la relación sectorial que la norma administrativa dispone para dichos sujetos¹⁹. En este sentido, asume que «(...) no cabe duda que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro», localizando además tal obligación no en los deberes emanados de las normas regladas para el suministrador, sino en una concreta cláusula del contrato. Afirma también, de forma general, que «(...) el cliente accedió a dicha contratación confiado en que del contrato suscrito podría razonablemente esperar, a cambio del precio estipulado, que la comercializadora respondiera de su obligación, no como mera intermediaria sin vinculación directa, sino que cumpliese con las expectativas de “todo aquello que cabía esperar” de un modo razonable y de buena fe, con arreglo a la naturaleza y características del contrato celebrado», prefiriendo remitirse a los criterios tradicionales de integración contractual *ex 1258* del Código Civil antes que recurrir a los mandatos previstos por las normas del sector.

De forma explícita, en cuanto a la incidencia de la norma sectorial en las relaciones contractuales afirmadas, entiende la sentencia que «(...) la Ley 57/1997 (...) no tiene como función la regulación de las relaciones jurídicas privadas que se deriven de la actividad de la comercialización de la energía. Comercialización de dicha energía que (...) adquiere carta de naturaleza y queda materializada en el principio de libertad de contratación».

Esta postura, fijada por el Tribunal Supremo, ha tenido persistencia en la práctica totalidad de pronunciamientos posteriores de las audiencias —si bien había otros previos que lo recogían igualmente²⁰—. Así la SAP de Pontevedra 674/2016, de 29 diciembre [AC 2017, 88]; también las SSAP de Albacete 470/2016 y 471/2016, ambas de 29 de diciembre [JUR 2017, 20357] y [AC 2017, 92], que si bien deciden por el elemento probatorio, afirman igualmente —*obiter dicta*— tal doctrina; la SAP de Barcelona 593/2016, de 15 de diciembre [JUR 2017, 43566] que, en referencia a la normativa sectorial, establece que «Estas normas, de carácter administrativo, vienen a regular las funciones y relaciones de las diferentes entidades que actúan dentro del sector eléctrico, pero no eliminan la responsabilidad civil en que las mismas pudieran incurrir, entre otras razones, como es la que se examina en las presentes actuaciones, por razón de los contratos que suscriban con los usuarios del sistema»; la SAP de Asturias, 358/2016, de 16 de noviembre [JUR 2017, 5124], que dispone, respecto a la Ley 24/2013 del Sector Eléctrico, que «esta ley no deja de ser una norma de naturaleza administrativa, regulando el sector eléctrico en cuan-

to se trata de una cuestión de trascendencia pública. Regulación que tiende a proteger a los usuarios y a regular las relaciones entre las empresas dedicadas a la generación, distribución y comercialización de la energía eléctrica, pero su ámbito no modifica ni excluye las responsabilidades que puedan surgir entre los usuarios de la energía y tales compañías»; o la SAP de Madrid 385/2016, de 27 de octubre [*JUR* 2016, 276280], que afirma expresamente, respecto a la cuestión tratada, que «no basta un análisis comparado de las obligaciones respectivamente impuestas [por las normas sectoriales] a distribuidora y comercializadora que indudablemente proporciona unos criterios relevantes para decidir la exigencia de responsabilidad en la prestación del servicio; es que además debe conocerse el contrato, sin el cual cualquier aspecto relativo al detalle del suministro impide una aplicación de obligaciones por principios más o menos genéricos».

Los pronunciamientos contrarios de las audiencias, ninguno posterior a la citada sentencia del Tribunal Supremo, fundaban la existencia de un contrato (forzado) no ya en la Ley sectorial, sino en su desarrollo reglamentario²¹. Sin embargo, cuando generaban así un vínculo contractual entre distribuidor y cliente, aunque jamás hubieran tenido relación alguna —jurídica o material— lo hacían con la finalidad específica de evitar la prescripción de la acción del cliente, bajo el perentorio plazo anual previsto para el daño extracontractual.

En suma, la doctrina jurisprudencial expresada parece disociar la relación jurídica contractual de las normas que reglan el sector, dotando de autonomía y vinculación autónoma al contrato, principal en la relación que rige respecto a las normas sectoriales que sobre el mismo podrían proyectarse.

Por lo tanto, salvo que pudiera deducirse de forma inequívoca que los deberes establecidos por la norma se integran en el ámbito de las relaciones contractuales que los comercializadores y los clientes consientan mantener²², y sobre todo cuando tal consentimiento no exista, deberían entenderse tales deberes como extracontractuales²³. Quedarían sometidos al régimen fundamental del Derecho público en cuanto a la legitimación, remedios de su incumplimiento, plazos de prescripción frente a la Administración, eventuales sujetos perjudicados, u otros posibles efectos²⁴. El régimen contractual pactado por las partes será así generalmente autónomo y principal, respecto a lo dispuesto regulación sectorial eléctrica²⁵; determinando además la naturaleza —y tipo— del negocio jurídico de que se trate.

Con mucha más flexibilidad puede plantearse la integración de la situación jurídica establecida por las normas sectoriales como una suerte de base normativa asumida, presupuesta, por el contrato. Un derecho —naturalmente dispositivo— que las partes conocerían —o podrían conocer, o habrían experimentado como premisa, en los sistemas previos al contractual— y que podrían además colmar eventuales lagunas en lo negociado; sin perjuicio de la aplicación primera de las normas propias de las obligaciones y contratos en general y del tipo específico de que se trate en particular. Serían además, referencia originaria de equilibrio

a efectos de valorar —con otros factores— la abusividad que, para los consumidores, supondría su desplazamiento por otros pactos contractuales²⁶. La vertiente imperativa de las normas sectoriales vendría referida, de forma principal, a las limitaciones de actuación o prestación impuestas por la Ley. No puede distribuir energía eléctrica cualquiera, ni revenderla tampoco. Alterar tal distribución legal, fundamental para el mantenimiento del actual sistema eléctrico, sí supondría contravenir la Ley en el sentido del artículo 1255 del Código Civil.

En conclusión, de acuerdo con el modelo de libre contratación de un sector cuya liberalización se propicia, y sin perjuicio de la existencia de ciertas modalidades contractuales ampliamente intervenidas, existe la posibilidad de un contrato autónomo entre el comercializador de energía eléctrica y el cliente final. En tal contrato, que incluso podría adoptar distintas tipologías dependiendo del interés concreto que con el mismo se pretendiese satisfacer, serán las partes las que configuren su relación jurídica, sin perjuicio de las normas imperativas que fueran de aplicación. Nada de lo anterior obsta a que, de ordinario y a falta de regulación expresa en el contrato, de conformidad con el artículo 1258 del Código Civil las normas sectoriales de aplicación podrían constituir la base comúnmente representable y previsible, conforme los parámetros generales de diligencia y cumplimiento contractual. Pero, cuando sean contractualmente disponibles, podrán las partes reducir o ampliar tales contenidos o, incluso, repartir sus efectos y consecuencias patrimoniales, aun cuando persista el deber público sobre el sujeto normativamente obligado.

III. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO

Asumida la relación contractual, procede su calificación, al margen de la nominación que las partes —o las normas sectoriales— hagan de la misma. Puede anticiparse dificultad de generalizar un contrato, bajo la premisa de una libertad contractual a través de la que las partes podrán dotar de contenidos distintos al contrato, organizando derechos y obligaciones como mejor sirva a su propósito práctico. De tal organización variable podrán surgir contratos diferentes que, aunque tiendan igualmente al efectivo resultado de obtención de energía eléctrica, realicen tal interés a través de cauces distintos. Sin embargo, la función económica y jurídica principal del contrato de suministro eléctrico parece clara, sobre todo en cuanto al propósito práctico perseguido por ambas partes. De ahí se puede inferir la tipología contractual general, sin perjuicio de que el mismo pueda converger con determinadas especialidades contractuales a través de las que alcanzar, de forma distinta —e indirecta—, el mismo fin. También puede coadyuvar a la dificultad de calificación el que, siendo los contratos de suministro o servicios —desigualmente atípicos— los principales

tipos de referencia, la calificación, en su sentido más funcional, también debe prever si va a terminar proyectándose regulación suficiente y útil²⁷.

En fin, y al margen de la inexistencia de un verdadero tipo contractual legal para el supuesto, sí existe una relación contractual típica en el tráfico, informada de forma exhaustiva tanto por los contenidos propuestos por la normativa del sector como por los propios cauces que las disposiciones imperativas imponen; tanto en lo relativo al contenido del contrato como, sobre todo, en relación al marco general que se fija para la estructura del mercado y el modelo de negocio posible.

1. CONTRATO TÍPICO DE SUMINISTRO ELÉCTRICO, COMO DE VENTA Y DE SERVICIOS

La caracterización y calificación de electricidad y el contrato para obtenerla no siempre respondió a los criterios más adecuados, materiales y jurídicos. Cuando en las primeras cuestiones suscitadas a este respecto, en la jurisdicción penal, se trataba la posibilidad —o no— de hurtar electricidad; se resolvió para esa concreta finalidad, en las SSTS de 27 de mayo de 1907, o de 24 de abril de 1909, entre otras, que «el fluido eléctrico merece el concepto de cosa mueble», atribuyéndole un estado de la materia no aplicable en rigor para el objeto tratado, y en contra del criterio que la excluía del ámbito de lo apoderable, fijándola como posible objeto material del hurto.

Sin embargo, difícilmente puede entenderse la electricidad como fluido, incluso como cosa material, pese a la fisicidad de su existencia. En rigor, no existe un término físico para el término usual «electricidad», siendo quizá el más próximo el de «carga eléctrica». Sin poder entenderse como producto, responde más bien —de forma muy simplificada— a una propiedad de las partículas subatómicas, que ejercen y sufren la interacción electromagnética, en atención a un modelo de equilibrio. Si se produce un desequilibrio, las cargas eléctricas se moverán, buscando restaurar tal equilibrio. Ese movimiento, conocido como *corriente eléctrica*, puede ser más o menos intenso dependiente de la cantidad de carga eléctrica que se «movilice» por unidad de tiempo. Cuando estas partículas subatómicas —electrones— en movimiento colisionan con otros elementos —los átomos del material por el que se muevan, así como otros electrones— se producirá una disipación de energía cinética, en forma de calor —*efecto Joule*—. Esa disipación puede producir energía calorífica directamente (como ocurre con una resistencia, sencillamente oponiendo más «obstáculos» al movimiento de los electrones); o ser transformada en otros tipos de energía (en luz, por una bombilla; movimiento, por un motor eléctrico; en un proceso químico, por una batería; etc.).

En suma, no se trata de adquirir electrones, ni hacer acopio de ellos ni ser propietario de uno u otro electrón. La utilidad perseguida por cualquier cliente

eléctrico es poder acceder a ese «movimiento», participar de la *corriente eléctrica*; utilizándola para, a través de la máquina que se conecte a tal corriente, poder generar una u otra energía, que satisfará entonces la finalidad subjetiva para la que la máquina se conectó. Electrones se moverán hasta el punto del acceso de red, y electrones volverán al flujo (con la pérdida de potencia relacionada con la energía producida). En un ejemplo análogo, que además parte de la tradicional analogía del fluido, un molino movido por un río (o por el viento) no supone adquisición de agua alguna (ni del aire), sino aprovechamiento de la potencia de su corriente y caudal para producir energía. Tal es la —simplificada— realidad de lo que una parte quiere adquirir y la otra proporcionar a cambio de un precio.

Pero no se trata, en lo jurídico, de adaptar las categorías a las precisas formas de una realidad ajena al Derecho, sino de calificar tal realidad en categorías útiles, asimilables de conformidad con las estructuras y conceptos jurídicos. Por lo tanto, parece necesario prescindir de las particularidades subatómicas a favor de las generalidades utilizables. Por ello no parece equivocado ni abstruso calificar la utilidad proporcionada por la corriente eléctrica como *cosa*; ni, bajo la *summa rerum divisio* del artículo 333 del Código Civil y la calificación residual del artículo 335 del Código Civil, calificarla como *cosa mueble*²⁸. Ciertamente pueden persistir reservas, pues se trata de una proyección imperfecta en cuanto a la consideración real originaria de los entes apropiables; mas se ha aceptado ya en otros casos la aplicación funcional de la categoría a entes no materialmente aprensibles, pero sí valiosas y negociables —como los derechos—. Lo que llaman electricidad, sea lo que fuere, se negocia efectivamente como objeto de derecho y comercio, como bien. Ya se trate de un crédito para recibir un servicio, o de la consideración perceptible y útil de un fenómeno físico, podría en cualquier caso entenderse como *cosa* a los efectos buscados. Porque, acaso, todo objeto jurídico que no sea persona, es simplemente cosa. A partir de ahí, y con las especialidades oportunas, podrán proyectarse las categorías contractuales ordinarias, calificando en función de su finalidad y función, sin perjuicio de fijar cuantas especialidades exija la materia calificada.

Por ello, podría parecer que lo aleja del ámbito de la compraventa la falta de transmisión efectiva de ninguna materia, así como la efímera existencia de la cosa inmaterial (potencia), consumida esencialmente en el mismo instante en el que se «entrega». Se transformaría, en tal momento de «entrega», en una energía que no era —y que tampoco se «adquirirá» más que como fuente del trabajo que finalmente se persiga—. Del mismo modo, la continuidad esencial del movimiento de electrones, conseguido a través de la producción y distribución de tal movimiento en la red, y puesto a disposición del cliente, parece acercarlo al ámbito de los servicios²⁹.

La discusión es antigua, fuera de España³⁰ y en ella³¹; y las conclusiones no parecen definitivas ni pacíficas³². No es descartable que la asunción de las categorías jurídicas utilizadas desde hace más de un siglo se asentase en con-

cepciones fácticas no enteramente ajustada a una realidad material distinta a la actual. Sin embargo, tal anacronismo acaso no sea tan predictable del propio tratamiento del objeto jurídico *electricidad*³³, como de las categorías jurídicas con las que clasificar tal objeto. En especial, la persistente completitud de la compraventa frente al régimen originariamente escaso —y progresivamente depauperado— del arrendamiento de servicios en el Código Civil. Es por ello que también debe valorarse, más allá de la idoneidad conceptual, la utilidad efectiva de la categoría utilizada. Frente a la potencialidad —legislativamente descuidada— del contrato de servicios; la compraventa, como arquetipo del contrato consensual, oneroso y bilateral —además de tener una finalidad traslativa aquí sí discutible—, podría ofrecer un desarrollo mayor, además de asentarse en una práctica continuada. Se trata, en fin, de no encerrarse ni en la realidad de la materia ni en la del concepto; sino de dirigir ambos a través del cauce más propicio para que se puedan realizar los efectos y fines que le son propios al negocio jurídico tratado³⁴.

No parece especialmente útil acudir para este argumento a la doctrina jurisprudencial, pues la discusión sobre el tipo contractual no constituye la verdadera cuestión objeto del pronunciamiento de las sentencias. Sí se suele asumir, en la mayoría de los casos, que se trata de un suministro y, en su sentido tradicional, de una venta³⁵; mas suele ser una premisa no discutida que, de hecho, rara vez tiene relevancia (pues se trata de resolver si hay obligación contractual, que habría tanto para compraventa como para contrato de servicios). En general, la jurisprudencia suele referirse sin más —y sin problemas ni discusiones a este respecto, tampoco alegadas por las partes— al «contrato de suministro» o «suministro eléctrico» con que, lo que sí puede inferirse es que, al margen de la especialidad del mismo, no se suscita en este ámbito una problemática principal —lo que no solo resulta de la falta de litigiosidad al respecto, sino también de la aparente funcionalidad jurídica del tipo aplicado—.

Por otra parte, se podría argumentar que las propias normas del sector se refieren explícitamente a «venta», además de «suministro»³⁶. Sin embargo, no parece que la propia norma sea especialmente precisa en cuanto a la utilización de términos técnico-jurídicos³⁷. Además, la calificación jurídica del contrato supone una aplicación del Derecho que excede la mera nominación. La norma sectorial —cuya aplicabilidad al ámbito contractual ya se discutió— parece más ocupada en intentar señalar mandatos concretos —atribuir deberes a determinados sujetos en situaciones específicas— antes que en calificar ningún negocio jurídico.

También, en un ámbito cercano, ha existido otra discusión respecto al carácter de *producto* de la electricidad³⁸: con anterioridad a la redacción del artículo 148 TRLGDCU en relación al 136 de la misma norma— no fue unánime la doctrina de las audiencias en cuanto a la consideración de la «electricidad» prestado como *servicio* o *producto*³⁹. Una posible conclusión a esta discusión,

apuntada por la Directiva 2011/83/UE, en su Considerando 19, abunda en la posibilidad de adoptar un criterio funcional, no necesariamente cerrado a compraventas o servicios, pues establece que «(...) los contratos de suministro de agua, gas y electricidad, cuando no se presenten a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas [además de otros], *no deben ser clasificados a efectos de la presente Directiva como contratos de venta ni como contratos de servicios*».

Eludiendo trincheras conceptuales, quizá lo más relevante sea, además de calificar el supuesto tratado de suministro eléctrico por el comercializador, concretar las diferencias que resultarían de la diferente clasificación entre compra-suministro y contrato de servicios de trato sucesivo. Existen sin duda peculiaridades, como las derivadas de la dificultad de aplicar los efectos más clásicos de la «entrega» a una electricidad cuya utilidad se produce en el mismo instante en el que se consume, sin solución de continuidad —y que por tanto carece de ninguna finalidad relativa a la transmisión de dominio alguno—, lo que parece romper la compraventa. Pero no se trata de afirmar la compraventa que no es, sino de aprovechar el marco contractual posible. Precisamente por su verdadero carácter atípico podría limitarse de forma natural las disposiciones de la compraventa que le fueran inaplicables. Por ejemplo, resultan difícilmente aplicables para el contrato de suministro de energía eléctrica las categorías referidas a la reserva de dominio, saneamiento por vicios ocultos o evicción, pacto de retroventa, conservación de la cosa, o su restitución por cualquier causa, entre otras.

Podría parecer entonces una categorización parcial, e insuficiente en cuanto a entenderlo como «compraventa», pero sería exactamente ese el objetivo: tomar de la compraventa cuantas disposiciones relativas a la correlatividad, al riesgo, a la determinación de la prestación, o cuantas otras cuestiones generales pudieran ser de aplicación; descartando todo lo demás.

Del mismo modo, la participación de la categoría del contrato de servicios (que, por cierto, tampoco sería pura para una prestación tan especial como la tratada) no responde únicamente a un prurito doctrinal, sino que a su través podrán aplicarse institutos impropios de la compraventa. De este modo, si bien la naturaleza duradera del suministro podría implicar la posibilidad de denuncia para las partes⁴⁰, esta podría ser una figura inadecuada por cuanto de ordinario la duración será determinada. Sin embargo, el desistimiento general para el contrato de servicios, *ex 1594*, parece encajar tanto en fundamentación como aplicabilidad⁴¹, para todos los supuestos de suministro eléctrico al cliente⁴².

En suma, aunque la calificación pueda ser oscura, la realidad puede no serlo tanto. Y, si bien podría parecer técnicamente más adecuado el sometimiento a la disciplina de los contratos de servicios, lo exiguo de su regulación acaso aconseje no descartar la aplicación añadida de la compraventa, al menos en los términos legislativos actuales. El contrato de suministro eléctrico supondría

así una figura contractual atípica, que podría participar de los elementos que le fueran aplicables tanto del contrato de compraventa como de los contratos de servicios⁴³. Las especialidades podrán resolverse de forma particular y, por lo demás, no parece que se afecte a las obligaciones de las partes en general, ni a las obligaciones específicas naturales de la relación tampoco.

2. OBLIGACIONES DEL COMERCIALIZADOR COMO SUMINISTRADOR DE ELECTRICIDAD

Partiendo de una naturaleza atípica —y probablemente híbrida— del contrato de suministro eléctrico, parece más sencillo determinar la prestación característica de tal contrato. Siendo el suministro eléctrico correlativo al pago de un precio, la prestación correlativa al mismo será el elemento caracterizador del contrato, y obligación principal del comercializador. En esencia: prestar «utilidad energética», a través del acceso —y uso— de la red por el cliente.

Desde el punto de vista de la utilidad —o incluso de la propiedad, si se prefiere— nunca llega el comercializador a poseer ni transformar el suministro eléctrico que presta; ni siquiera lo almacena o transporta. Se limita a adquirir un derecho de uso de la potencia contenida en la red, que transmite al cliente, junto con la efectiva corriente. El *producto* pasa directamente, en cuanto a su trayecto material, de la distribuidora al cliente. Ello no afecta a la relación contractual entre cliente y comercializadora, ni a las obligaciones que de la misma dimanan. Tampoco genera vínculo contractual alguno entre cliente y distribuidora. Pero sí podría suponer, en determinados casos, una cierta simetría —incompleta— entre lo que el régimen general de productos defectuosos proyectado sobre el «producto eléctrico» y la base del régimen general de responsabilidad por incumplimiento contractual del comercializador (lo permitiría nutrirse en esta sede, y con las salvedades precisas, de la doctrina y jurisprudencia relativa a la consideración o incluso prueba de los supuestos en los que la «electricidad» resulte ser defectuosa —y como tal inepta frente al cumplimiento—).

Por lo tanto —sin quebranto de los deberes que a tal efecto fija la normativa sectorial para el comercializador—, se puede distinguir la energía efectiva, que pueda producir una máquina aprovechando la potencia de la red; del *servicio* continuo —de utilidad potencial— que tal red supone. Podría así concretarse el contenido de la prestación propia del comercializador de energía como la disponibilidad efectiva y adecuada de la red⁴⁴.

En contra, podría volver a argüirse la propia terminología de la Ley, que prefiere mantenerse en los términos más cercanos a la compraventa⁴⁵. En ese sentido, el artículo 8.4 de la Ley 24/2013 dispone que «Salvo pacto en contrario, la *transmisión de la propiedad* de la energía eléctrica se entenderá producida en el momento en que la misma tenga entrada en las instalaciones del comprador». Sin embargo, tanto la ya aludida naturaleza física de la electricidad, como su

conceptualización real (en cuanto a cosa mueble), hacen que no pueda existir un momento diferencial entre «entrada», «apropiación», y «consunción»; ni que pueda transmitirse ni adquirirse la misma, sino fundamentalmente utilizarse. Ello no impide aplicar el artículo referido, sino que aconseja entenderlo fundamentalmente como una norma de distribución de riesgos, y atribución de responsabilidades⁴⁶. De este modo, en cuanto al uso efectivo de la electricidad, el comercializador no podría aducir cumplimiento completo en tanto la potencia eléctrica no genere la energía para el cliente. O, de otro modo: si por cualquier motivo el cliente no puede obtener energía eléctrica en sus instalaciones —y salvo que sea imputable a él mismo, o supuestos de caso fortuito⁴⁷—; no habrá cumplido el comercializador su prestación⁴⁸. Además, utilizada la corriente para generar energía, si el uso fuera defectuoso o generase daños, supondría asimismo un incumplimiento.

La primera obligación del comercializador, premisa de las que siguen, pasaría por proporcionar un acceso desde las —adecuadas— instalaciones del cliente hasta las redes de transporte y distribución de la corriente eléctrica. Después, podría dividirse la situación pasiva del comercializador, como prestación de una disponibilidad efectiva y adecuada de la red, a dos obligaciones disociables. En primer lugar, el suministro debe ser continuado⁴⁹, de forma que no solo es relevante la eventual utilización del mismo, sino también su mera disponibilidad. En segundo lugar, el suministro deberá responder a la calidad pactada⁵⁰ —a partir de los mínimos imperativos⁵¹, y atendiendo en su defecto a la regulación sectorial de referencia—⁵².

Estos dos elementos de la prestación tienen además, como nota característica, su independencia respecto de la actuación efectiva del comercializador. Este, por sí mismo, no puede producir ni mantener el suministro; ni de su actuación depende tampoco su calidad. Su actuación diligente podría parecer dirigida a la elección, y acaso coordinación o control, del distribuidor. Sin embargo, ni aun agotando su diligencia cabría entenderse excluido el comercializador de los defectos de suministro o calidad del mismo, causados por el distribuidor. Se trata de un riesgo inevitable para el contrato que, como tal, ha de distribuirse entre cliente o comercializador. Es necesario imponer el riesgo al comercializador puesto que, precisamente por su ajenidad a la efectiva distribución de la corriente, de otra forma quedaría en la práctica vacía su prestación, no prestando nada al cliente que retribuye su servicio. En este sentido, además de tratarse del modelo económico más eficiente (por poder absolver, limitar y prever mejor tal riesgo el comercializador —y hacerlo además desde una perspectiva no unitaria—); es coherente también con la voluntaria asunción de tal riesgo por el comercializador, que es quien contrata con la distribuidora (pudiendo además, en tal pacto, incluir cuantas previsiones estime oportuno a este respecto); con su modelo de negocio que parte de tal incertidumbre, asumiéndola en su prestación, (como quien vende lo futuro, o lo ajeno); y, *a fortiori*, también resulta

coherente con las disposiciones sectoriales distribuidoras de tal riesgo (a través de la construcción de un momento de «entrega», antes del cual la «venta» de la electricidad no habría sido cumplida por el comercializador).

La STS 624/2016, de 24 de octubre [RJ 2016, 4970] unifica doctrina en esta cuestión, pues rechaza expresamente el criterio —minoritario⁵³— de algunas decisiones según el cual «de conformidad con la normativa aplicable, la responsabilidad contractual por daños derivados u ocasionados por el suministro de energía eléctrica (falta del suministro o deficiencias en el mismo) solo puede exigirse a la empresa distribuidora». Afirma, en cambio, que «no cabe duda de que la comercializadora, como suministradora, se vinculó contractualmente a una obligación de suministro de energía de acuerdo a unos estándares de calidad y continuidad del suministro».

Mantienen ese mismo criterio, siguiendo la doctrina expresada por el Tribunal Supremo, la SAP de Barcelona 593/2016 de 15 de diciembre [JUR 2017, 43566], que entiende que «[la comercializadora] es responsable de los daños que se puedan generar por deficiencias o alteraciones en el suministro eléctrico, en tanto dicha responsabilidad sería consecuencia de la relación contractual que vincula a las partes, al margen de las relaciones existentes entre distribuidora y suministradora del suministro eléctrico». También la SAP de Pontevedra 674/2016, de 29 de diciembre [AC 2017, 88], afirma que «[la comercializadora] aun cuando no sea la empresa distribuidora, asume la obligación frente al cliente que contrata con dicha comercializadora de que el servicio se preste en adecuadas condiciones de calidad y continuidad». O la SAP de Asturias 358/2016, de 16 de noviembre [JUR 2017, 5124], establece que «[la comercializadora] debe asumir el contrato y por lo tanto se responsabilizará frente al destinatario final de la prestación del servicio, por el que obtiene su beneficio, de manera que debe responder frente a este de cualquier anomalía del suministro y de sus consecuencias de acuerdo con lo previsto en los artículos 1098 y 1254 del Código Civil».

Además, ya era generalizado en la doctrina de las Audiencias entender que, bajo la vinculación contractual entre cliente y comercializador, quedaba este último obligado (y no el distribuidor —sin perjuicio de las responsabilidades extracontractuales de este—) a proporcionar el suministro eléctrico. En tal sentido la SAP de Segovia 174/2016, de 7 de marzo [JUR 2016, 112591], entiende que «el hecho de que ese precepto [de la norma sectorial] fije quien ha de responder de la calidad del suministro no afecta a la relación del cliente con el que comercializa el producto, en resumen con el que se lo vende y percibe por ello el correspondiente precio. El actor, como cliente de un servicio, mantiene su relación contractual con la comercializadora, y la comercializadora será por tanto responsable *in eligendo* del distribuidor que suministra la energía». También la SAP de Lugo 382/2015, de 15 de octubre [JUR 2015, 289376], dispone que «la comercializadora que contrata con el consumidor la venta de

energía eléctrica, asume, igualmente la obligación en relación con la calidad del servicio contratado, sin que concurra ninguna circunstancia legalmente prevista que le exonere de la responsabilidad consiguiente, lo cual es coherente con el fin de la efectiva protección del consumidor que contrata el producto con dicho operador eléctrico». Asimismo, la SAP de Barcelona 287/2013 de 27 de junio [*JUR* 2013, 338515] declaraba que «[teniendo] la comercializadora la función de “vender” la electricidad, es claro que, frente al usuario, dicha obligación comporta la de entrega de la energía en estado adecuado para su uso de modo que, cuando dicha obligación no se puede cumplir, ha de responder la comercializadora frente al mismo, cualquiera que sea el modo en que la comercializadora accede a la electricidad, o cualesquiera que sean las relaciones internas entre comercializadora y distribuidora, a las que el consumidor es totalmente ajeno». En fin, y además de otras muchas, la SAP de Madrid 126/2012, de 8 de marzo [*JUR* 2012, 128545] entendía que «la empresa eléctrica que ha contratado, directa y exclusivamente, el suministro eléctrico con el cliente o consumidor final, este tendrá en todo caso acción para reclamarle directamente por las posibles deficiencias en el suministro contratado, todo ello de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1088, 1091, 1254 y 1257 del Código Civil. Esto es, las comercializadoras-vendedoras vienen obligadas a responder frente a sus clientes de la calidad del suministro que se han comprometido a proporcionar, sin que, pese a lo afirmado por la parte recurrente, la Ley del Sector Eléctrico les exima de esta responsabilidad».

En fin, apuntada la tipología contractual natural para el suministro eléctrico, así como fijada la obligación principal del comercializador contratante frente a su cliente; restaría integrar el contenido propuesto y asumido que no haya sido desplazado en el pacto. Después, en lo necesario, se podrá completar atendiendo a cuanto pudiera aplicarse del ámbito de los contratos de servicios y, en lo posible, de las previsiones generales de la compraventa, así como contemplar la relación en el ámbito general de las obligaciones y contratos. Todo ello bajo la primacía general de los términos pactados entre comercializador y cliente.

IV. CONTRATO DE MEDIACIÓN, Y COMERCIALIZADOR COMO REPRESENTANTE DEL CLIENTE ANTE EL DISTRIBUIDOR

No ha sido infrecuente que, para la evitación de sus obligaciones contractuales, el comercializador, amparado en la —poco clara— literalidad de normas reglamentarias sectoriales, pretenda resultar un mero intermediario, representante del cliente frente al distribuidor, que así resultaría la verdadera contraparte del mismo en el suministro de electricidad. No es posible esta pretensión, bajo la existencia del contrato de suministro eléctrico entre comercializador y cliente; pero sí podría ser posible bajo otro tipo de relación contractual.

En la medida que la actuación del comercializador no aporta nada al producto que presta, su actuación participa de una función principalmente intermedia⁵⁴. Frente al cliente su utilidad es más bien difusa, pues su intervención —y su coste— solo toma sentido pleno en cuanto a su imposición pública, en aras de evitar el oligopolio posible en un mercado de distribuidores. Tal actuación —y coste— puede ser evitado en las circunstancias en las que el cliente pueda contratar directamente con la distribuidora, como «consumidor directo en mercado»⁵⁵, sobre todo si encuentra una oferta mejor directamente desde la empresa que distribuya la energía. Es ese espacio, fundamentalmente, el que puede llenar otra tipología contractual, distinta al suministro de electricidad directo que hasta ahora se ha tratado⁵⁶, capaz de satisfacer entre las mismas partes, y aun con el mismo fin último para el cliente, otros intereses contractuales.

El comercializador podría aprovechar su experiencia y conocimiento para actuar, en estos casos, no como revendedor sino como un verdadero intermediero. Si así hiciese, se trataría de un *contrato de mediación* —o de corretaje—. No se obligaría el comercializador a prestar —ni vender— electricidad, sino únicamente a informar, asesorar y acercar los mejores intereses del destinatario de la energía con aquel que mejor pudiese proveerle de la misma⁵⁷ (lo que, en la práctica, se concretaría fundamentalmente en supuestos de consumo directo).

Este contrato podría concretar una estrategia contractual específica, con unos beneficios claros para el cliente: superponiéndose distribuidor y suministrador, en distintas fases y con distintas relaciones, ambos deben obtener beneficios en cada tramo, en el sentido oneroso de las relaciones que cada uno mantenga. Neutralizando los beneficios continuados del comercializador por un precio unitario por su mediación podría optimizarse el coste de la energía eléctrica a medio plazo. Además, el contenido esencial de imparcialidad del mediador favorecería también la información y, a su través, equilibrio contractual del cliente de la energía⁵⁸. Resultará asimismo determinante este deber cuando una distribuidora domine societariamente a una comercializadora, que en ese caso no podría mediar.

Hasta desde una perspectiva material, en cuanto a la intervención de cada agente en relación a la «conservación» y «entrega» de la electricidad, podría ser la alternativa más precisa (pues, al margen de los requisitos administrativos e intereses públicos que pudieran aconsejar un intermediario, no aporta este demasiado en cuanto a la transformación, tratamiento o utilidad del producto —o servicio— tratado).

La opción contractual de mediación sería además sistemática con un *poder* que facultara a la comercializadora a representar al cliente frente a la distribuidora, verdadera contraparte en el contrato relativo a la electricidad, al menos en este supuesto de representación directa⁵⁹. El poder, añadido a la relación contractual de venta-servicio de electricidad, difícilmente podría mermar tal contrato, ni limitar la relación contractual efectiva en la que se incluyese. Tampoco podría

funcionar como una suerte de liberación absoluta para un comercializador que, a su través, se abstraiga de sus obligaciones, conservando sus derechos frente al cliente. El poder solo dotaría de la función representativa una relación contractual a la que puede ser útil —la mediación— o a otra para la que parece inane —la actuación de venta-servicio—.

En el sentido apuntado, el artículo 3.2 del Real Decreto 1435/2002 disponía que «En el caso en que el consumidor opte por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, este último *solo* podrá contratar con el distribuidor el acceso a las redes como mandatario del consumidor». Sin embargo, el Tribunal Supremo anuló tal inciso «solo», en la STS —Sala Tercera— de 29 de junio de 2004 [RJ 2004, 6502], concluyendo que «cuando los consumidores cualificados opten por contratar la energía y el acceso a las redes a través de un comercializador, deben quedar en todo caso abiertas dos posibilidades a su elección: a) que confieran un mandato al citado comercializador para que este contrate con el distribuidor el acceso a las redes en cuanto mandatario de aquellos consumidores, cualquiera que sean las dificultades de orden práctico que esta doble relación presente; y b) que contraten el suministro de energía con los comercializadores como un todo».

Abunda la sentencia en cuanto a la posibilidad de contratar con el comercializador como intermediario, apuntando que «(...) nada impide en la Ley 54/1997 [en los mismos términos, a este efecto, que la actual 24/2013] que los comercializadores, en cuanto suministradores de energía eléctrica a los consumidores cualificados (art. 9.1.h de la Ley), asuman la condición jurídica de mandatarios de estos en sus relaciones con otros sujetos del sistema. Concretamente, dado que no se discute que el cliente final, consumidor cualificado, tiene derecho a contratar por sí el acceso a la red (como relación diferenciada de la adquisición de energía), ninguna objeción jurídica existe para que esta contratación se lleve a cabo mediante un mandatario. Más en concreto aun, mediante un comercializador (...). En ese mismo tipo de relaciones contractuales puede pactarse que el comercializador desempeñe la función de mandatario del consumidor cualificado, si este quiere optar por contratar no solo la energía sino también el acceso a las redes «a través» de aquel (del comercializador)».

En suma, esta alternativa contractual, ciertamente excepcional⁶⁰, sí mantendría a la comercializadora al margen de las prestaciones relativas a la disposición efectiva de la electricidad, pues el mediador de energía no habría de responder ni por el defecto de suministro ni por el suministro defectuoso, toda vez que suministrar no integra su prestación contractual⁶¹.

Lo que no parece posible es pretender determinados efectos de la mediación, reteniendo otros propios de una relación de suministro eléctrico directa por la comercializadora. Esto es: si la comercializadora decide contractualmente mantenerse al margen de las prestaciones de suministro, ofreciendo una prestación mediatoria, sus derechos correlativos serían también los propios de la misma:

principalmente, aunque no solo, tendría derecho a cobrar un precio por su mediación, lo que difícilmente se compadece con retribuciones de trato continuo (una vez perfeccionado el contrato se agota la prestación de mediación). Del mismo modo, deberá también cumplir a cuanto se obligue como mediador.

Esto lleva a concluir, en sentido contrario, que si el mediador no ofrece tales prestaciones o recibe otras distintas, no se trataría de un contrato de mediación, ni tampoco tendrá entonces sentido un poder —tampoco tácito—; sino que existirá una relación contractual directa, de suministro eléctrico entre comercializador y destinatario de la electricidad⁶². Es posible un contrato de mediación entre comercializador y cliente, pero se tendría que consentir tal contrato y no otro, sin desbordar su contenido posible y —a efectos de prueba al menos— expresando de forma reconocible la naturaleza de tal relación contractual.

V. ¿CONSUMIDORES O CLIENTES? CONTROL DE ABUSIVIDAD FRENTE A EMPRESARIOS SUMINISTRADOS

Forma parte del lenguaje no técnico afirmar que la energía se consume, cuando se quiere expresar que la energía se utiliza. Ello es distinto, en un sentido técnico, a que la energía se consuma —como consumible que es—, en el instante en que se transforma en trabajo. Lo mismo ocurre con el objeto jurídico nominado como «electricidad». Sin embargo, nada de lo anterior tiene que ver con que aquel que la use, destinatario final de la energía, cliente del suministro eléctrico, sea *consumidor* en el sentido técnico para el que se define —y legisla— en el artículo 3 del TRLGDCU. En tal sentido solo será consumidor —y solo se le aplicará la normativa de consumidores— a «las personas físicas [y algunas otras] que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión». *Contrario sensu*, no serán consumidores y no se le aplicarán las normas protectoras de los mismos a todo aquel que, aunque sea receptor último del producto o servicio, integren la utilidad producida por el mismo en un empeño lucrativo organizado y persistente⁶³.

Lo anterior podría parecer acaso evidente, sin embargo, en cuanto al ámbito contractual de lo eléctrico al menos dos factores generales, y uno común, pueden hacer más compleja la cuestión:

En primer lugar, las normas sectoriales insisten en nominar como «consumidores» a todos los receptores finales de la energía, sin mayores distinciones. Sin embargo, tal nominación no puede entenderse como calificación del suministrado como consumidor a los efectos cualificados de la normativa específica de consumidores y usuarios, que no será de aplicación a clientes no *consumidores*⁶⁴. No solo parece razonable descartar que, en general, pretendan las normas sectoriales eléctricas ser *lex especialis* del TRLGDCU; sino que el propio texto —aun de forma confusa— se refiere también y de forma diferencial a «consumidor

y usuario» (en ocasiones de forma disociada en concepto de consumidor de la propia Ley 24/2013 —como ocurre en el artículo 6 de la misma—; pero también para reforzar en ocasiones los derechos del «consumidor-cliente» del sector, al que excepcionalmente sí se le equipara con el «consumidor» del TRLGDCU, como ocurre en el artículo 46.1.o de la misma Ley 24/2013, en una precisión que sería ociosa si no partiera de la diferencia entre ambas situaciones. Con todo, tal conclusión no es indiscutida en el ámbito tratado⁶⁵.

En segundo lugar, el suministro eléctrico parte, casi necesariamente y para la mayoría de posibles clientes, de una desigualdad negociadora originaria: por más que el mercado pretenda su liberalización, la mayoría de la oferta de suministro persiste concentrada en no demasiados oferentes⁶⁶, con un considerable poder de negociación e imposición de sus términos —a consumidores y profesionales—. Además, la demanda de la electricidad resulta extremadamente inelástica. Ello comporta que la capacidad de imposición del contenido contractual disponible sea mayúscula, incluso frente a la mayoría de contratantes no consumidores, lo que limita la premisa de la autonomía contractual como fuente —libre— de obligaciones entre las partes.

En tercer lugar, es además común —y por lo demás compatible— el desideratum, muchas veces explícito, de extender al menos una parte del ámbito tutitivo de los consumidores a pequeños empresarios con reducido poder de negociación, sobre todo en cuanto al ámbito de la abusividad de las cláusulas no negociadas del contrato. Esta tendencia, efectivamente expresada de forma explícita en instrumentos y propuestas de modernización contractual nacionales⁶⁷ y europeas⁶⁸, no ha sido recogida aún por el legislador español.

Tales circunstancias se concretan aún más sobre contrato de suministro eléctrico cuando la Sentencia del Tribunal 624/2016, de 24 de octubre [RJ 2016, 4970], que ha venido a confirmar el régimen contractual tratado entre comercializador y cliente, acaso podría interpretarse como una sugerencia —*obiter dicta*— de la posibilidad de una suerte de control de contenidos, *ex 1258*⁶⁹, siendo el cliente un profesional: «(...) en relación con la interpretación e integración del contrato a tenor del principio de la buena fe contractual, especialmente con relación a lo dispuesto por el artículo 1258 y la proyección de la buena fe como fuente de integración del contrato, de forma que dicho principio no solo sanciona, entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo».

En rigor, si bien podría parecer que amplía el ámbito del artículo 1258 del Código Civil más allá de su función integradora, al referirse a la *ejecución* del contrato y no a su contenido, no es sencillo encontrar verdaderamente la diferencia de tal *sanción* con la integración del deber correlativo. Sin embargo, no pasa de ser una mera mención, no relacionada, ni siquiera de forma indirec-

ta, con el contenido o sentido del fallo, que no menciona comportamiento de mala fe excluido. En todo caso, parece más bien un desarrollo más completo, pero concomitante con la función tradicional de integración del artículo 1258 del Código Civil, también desarrollado en los mismos términos en las SSTS 419/2015, de 20 de julio [*RJ* 2015, 4792]; o 254/2016, de 19 de abril [*RJ* 2016, 1686] —sin que parezca que se pretende extender la función del artículo 1258 a una suerte de control de contenidos abusivos, sino de actos o pretensiones de mala fe, contrarios a lo pactado—.

En consonancia con los presupuestos expuestos, se ha afirmado de forma actual y concreta tal control de contenidos abusivos, aun sobre profesionales, para el contrato de suministro eléctrico⁷⁰. Sin embargo, reconociendo que el contenido esencial de control de la buena fe en el ámbito del contrato quedaría ciertamente referido a tal artículo 1258 del Código Civil —además del artículo 7 del Código Civil, más pobre en cuanto a su contenido como mandato normativo—; podría encontrarse en el mismo artículo 1258 del Código Civil un contenido diferencial⁷¹. Un contenido más limitado que el control expreso de la abusividad contenido en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU. De hecho, la interpretación persistente —y originaria— del artículo 1258 del Código Civil parece fundamentalmente dirigida a la integración de contenidos contractuales implícitos⁷², antes que a la proscripción de otros pactados⁷³.

Puede imaginarse cómo la función tradicional de integración del artículo 1258 del Código Civil puede resultar en términos generales más limitada que los controles de contenidos abusivos establecidos en tutela de los consumidores: cuando se integra sobre una laguna, no es necesario suplir ninguna voluntad consentida, sino que se completa la misma sobre un equilibrio objetivo presunto, en hipótesis coincidente con la voluntad de las partes a tal respecto (no en vano, antes de acudir al artículo 1258 del Código Civil para integrar el contrato, parece razonable haber visitado los artículos 1281 y sigs. del Código Civil, por si de los mismos pudiera deducirse el contenido necesario para un contrato integrado⁷⁴). No parece lo mismo únicamente integrar contenido añadido al consentido que variar un contrato perfeccionado, vaciándolo primero de un contenido pactado para integrarlo después con otro que represente un equilibrio mejor (lo que supondría dos momentos de intervención, no uno solo). Sí podría ser coincidente el control para toda obligación que, por la naturaleza del contrato, resultase indisponible —aunque fueran contenidos imperativos implícitos que hubieran de integrarse a través del artículo 1258 del Código Civil—; mas aun así podría parecer distinto un sistema que parte de lo dispositivo (a partir de la «cláusulas negras») de otro que encontraría su contenido en lo imperativo (hasta las «cláusulas negras»).

Esta limitación de los efectos posibles del artículo 1258 del Código Civil, se comparte —aunque no sin progresivos coqueteos en sentido contrario— por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: si bien podría parecer que la

reciente STS 57/2017, de 30 de enero [*RJ* 2017, 371], insiste en la posibilidad de acabar reconociendo tal control para no consumidores, se expresa al respecto (en tendencia de creciente intimidad con la posibilidad tratada) como argumento no decisivo. Se trata de una mera declaración incidental desde la efectiva motivación del fallo, descartada sin necesidad de consideración jurídica por falta de la premisa fáctica —insuficiencia probatoria— (y, con ello, en rigor más allá de lo que habría de entenderse por «doctrina jurisprudencial» como complemento a las fuentes, *ex art.* 1 del Código Civil).

Afirma, además, de forma no del todo clara, que «(...) puede considerarse que la virtualidad del principio general de buena fe como norma modeladora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir, aquellas que modifican subrepticiamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente». No parece claro que la abusividad de la segunda parte de la afirmación transcrita corresponda a lo que, en la primera parte, parece referirse a lo no consentido (fuera de «lo que había podido representarse como pactado»).

Alude asimismo la sentencia, como es tendencia también, a instrumentos de investigación de derecho contractual europeo, como los PECL —que, por lo demás, carecen de vigencia normativa alguna— para reforzar la anterior consideración. Además, antes de ofrecer estas consideraciones, sienta, respecto al control de *intransparencia abusiva*, pero precisamente por entenderlo como un control de *abusividad*, que «Ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No corresponde a los tribunales la configuración de un *tertium genus* que no ha sido establecido legislativamente, pues no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores», afirmación que mal podría entenderse coherente si, acto seguido, se aceptara la misma posibilidad cegada a través de una reinterpretación del artículo 1258 del Código Civil.

Reitera por lo demás la sentencia los argumentos, en los mismos términos y con la misma eficacia —y mismo ponente, e idéntico voto particular—, de la STS 67/2016, de 3 de junio [*RJ* 2016, 2306]; en la que del desarrollo del voto particular se desprende el apoyo del mismo al control «cualificado» de *transparencia* —tal y como la entiende— para los no consumidores, si

bien lo disocia del control general de *abusividad*, como vertiente diferencial del mismo (pudiendo reconducirlo así en su especialidad a un control de *incorporación*). Se reitera dicha doctrina, en los mismos términos también —y mismo ponente—, en la SSTS 30/2017, de 18 de enero [*JUR* 2017, 20726], y 41/2017, de 20 de enero [*JUR* 2017, 20687]; recogiendo también todas las anteriores, de la STS 227/2015, de 30 de abril [*RJ* 2015, 2019], que «en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de las cláusulas abusivas no se concibe como una técnica de protección del adherente en general, sino como una técnica de protección del adherente que tiene la condición legal de consumidor o usuario, esto es, cuando este se ha obligado con base en cláusulas no negociadas individualmente».

No en vano, sin un cierto desarrollo legislativo o jurisprudencial, confiable y transparente en sus categorías, capaz de dotar de una mínima seguridad jurídica, un control de contenido fundado en la sola referencia genérica del general principio de la buena fe acaso podría exceder la función jurisdiccional y funcionar como acicate a una justicia de lo justo, a pesar de lo legal. Además, persisten elementos susceptibles de forzar el casuismo —y con él la arbitrariedad— mucho más allá del ámbito del consumo pues, a la forzosa heterogeneidad del empresario con poder de negociación limitado (frente al concepto necesariamente homogéneo de consumidor). Se añade el que, frente a la alternativa uniforme de la nulidad de la cláusula para consumidores, el artículo 1258 —frente a la inexistencia de efecto específico— podría llevar a una moderación o aproximación conforme a la buena fe (en realidad *equitativa*), fijando en cada caso el juzgador el equilibrio que no estime abusivo. De prescindir de toda precaución, sin ni siquiera una norma clara como fundamento, podría arriesgarse la función del contrato como elemento de cooperación y certeza, sacrificado en el altar justo de la buena fe⁷⁵. En suma, la extensión del control de abusividad para no consumidores no ha alcanzado aún positivación explícita, al menos si se evita una metamorfosis del artículo 1258 del Código Civil bajo la sola crisálida de la interpretación.

Además, también podría entenderse distinta, entre consumidores y no consumidores, el propio sentido y extensión de la buena fe objetiva⁷⁶, al margen de la legitimación concreta para su control. Existen normas específicas que delimitan el ámbito relevante de la buena fe en los contratos con los consumidores (así los arts. 4.1 de la Directiva 93/13 o el artículo 82.3 del TRLGDCU); pero tales normas responden —y crean, y consolidan— un específico concepto y contenido de buena fe en tales ámbitos. A día de hoy no solo no existe norma al respecto, sino que puede que no exista tal ámbito extendido de la buena fe. Puede que determinadas prácticas ventajistas que nunca se aceptarían para un consumidor, pudieran en cambio entenderse no necesariamente determinantes de la mala fe del empresario que se prevalezca de las mismas de forma habitual en el tráfico⁷⁷. En última instancia, es el legislador quien mejor puede fijar, aun como

marco general, las concretas expresiones de la «conciencia social» proyectadas sobre el modelo de conducta esperable, más allá de las prohibiciones generales o específicas de todo contrato. No se trata de un imposible, de hecho ya ha ocurrido en otros ámbitos, como en cuanto al mandato general —de control de contenidos «abusivos», también frente a empresarios— del artículo 3 de la LCS⁷⁸. Y probablemente el ámbito eléctrico comparta gran parte de la fundamentación que inspira tal precepto propio de la aseguración. Pero ni la mayor razonabilidad jurídica puede sustituir, en determinados casos, la —necesitada— actuación del legislador.

Con todo, esta discusión excede el ámbito tratado, con que debe bastar el apunte de que, en principio y con las advertencias y posibilidades apuntadas, cuando en el contrato de suministro participe un consumidor, efectivamente le serán de aplicación cuantas normas vigentes asistan a su tutela, y en especial las contenidas en el TRLGDCU. Si el contratante no fuese un consumidor, estaría privado de la tutela específicamente prevista para los mismos en cuanto a la exclusión de cláusulas abusivas⁷⁹. No por ello tendrá que sufrir todo tipo de ilicitud abusiva, eventualmente proscrita por otros institutos jurídicos, como puede ocurrir en el ámbito de las condiciones generales de la contratación; de los vicios del consentimiento; o de proscripción de la usura, entre otros⁸⁰.

Ahora bien, que el contrato no se sometiera a un control específico de abusividad, no implica que el predisponente pueda desnaturalizar el contrato, imponiendo cláusulas contradictorias con el objeto o función real del contrato, obviando o evitando los elementos esenciales de este (que, por ello, quedarían —para algunos— en todo caso excluidos de un eventual control de abusividad). Así, si la comercializadora, actuando como tal, pretendiese cobrar un precio por el suministro de electricidad y, al tiempo, impusiera una cláusula en la que se excluyera la obligación de prestar tal suministro —evitando además obligarse a nada en un contrato sinalagmático—; no sería tanto lo abusivo de tal cláusula —o su nulidad— lo que obligaría al comercializador, sino la fuerza obligacional irreductible del contrato suscrito, de conformidad con su naturaleza y *tipo*, tal y como fue consentida por las partes⁸¹. No se limita a «abusar» quien compra y excluye su obligación de pago; sino que o bien no compró o, si lo hizo, deberá inevitablemente pagar lo comprado⁸². No es imperativo comprar, pero sí esencial —e indispensable— que para ese negocio exista un precio a cambio de la cosa comprada⁸³. Lo mismo ocurría cuando a un arrendamiento «de vivienda» —que lo sea— se le nomine como de «no vivienda»: no se tratará de una cláusula o inciso abusivo de un contrato de arrendamiento de «no vivienda»; sino un contrato de arrendamiento «de vivienda» enteramente distinto —en cuanto a su calificación y tipo—. Por lo tanto, será esencial para la comercializadora que contrate el suministro eléctrico con un cliente, prestar suministro eléctrico al mismo.

VI. JURISPRUDENCIA

- STJUE, de 21 de marzo de 2013, asunto C-91-11
- STJUE, de 23 de octubre de 2014, asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11
- STS de 27 de mayo de 1907
- STS de 24 de abril de 1909
- STS 106/2000, de 14 de febrero [*RJ* 2000, 1236]
- STS 1170/2002, de 11 de diciembre [*RJ* 2002, 10737]
- STS, Sala Tercera, de 29 de junio de 2004 [*RJ* 2004, 6502]
- STS 395/2005, de 26 de mayo [*RJ* 2005, 6084]
- STS 726/2010, de 22 de noviembre [*RJ* 2011, 563]
- STS 382/2011, de 13 de junio [*RJ* 2011, 5719]
- STS 673/2013, de 31 de octubre [*RJ* 2013, 7259]
- STS 227/2015, de 30 de abril [*RJ* 2015, 2019]
- STS 419/2015, de 20 de julio [*RJ* 2015, 4792]
- STS 254/2016, de 19 de abril [*RJ* 2016, 1686]
- STS 67/2016, de 3 de junio [*RJ* 2016, 2306]
- STS 624/2016, de 24 de octubre [*RJ* 2016, 4970]
- STS 57/2017, de 30 de enero [*RJ* 2017, 371]
- STS 30/2017, de 18 de enero [*JUR* 2017, 20726]
- STS 41/2017, de 20 de enero [*JUR* 2017, 20687]
- SAP de Lérida 16/2000, de 21 de enero [*AC* 2000, 8]
- SAP de Madrid 149/2010, de 30 de marzo [*JUR* 2010, 205155]
- SAP de Cantabria 151/2000, de 31 de marzo [*AC* 2000, 4090]
- SAP de Madrid 176/2009, de 3 de abril [*JUR* 2009, 246929]
- SAP de Madrid 149/2010, de 30 de marzo [*JUR* 2010, 205155]
- SAP de Madrid 570/2010, 22 de noviembre [*JUR* 2011, 37110]
- SAP de Valencia 327/2011, de 8 de junio [*JUR* 2011, 326405]
- SAP de Madrid 126/2012 de 8 de marzo [*JUR* 2012, 128545]
- SAP de Barcelona 287/2013 de 27 de junio [*JUR* 2013, 338515]
- SAP de Vizcaya 72/2014 de 31 de marzo [*JUR* 2014, 184245]
- SAP de Lugo 382/2015, de 15 de octubre [*JUR* 2015, 289376]
- SAP de Cantabria 62/2016, de 8 de febrero [*JUR* 2016, 84550]
- SAP de Segovia 174/2016, de 7 de marzo [*JUR* 2016, 112591]
- SAP de Madrid 385/2016, de 27 de octubre [*JUR* 2016, 276280]
- SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre [*JUR* 2017, 5069]
- SAP de Asturias 358/2016, de 16 de noviembre [*JUR* 2017, 5124]
- SAP de Barcelona 593/2016, de 15 de diciembre [*JUR* 2017, 43566]
- SAP de Albacete 470/2016, de 29 de diciembre [*JUR* 2017, 20357]

- SAP de Albacete 471/2016, de 29 de diciembre [AC 2017, 92]
- SAP de Pontevedra 674/2016, de 29 de diciembre [AC 2017, 88]

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ATAZ LÓPEZ, J., GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., ANDRÉU MARTÍNEZ, M. B., GARCÍA PÉREZ, C.L., MACANÁS, G., PLANAS ARNALDOS, M. C. (2016). Capítulo V. Título II. Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). Capítulo VII. Título II. Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.
- BENITO Y ENDARA, (1904). *Derecho Mercantil Español*, vol. 1, Valencia: Tip. Doménech.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2015). Artículo 3, *Comentario del TRLGD-CULC* (Bercovitz coord.), 2.^a ed, Cizur Menor: Aranzadi.
- CABELLO LÓPEZ, M. (2010). Las irregularidades en la ejecución del contrato de suministro de energía eléctrica, *Diario La Ley*, núm. 7320, Madrid: La Ley. Versión digital en <http://diariolaleylaley.es>.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2014). La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, CESCO, núm. 11, Universidad de Castilla-La Mancha. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/10/La-nueva-protecti%C3%B3n-del-consumidor-de-contenidos-digitales-tras-la-Ley-3-2014-de-27-de-marzo.pdf>.
- (2016). Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el marco jurisprudencial «heterodoxo»): construcciones extralimitadas, *Almacén de Derecho*, 27 de junio de 2016. <http://almacendederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios/>
- (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015, *Indret*, núm. 3, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra. <http://www.indret.com/pdf/1242.pdf>
- CARNELUTTI, F. (1913). *Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici, Rivista del Diritto commerciale*, Bolonia: Piccin.
- CARRASCO PERERA, A. (2017). De nuevo sobre el «control de transparencia, y el control de contenido», en contratos celebrados entre no consumidores, *CESCO*, núm. 3, Universidad de Castilla-La Mancha. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/03/De-nuevo-sobre-el-control-de-transparencia.pdf>
- (2008). Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, *Aranzadi Civil*, núm. 1, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2010). *Derecho de Contratos*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2016). *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Madrid: Civitas.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (2009). ¿Puede ser la electricidad «producto defectuoso»?, *Derecho de consumo: actas del Congreso Internacional sobre Derecho de Consumo*, (Canedo Arrillaga coord.), Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE CASTRO, F. (1967). *El Negocio jurídico*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.

- (1982). Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor, *ADC*, vol. 35, núm. 4., Madrid: *BOE*.
- DE FUENTES, E. (1934). Naturaleza físico-jurídica de la electricidad I, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año X, núm. 119, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.
- (1934). Naturaleza físico-jurídica de la electricidad II, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año X, núm. 120, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1956). Los llamados contratos forzosos, *ADC*, IX, 1, Madrid: *BOE*.
- ENNECERUS-KIPP-WOLFF, (1935), *Tratado de Derecho civil*, T.II. v. II, Barcelona: Bosch.
- (1966). *Tratado de Derecho civil*, T. II, 2.º, v. I, Barcelona: Bosch.
- ESTOA PÉREZ, A. (2014). La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 98, Gobierno vasco. <https://www.euskadi.net/r61-s20001x/es/t59aWar/t59aMostrarFicher oServlet?t59aIdRevista=2&R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aSeccion =38&t59aContenido=4&t59aCorrelativo=1&t59aVersion=1&t59aNumEjemplar=98>.
- GARRORENA MORALES, A. (1980). *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GAZTAÑAGA E IBARRA, J. M. (1947). *El contrato de suministro de energía eléctrica*, Madrid.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (1990). Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1990, en *CCJC*, núm. 24, Madrid: Civitas.
- (2015). Artículo 81, *Comentario del TRLGDCULC*, (Bercovitz coord.), 2.ª ed, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2015). Artículo 82, *Comentario del TRLGDCULC*, (Bercovitz coord.), 2.ª ed, Cizur Menor: Aranzadi.
- LANDO, O., y BEALE, H. G., (eds.), (2000). *Principles of European Contract Law*, La Haya: Kluwer Law International.
- MACANÁS, G. (2014). La facultad de desistimiento en los contratos de servicios, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2015). El contrato de mediación», Madrid: Wolters-Kluwer.
- (2016). Capítulo VIII. Título VIII (Díaz Martínez, A.D., y Vaquero Pinto, M.J., coords). Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.
- MENDOZA LOSANA, A. I. (2013). Contratos de suministro de gas y electricidad, *Tratado de la compraventa*, (dir. Carrasco Perera), Cizur Menor: Aranzadi.
- (2014). Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios, *CESCO*, núm. 3, Universidad de Castilla-La Mancha. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/05/CONTROL-DE-CONDICIONES-GENERALES-DE-LA-CONTRATACI%C3%93N-EN-SECTORES-REGULADOS.pdf>
- (2016). ¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro, *CESCO*, noviembre

- de 2016, Universidad de Castilla-La Mancha. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2016/12/Los-comercializadores-de-energia-electrica-deben-indemnizar-los-danos.pdf>
- (2016). Los comercializadores de energía eléctrica responden frente a los consumidores de la mala calidad del suministro, *Análisis GA&P*, noviembre de 2016. <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/los-comercializadores-de-energia-electrica-responden-frente-a-los-consumidores-de-la-mala-calidad-del-suministro.pdf>
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., (2011), «Artículo 82», *Comentarios a las normas de protección de los consumidores*, (dir. Cámara Lapuente), Madrid: Colex.
- NEBREDA PÉREZ, J. M. (1999). *Distribución eléctrica*, Madrid: Civitas.
- (2008). Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 63, Madrid: La Ley.
- PARRA LUCÁN, M. A., (2011), *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á., (1996). El contrato de energía eléctrica, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núms. 10-11, Madrid: UNED.
- SOLÉ FELIU, J. (2015). Daños causados por alteraciones del fluido eléctrico y responsabilidad por productos defectuosos (arts. 128 a 146 TRLGDCU): la electricidad como producto defectuoso y la delimitación de los sujetos responsables, *CESCO*, núm. 14, Universidad de Castilla-La Mancha. <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/797/659>.
- TORAL LARA, E. (2001). Daños por interrupción del suministro eléctrico, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 90, Madrid: La Ley.
- VAQUERO PINTO, M. J. (2005). *El arrendamiento de servicios*, Granada: Comares.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2016). Las reclamaciones de responsabilidad contractual por fallos en el suministro eléctrico ante las entidades comercializadoras. El criterio de protección del contratante débil en la sentencia de 24 de octubre de 2016, *Diario La Ley* 9375/2016, Madrid: La Ley. Versión digital en <http://diariolaley.laley.es>
- VERDERA SERVER, R., (2011). Artículo 1190 del Código Civil, *Código Civil comentado*, (dir. De Pablo Contreras y Cañizares Laso), V. III, Madrid, Civitas.
- VILLANUEVA LUPIÓN, C. (2009). *Los contratos de servicios*, Madrid: La Ley.
- (2016). Capítulo VII. Título VIII (Díaz Martínez, A.D., y Vaquero Pinto, M.J., coords). Libro Quinto, en *Propuesta de Código Civil. Libros Quinto y Sexto*, APDC coord., Valencia: Tirant lo Blanch.
- VON BAR, C. y CLIVE, E. (eds.) (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Outline edition, Munich: Sellier.

NOTAS

¹ Mediante la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico —consecuencia del mandato establecido por la Directiva 96/92/CE de 19 de diciembre de 1996—, en un proceso que se ha ido desarrollando a lo largo de veinte años, hasta una compleción inalcanzada —y probablemente inalcanzable— en la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

² Además de simplificarse la enumeración presentada, que no pretende agotar funciones ni responsabilidades sino presentar el mapa de sujetos intervenientes, no se ha incluido en la

enumeración al *operador de mercado*, que gestiona el mercado diario de energía y desempeña una sociedad participada tanto por España como por Portugal, en el ámbito del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL). Tampoco al *operador de sistemas* ni al *transportista*, encargados respectivamente de la coordinación general del sistema de producción y transporte y de las redes de transporte, en ambos casos asumido tal papel en la actualidad por Red Eléctrica de España, ampliamente regulada y con un 20% de su capital social participado por el Estado (SEPI).

³ Se trata, de forma muy simplificada, de un mercado diario, organizado, de la electricidad. En él, los productores ofrecen la electricidad generada para cada uno de los períodos (horas) del día siguiente, en forma de subasta (aunque se complementa también con un mercado intradiario, menor que el anterior, para corregir los defectos de previsión). En la subasta, explicándolo con más alegoría que exactitud, la oferta de energía es creciente, empezando desde 0€ /MWh. Puede parecer extraño empezar en cero, pero hay dos motivos que lo justifican: de una parte, como se verá, el sistema general de la subasta corrige este punto de partida. De otra parte, puede pensarse que, por ejemplo, para una central nuclear sería más costoso «apagar» el sistema, y producir 0 MWh, que estar funcionando, por ello empezaría costando 0. Conforme más energía produjese, más costoso sería —incluyendo además el combustible usado, así como el resto de recursos empleados—, de forma que el precio iría creciendo (en realidad se agregarían todas las fuentes, no solo la nuclear añadiendo costes de cada una con sus peculiaridades). En cuanto a la demanda, empezaría al máximo, pues el primer MW producido, si solo existiese ese único MW, sería disputado y querido por todos. Sin embargo, conforme se oferte mayor cantidad de energía, menos valor tendría, puesto que puede o no necesitarse (colocarse); hasta que el comprador piense que la energía adquirida a partir de un punto será excedente, y por tanto no pagaría nada por ella. Pues bien, el punto en el que se cruce la oferta creciente y la demanda decreciente determinará el llamado precio base de casación, que determinará el precio total para toda la energía vendida para ese periodo (por lo tanto, no era tan relevante empezar en cero, puesto que el precio final será común, al margen de por cuánto comenzaran). Existen, claro, otras muchas variables, tanto relativas a las formas de producir la energía (renovables, nuclear, fósiles, etc.); como propias de un sistema mucho más complejo—y que también incluye otros elementos y peajes externos a la subasta, que influyen también en la determinación del equilibrio final de mercado—.

⁴ Habida cuenta la necesidad vital de la energía eléctrica para la vida actual, el ámbito de protección es muy amplio. De conformidad con el artículo 5.3 del Real Decreto 216/2014, tal tutela se extiende a los «titulares de los puntos de suministro efectuados a tensiones no superiores a 1 kV y con potencia contratada menor o igual a 10 kW», entre los que cabría englobar, potencialmente, a la mayoría de consumidores —en sentido propio—.

⁵ Sí podrían existir contratos forzados de forma excepcional, como ocurre en la previsión del artículo 47 de la Ley 24/2013, según el cual, frente al incumplimiento de la comercializadora de determinados deberes, el Ministerio podrá imponer el traspaso de los clientes de tal comercializadora a otra de referencia, fijándose en tal acto además las condiciones de suministro de dichos clientes.

⁶ En este sentido, «(...) los llamados contratos normados son efectivamente contratos. El fenómeno grave se produce cuando las relaciones jurídico privadas no se constituyen voluntariamente, cuando aparece la constitución forzosa, el contrato forzoso; cuando, con independencia de quién sea el que determine el contenido de la relación, el hecho es que ésta no nace de un acto de las partes», DÍEZ-PICAZO, L. (1956), Los llamados contratos forzados, *ADC*, 1, Madrid: BOE, 90.

⁷ Así, por ejemplo, frente al deber de suscripción forzosa de seguro de responsabilidad civil para conductores de vehículos a motor como ejemplo de contrato forzoso en su forma de constitución, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 del RDL 8/2004, pese a existir un deber inexistente en el ámbito eléctrico, acaso se trate de una constitución más libre, pues el contratante podría elegir legítimamente no conducir vehículo a motor alguno con mucha mayor facilidad de la que podría optarse por vivir sin electricidad (en cuanto a los parámetros

razonables de una vida digna y adecuada, coincidentes asimismo con la consideración social de tal fuente de energía frente a la utilidad más limitada del motor).

⁸ Exponiendo las distintas posiciones respecto al llamado *contrato forzoso*, DÍEZ-PI-CAZO, si bien parece preferir la formulación teórica conforme a la que parece «disonante admitir la existencia de contratos dictados o impuestos», finalmente concluye que «existen en el mundo del Derecho privado nuevas formas de tráfico, nuevos actos de constitución forzosa de relaciones jurídicas, de los cuales nace una relación idéntica esencialmente a la que pueda originar un contrato. Varía solamente la fuente de producción: acto de creación voluntaria o acto de creación forzosa. La relación jurídica que de ellos mana y es consecuencia —la compraventa, arrendamiento, etc.— es en esencia la misma», (1956) *Los llamados contratos forzados*, *op cit.*, 101. Sin embargo, proyectar tal entendimiento sobre otros supuestos distintos de los propuestos por el autor podría resultar en una suerte de petición de principio, pues se asume una identidad que bien puede ser consecuencia —y no premisa— de la conclusión. De otro modo: si se concluyera que las relaciones jurídicas confrontadas no fuesen idénticas —salvo en su eventual resultado, que puede ser común además a distintas categorías jurídicas en general y contractuales en particular—, no se podría afirmar que se trata en ambos casos de un contrato. A salvo de supuestos específicos en los que la vertiente normada del contrato se integre de forma accesoria en el contrato, sin perjuicio de la voluntad y naturaleza de la relación negocial, no pocas de las bases comunes a obligaciones y contratos podrían verse afectadas por la constitución forzosa de la relación al margen de cualquier consentimiento originario —aunque fuera normado o hasta unilateral—. Sin ánimo de exhaustividad, poco sentido tendrían los vicios de la voluntad, o los defectos de forma negocial una vez generado legalmente el vínculo; tampoco parece que pudiese tener cabida ni la buena fe precontractual, ni que esta persistiera de forma ordinaria durante el contrato; no podrían utilizarse los criterios fundamentales de interpretación contractual; y hasta límites como el fraude de ley o el abuso de derecho serían seguramente inapto para relaciones impuestas normativamente. Incluso, en cuanto a los remedios del incumplimiento, parece que, si se quisiese asumir un contrato forzoso sobre las partes, debería privarse a las mismas de poder deshacerse del mismo mediante la resolución de un incumplimiento que siempre podrían provocar, trasunto de un mutuo disenso imposibilitado asimismo por lo forzoso del contrato. Se trata, en fin, de que la regulación contractual presupone una estructura consensual y sinalgámática que, de no existir, en algunos casos dificultará la equiparación de un deber legal con la obligación derivada de un contrato.

⁹ No en vano, en cuanto a la retribución mensual que el cliente final paga, incluye no solo la retribución pactada —que supone la menor parte de la factura— sino otros muchos conceptos, la mayoría regulados, que pueden suponer intereses directos del poder público en la relación contractual. Así, por ejemplo, en el peaje de acceso a terceros a la red (ACR), cuya repercusión puede suponer más de la mitad del precio final de cada cliente, se incluye además de los servicios y transporte de distribución de la energía —costes estructurales que si bien son individualmente necesarios incluyen sobrecostes generales derivados de las zonas geográficas económicamente menos rentables—, también otros conceptos como primas a las energías renovables, pago del déficit de tarifa, o compensación de los costes insulares, entre otros. Es decir, y de forma muy simplificada, además del coste contractual, también se paga en la misma relación el *coste social* del mercado eléctrico y, en ese ámbito, no es comercializador el empresario ni la contraparte.

¹⁰ A tal respecto explica GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que tal artículo 81.3 «Se refiere, por tanto, a toda relación por virtud de la cual la Administración, las empresas públicas o concesionarios de servicios públicos transmiten bienes o servicios a los particulares en régimen jurídico privado, en consonancia, por lo demás, con el artículo 4 TRLGDCU, que incluye en la definición de *empresario* a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública», (2015), Artículo 81, *Comentario del TRLGDCU*, 2.^a ed, Cizur Menor: Aranzadi, 1101. También, en cuanto el efecto tratado de la norma, CARRASCO PERERA, A. «cuando las Administraciones públicas competentes —que solo podrían ser las estatales, en buen Derecho— aprueben modelos de cláusulas tipo en contratos de prestadores de bienes o servicios

esenciales con consumidores (por ejemplo, en servicios de telecomunicaciones), estas cláusulas podrán ser combatidas en vía civil ordinariamente, sin tener que pasar previamente por una especie de recurso directo o indirecto contra reglamentos administrativos y sin que se absorba la competencia judicial correspondiente por la jurisdicción contencioso-administrativa», Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios. Ámbito de aplicación y alcance de la refundición, AC 2008/I, 2224; donde «telecomunicaciones» puede ser un servicio análogo al referido al sector eléctrico tratado. Acaso esta posibilidad podría parecer descartada, de conformidad con la previsión general del artículo 1 de la Directiva 93/2013, a tenor de la STJUE de 23 de octubre de 2014, asuntos acumulados C-359/11 y C-400/11 (Sala Cuarta), en cuanto a la protección de los consumidores en el mercado interior de gas y electricidad, entendió que «(51) Pues bien, con arreglo al artículo 1 de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de dicha Directiva (52). Dado que, en el presente asunto, el contenido de los contratos objeto de los litigios principales está determinado por las disposiciones reglamentarias alemanas de carácter imperativo, la Directiva 93/13 no es de aplicación»; pero nada impide que el ámbito de protección del artículo 80 de la Ley española tiene un mayor ámbito de aplicación, más tuitivo, que el artículo 1 de la Directiva.

¹¹ En este sentido, «casi cualquier reglamento que viniese a regular tal materia [contractual] vendría a ocupar un espacio ya ocupado por una regulación con rango de ley —o con su interpretación, que parte igualmente de la misma—, con que acabaría colisionando con esta si no tiene un llamamiento [legal] para un desarrollo expreso», MACANÁS, G. (2016), Las fuentes del Derecho, *Lecciones de Derecho civil*, Murcia: DM, 63. VERDERA SERVER, R., reconoce con acierto la posibilidad de que el reglamento sea fuente de obligaciones (o determine los hechos de los nazcan las obligaciones), (2011) «Artículo 1190 del Código Civil», *Código Civil comentado*, V. III, Madrid: Civitas, 41; lo que no empece a la necesidad de habilitación legal para desarrollar administrativamente el ámbito contractual de que se trate —y, aun así, podrían persistir problemas interpretativos si tal reglamento contraviniere otra ley—. En cuanto a la posibilidad de desarrollo autónomo, *praeter legem*, del reglamento, niega tal posibilidad GARRORENA MORALES, A., (1980) *El lugar de la ley en la Constitución española*, Madrid: CEPC, 91 y sigs.

¹² A tal ámbito parece referir, principalmente, la libertad de ejercicio de la actividad de la comercializadora ESTOA PÉREZ, A., «La comercialización no es una actividad regulada, a diferencia de la distribución. Ello significa que la retribución de los comercializadores no se fija administrativamente, sino que resulta del libre ejercicio de su actividad», en La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, (2014) *RVAP*, núm. 98, Instituto Vasco de Administración Pública, 144. Insiste en esa idea el mismo autor (para el *suministro de referencia*) al dar a entender que cabría imponer un modelo tipo de contrato de suministro: «(...) se considera necesario aprobar un modelo de contrato que regule las relaciones entre el comercializador de referencia y los consumidores (...).».

¹³ Más aún: incluso en la propia determinación del precio, el artículo 46.1.g de la Ley 24/2013 impone «(...) realizar las facturaciones a sus consumidores de acuerdo a las condiciones de los contratos que hubiera formalizado en los términos que se establezcan en las disposiciones reglamentarias de desarrollo de esta ley (...).».

¹⁴ Así lo entiende CABELLO LÓPEZ, M., «La posibilidad, al menos teórica, que tienen las partes contratantes de configurar libremente el contrato, caracteriza al suministro de energía eléctrica que hemos denominado «sin tarifa prefijada». Siendo así, resulta obvio que todas aquellas cuestiones que pudieran plantearse a lo largo del desarrollo del suministro, podrían haber sido previstas de antemano por los firmantes del contrato», Las irregularidades en la ejecución del contrato de suministro de energía eléctrica, (2010), *Diario La Ley*, núm. 7320, Madrid: Wolters Kluwer, 11.

¹⁵ Acerca de la continuidad del suministro como contenido del contrato, por ejemplo, señala igualmente CABELLO LÓPEZ, M., que «(...) a salvo de las excepciones previstas (...) habrá que acudir al contrato para averiguar en qué casos es posible suspender el su-

ministro de electricidad», (2010), *op cit.*, 11. O, lo que es lo mismo, el artículo 50, en sus apartados 1 y 2, establecería de este modo contenidos imperativos que no pueden desplazarse contractualmente, incluso en beneficio del suministrador: así ocurriría con la posibilidad de suspender el suministro en los supuestos legalmente establecidos aun cuando, siguiendo este razonamiento, se hubiera negado tal facultad en el contrato—.

¹⁶ Recoge VERDERA SERVER, R., la interpretación tradicional del precepto: «Los criterios que consagra el Código Civil son dos: que no cabe acudir al mecanismo presuntivo para entender que ha surgido esa obligación de origen legal; y que la previsión legal debe tener carácter expreso, lo cual afecta a la interpretación de esas previsiones legales», (2011), «Artículo 1190 del Código Civil», *op cit.*, 41; si bien luego discute tal consenso tradicional, entendiendo que más bien que lo que el artículo «pretende es evitar que el intérprete se subrogue en el lugar del legislador, pero sin que ello impida o condicione cómo debe llevarse a cabo la interpretación de las normas».

¹⁷ Al respecto de la norma, específicamente en cuanto a los contratos forzados, entiende DÍEZ-PICAZO que «Su sentido no ofrece duda, no cabe la analogía, ni la interpretación extensiva. Solamente cuando se haya “establecido expresamente” puede existir un acto de imposición. Lo cual lleva a concluir: que la constitución forzosa tiene, en nuestro Derecho, carácter excepcional; que solo puede admitirse en los casos expresamente señalados por la ley; que, consiguientemente, no puede practicarse sobre ella una interpretación extensiva, sino que, por el contrario, debe ser tratada con un riguroso criterio restrictivo», (1956), Los llamados contratos forzados, *op cit.*, 116-117; si bien lo proyecta fundamentalmente en cuanto a la constitución de la relación obligatoria (lo que serviría de forma plena para los deberes impuestos al distribuidor frene al destinatario final), y no siempre para disposiciones normativas complementarias, accesorias, o basales de contratos voluntariamente establecidos.

¹⁸ Advierte CARRASCO, con abundante referencia jurisprudencial, que «No es preciso que la validez del acto o contrato sea impuesta por la norma infringida, sino que deberá reputarse por vía de interpretación como la solución más adecuada (...) El resultado de esta doctrina ha sido, en la práctica, el de descalificar la relevancia civil de todo el Derecho sectorial de naturaleza administrativa, y admitir solo en contadas ocasiones que su infracción ha de ser relevante en la invalidez del contrato», (2010) *Derecho de Contratos*, Cizur Menor: Aranzadi, 727.

¹⁹ Así lo interpreta también, respecto a la misma sentencia, MENDOZA LOSANA, A. I., «(...) El Alto Tribunal declara que la normativa liberalizadora del sector eléctrico no tiene como propósito regular las relaciones privadas derivadas del suministro», (2016), 12; o VÁZQUEZ DE CASTRO, «la aplicación de legislación sectorial se ha descartado por no responder a la finalidad de regular las relaciones contractuales o de responsabilidad (...), (2016), 14.

²⁰ Así la SAP de Madrid 149/2010, de 30 de marzo [*JUR* 2010, 205155], parte de «(...) los Tribunales que consideran que la interrupción del suministro de energía eléctrica constituye un incumplimiento contractual» y, frente a la pretensión de aplicar las normas sectoriales como delimitadoras de la prestación comprometida, entiende que «se evidencia que dicha normativa no altera los principios generales de la responsabilidad contractual o extracontractual del Código Civil, que pueden exigirse a dichas entidades en cualquiera de dichas vías», si bien es cierto que dicha conclusión viene reconocida incluso por la propia norma del sector, menciona tal reconocimiento normativo la sentencia como argumento *a fortiori*, asumiendo que sería igualmente así.

²¹ Fundamentaron la existencia de un contrato (entre cliente y distribuidor) en un mandato que entienden contiene los artículos 105 del Real Decreto 1955/2000 y 3 del Real Decreto 1435/2002, la SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre [*JUR* 2017, 5069]; SAP de Valencia 327/2011, de 8 de junio [*JUR* 2011, 326405]; o SSAP de Vizcaya 72/2014 de 31 de marzo [*JUR* 2014, 184245].

²² Por el contrario, entiende NEBREDA PÉREZ, J., que «resulta patente que el conjunto obligacional derivado del contrato de suministro eléctrico, sea a tarifa integral o sea el referido

al de uso de red necesario para el suministro a precio libre, es de naturaleza mixta: *jurídico-privada* en lo que se refiere a las prestaciones interpartes y jurídico-administrativas en lo referente al conjunto obligacional sustantivo, a las obligaciones materiales regulatoriamente establecidas (...) *contrato normado* en el que prácticamente todo el conjunto obligacional viene predeterminado por la normativa administrativa, legal o reglamentaria (...), (2008), *Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa*, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 63, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 4.

²³ Apunta esta posible dualidad TORAL LARA, E., si bien parece concretar que, una vez vinculado contractualmente con la «eléctrica», toda responsabilidad sería contractual, (2001), «Daños por interrupción del suministro eléctrico», en *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 90, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2 y 3.

²⁴ Parece entender, en cambio, generalmente concurrentes las responsabilidades contractuales y administrativas, al menos en los supuestos contractuales más intervenidos, NEBREDA PÉREZ, J., «En gran parte de los supuestos, el incumplimiento contractual devendrá en infracción reglamentaria y viceversa, apareciendo ambas responsabilidades frente al mismo agente, el operador del servicio de que se trate», en (2008), *Contratación del suministro eléctrico...*, *op. cit.*, 4.

²⁵ En un sentido aproximado, en cuanto a este extremo, para VÁZQUEZ DE CASTRO, E., «(...) la función normativa de esta Ley no permite deducir consecuencias del régimen jurídico aplicable a las relaciones entre suministrado y suministrador», (2016), *Las reclamaciones de responsabilidad contractual por fallos en el suministro eléctrico ante las entidades comercializadoras*. El criterio de protección del contratante débil en la Sentencia de 24 de octubre de 2016, *La Ley*, núm. 9375, Madrid: Wolters Kluwer, 3.

²⁶ Especialmente relevante podría ser esta base —no tanto del negocio como de la situación jurídica preexistente— en el ámbito de las relaciones de consumo, por cuanto podría funcionar como base de referencia que determinara un criterio posible de abusividad *ex artículo 82 TRLGDCU*, en el sentido —no absoluto— de «marco normativo de referencia» al que se refiere GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., como «el carácter ejemplar de la norma dispositiva que, junto a las demás fuentes de integración del contrato, proporciona el trasfondo con el que ha de medirse la cláusula no negociada», (2015), *Artículo 82, Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, 1114.

²⁷ En lo referido a los servicios, pues aunque suministro sea la categoría atípica, no es la carente de regulación. El suministro supone una suerte de compraventa con especialidades, bajo un concepto contractual centenario (ya definía, poco después de terminado de codificar el derecho privado, BENITO Y ENDARA como «una operación de compraventa de cosas muebles, en la que una de las partes se obliga a entregar a la otra, con intervalos de tiempo convenientes, una determinada cantidad de ellas mediante un precio que puede fijarse con relación a la totalidad de la entrega o con relación a determinadas unidades», en (1904), *Derecho Mercantil Español*, Madrid, 581. En cambio, el contrato de servicios es una categoría mucho más nueva, referida en general a cuantas obligaciones consistan en prestaciones de hacer, renacida ahora doctrinalmente tras el duelo que supuso la escisión del derecho laboral, pero aún huérfana de un mínimo desarrollo legislativo que le permita desarrollar adecuadamente su función. Al respecto *vid.* VAQUERO PINTO, M. J., (2005), *El arrendamiento de servicios*, Granada: Comares; o VILLANUEVA LUPIÓN, C., (2009), *Los contratos de servicios*, Madrid: La Ley; entre otros.

²⁸ En contra, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: «Por tanto, la electricidad no es “cosa”, sino un “estado” especial de condensación de una onda energética que entraña movimiento o vibración de onda energética en los electrones de un hilo conductor, sin que quepa, por ser de consumo inmediato, ser aislada y recogida para su almacenamiento. Cuando se suministra corriente eléctrica lo que en realidad se está proporcionando es una capacidad de realizar trabajo», (1996), *El contrato de suministro...*, *op. cit.*, 171.

²⁹ No se trata necesariamente de servicios directos, en los que se persigue el efecto concreto del trabajo realizado por el prestador, sino de la continua puesta a disposición de

unos efectos más difusos, indirectos de la acción contemporánea del prestador. Así, de forma análoga —también en cuanto a la consideración de objetos refractarios a la consideración clásica de las «cosas»—, la PCC, que «entiende por servicios de comunicaciones electrónicas las prestaciones consistentes total o principalmente en la *transmisión de señales mediante las redes de comunicación electrónica*, con independencia de los contenidos transmitidos o de las actividades que consistan en el control editorial sobre los mismos», artículo 587-1.2, como parte del Título VIII, «De los contratos de servicios». Siendo diferentes las prestaciones, no parece tan distinta la conceptualización y categorización de las mismas. Se refuerza la analogía además al referirse a la obligación principal del prestador en el artículo 587-9.1 como «proporcionar el acceso a la red pública de comunicaciones para la transmisión de señales, conforme a las características de la prestación de los servicios contratados, en las condiciones de continuidad, regularidad, velocidad, volumen y seguridad previstas en el contrato (...».

³⁰ No fue Ennecerus el primero en plantear la cuestión, pero sí es especialmente significativo el cambio de criterio sostenido en su tratado a lo largo de los años. Se afirmaba primero, terminante y claro, que «el contrato que versa solamente sobre el suministro de energía eléctrica no es contrato de obra porque no se promete un resultado, ni de servicios porque no se promete una prestación de trabajo, ni de arrendamiento porque no se concede el uso de una cosa y porque lo que realmente se suministra es consumido, ni compraventa porque la electricidad no es una cosa. El contrato no encaja en ninguno de los tipos regulados por el Código Civil, pero habrá de tratarse principalmente por analogía de la compraventa», (1935 —1933 original en Alemania—), *Tratado de Derecho civil*, t. II. v. II, Barcelona: Bosch, 274. Sin embargo, un cuarto de siglo más tarde, en la edición revisada por LEHMANN, H., no se plantea la cuestión con la misma asertividad sino que, al contrario, se plantea que «Muy discutida es en cambio la naturaleza jurídica del contrato sobre suministro de energía eléctrica (...). Y, aunque el texto se muestra dubitativo, calificando en principio el contrato como de obra, tal y como él describe la prestación típica, se corrige luego a sí mismo, pero no por un motivo especialmente técnico, sino porque «según la concepción natural, el objeto del contrato parece ser el producto del trabajo, la energía a suministrar, que el tráfico considera como una mercancía. Esto no implica la inmediata aplicación de las reglas de la compraventa, ya que la energía eléctrica no es una cosa, pero sí abona su uso por analogía (...) Contrato de servicios no puede serlo, ya que no se promete una prestación de trabajo como tal; arrendamiento tampoco, ya que no se procura el uso». En (1966 —1958) original en Alemania—), *Tratado de Derecho civil*, t. II, 2.^º, vol. 1, Barcelona: Bosch, 510. Todo ello, además, limitado por un concepto de «cosa mueble» que, bajo el criterio residual omnicomprensivo del Derecho español, no sería aquí aplicable.

³¹ Ya en 1934, DE FUENTES, E., concluía que «El suministro de energía eléctrica es locación de servicios. En este contrato concurre, según queda indicado, el elemento esencial propio de la locación: la prestación de un servicio o trabajo técnico como objeto del contrato», (1934), *Naturaleza físico-jurídica de la electricidad II*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año X, núm. 120, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 925 (con la primera parte del artículo en el número anterior de la misma revista, el mismo año). En su contra, defendió GAZTAÑAGA E IBARRA, J. M., que «podemos calificar a este contrato como compraventa genérica sucesiva a la que hemos dado en denominar contrato de suministro (...) un empresario produce una determinada cantidad de energía; un consumidor adquiere el derecho de dominio sobre parte de dicha cantidad de energía; una entrega o tradición continuada o sucesiva de cosa mueble; un precio a satisfacer por la misma», 103, si bien reconoce también que «(...) participará también del de arrendamiento de servicios en lo que hace referencia a la prestación de los trabajos y servicios necesarios para el cumplimiento de la primera obligación de realización y mantenimiento de un servicio permanente de producción y distribución de energía para utilidad del contratante (...»), 108, (1947), *El contrato de suministro de energía eléctrica*, Madrid.

³² Frente a la inclusión del suministro bajo el tipo de la compraventa, que niega, concluye SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Á. (1996) que «el suministro de energía eléctrica encaja en esta categoría de locación de servicios (...) A disposición del locatario no se pone una cosa, sino

el aprovechamiento del efecto de la energía eléctrica», en *El contrato de energía eléctrica, Boletín de la Facultad de Derecho, UNED*, núms. 10-11, 181. También NEBREDA PÉREZ, J. M., expresa que «Si bien la energía eléctrica ha sido declarada producto, lo que puede ser discutible, sin duda es aceptable hablar de “servicio” eléctrico cuando nos referimos al conjunto de actividades necesarias para la satisfactoria prestación del suministro eléctrico», (1999), *Distribución eléctrica*, Madrid: Civitas, 503-504.

³³ No se trata de que la doctrina de hace más de cien años careciera de tino y precisión en este ámbito, pues ya planteaba todos los problemas señalados en 1913 CARNELUTTI, tanto la calificación contractual de la prestación «(...) al dare si accoppia il fare (...) avremo locazione d'opera nel primo caso, e vendita nel secondo» 355, 368; como el plantamiento de la discusión conceptual de que se trate de una «cosa» en sentido estricto, señalando las conclusiones —que no comparte— de quienes entendían que «L'elettricità è una forza, dunque non è una cosa. Oppure l'elettricità è uno *stato*; e lo stato non è la cosa» 356; así como la adecuada respuesta que excluye la necesidad de una premisa físico, científica, como determinante de las categorías jurídicas «A un giurista invece, preme questo solo; non ciò che l'acqua sia, ma *como sia oggetto del godimento degli uomini*; l'indagine giuridica riguarda sempre non la natura della cosa in sé, ma il suo comportamento di fronte all'uomo, como base di relazioni fra gli uomini» 358-359, en «*Studi sulle energie come oggetto di rapporti giuridici*», en *Rivista del Diritto commerciale*. Con todo, y sin merma del plantamiento o conclusiones del autor, es razonable pensar que la mayoría de operadores jurídicos, por debajo de la alta doctrina, acaso mantuviesen —como se mantiene de hecho en la actualidad— una idea mucho más directa de la electricidad como si de un *fluído* se tratase (término que incluye gases y líquidos, pero ajeno a cualquiera de los aspectos de lo eléctrico). No en vano el propio CARNELUTTI acaba argumentando también sobre conclusiones del ámbito penal, cuya concepción material del «fluído eléctrico» difieran de la argumentación razonable de «cosificar» todo objeto de utilidad jurídico-económica.

³⁴ De forma análoga, tratando el concepto de «suministro de contenidos digitales», explica CÁMARA LAPUENTE, S., que «El artículo 2.10 PDCDig. define el «suministro» como el hecho de «facilitar el acceso» o «poner a disposición» los contenidos digitales. De esta forma, la propuesta de Directiva crea una categoría contractual genérica para evitar entrar en distinciones sobre tipos contractuales distintos en función de si el contenido digital se «entrega» (descarga, transmisión en soporte material), se «pone a disposición» (con o sin autonomía *off-line* del usuario) o se «facilita el acceso»; de acuerdo con las categorías contractuales al uso en los Estados miembros, en función de la forma de procurar la prestación, el contrato podría ser calificado fundamentalmente como compraventa, como servicio o como arrendamiento (...)», (2016), «*El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015*», *Indret*, núm. 3, Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.

³⁵ Así parece haberlo asumido, de forma más o menos expresa, la STS 624/2016, de 24 de octubre [RJ 2016, 4970]. También las SAP de Lugo 382/2015 [JUR 2015, 289376]; la SAP de Barcelona 287/2013 de 27 de junio [JUR 2013, 338515]; o la SAP de Madrid 126/2012 de 8 de marzo [JUR 2012, 128545]; entre otras muchas.

³⁶ La Ley 24/2013 define precisamente a *los comercializadores*, en su artículo 6.f, como «(...) aquellas sociedades (...) que, accediendo a las redes de transporte o distribución, adquieren energía para su *venta* (...); define el mercado de producción de energía eléctrica, en el artículo 8.1 como «(...) el integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica»; y en otras tantas disposiciones —hasta utilizar el término «venta» en treinta ocasiones a lo largo del articulado de la Ley—. Más específico aún puede resultar que intente establecer el momento en el que se produce «la transmisión de la propiedad de la energía» en su artículo 8.4, como si se tratase de la consumación de una compraventa. Sin embargo, acaso la Ley no se preocupe tanto por plantearse —ni resolver— cuestiones de calificación contractual como de señalar la distribución de riesgos asumidos por las partes, así como una referencia

objetiva para el cumplimiento. No en vano, por mucho que la Ley diga y aun aceptando considerar la disponibilidad eléctrica como cosa mueble, la *propiedad* —y transmisión— de la misma, dada la propia naturaleza del objeto tratado, y su instantánea consunción, supone una cuestión aparte.

³⁷ La misma Ley 24/2013 utiliza el término «consumidor» en más de cien ocasiones, sin que en casi ningún caso se pueda identificar con el concepto general asumido de «consumidor» en el ámbito del TRLGDCU. Peor aún: en ocasiones se mezcla en el mismo artículo el doble uso del mismo término. Así, el artículo 6 de la Ley 24/2013 incluye referencias tanto a «consumidores y usuarios» (en el sentido general) como a «consumidores» (como destinatarios de la energía eléctrica) y «consumidores directos en mercado», como una cualificación de los anteriores.

³⁸ No en vano la Directiva 85/374/CEE estableció de forma específica que se entendiese a la electricidad como producto —asumiendo que de otra forma podría no comprenderse como tal—. Del mismo modo el artículo 136 del TRLGDCU dispone que «A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad», de donde cabría inferir que no hay certeza —de ahí la necesidad de especificarlo— que el gas o la electricidad sean bienes muebles. En todo caso, y anticipando la posible calificación con elementos de distintos contratos, no siempre tienen por qué ser productos y servicios categorías antitéticas (así entiende DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., que «la frontera entre “productos” y “servicios” no es siempre nítida», si bien parece preferir distinguir entre hipótesis con las que poder distribuir el defecto al producto o bien al servicio, en *¿Puede ser la electricidad «producto defectuoso?*, (2006), *Práctica de daños*, núm. 44, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 3). La distinción, actual, *ex lege*, supone una opción legislativa, no una calificación deducida, y no empece a otras consideraciones del suministro como servicio sino a los únicos efectos de aplicar el régimen específico que se prevé para productos defectuosos.

³⁹ Entendiendo en muchos casos —con criterios que responden, empero, a fundamentos y fines diferentes a la calificación del contrato entre comercializador y cliente— que se trataba de la prestación de un servicio. Así la —escueta— SAP de Tarragona de 30 de abril de 2002. *JUR* 2002, 185670 establecía, sin demasiada justificación, que «en el presente caso no nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad civil por producto defectuoso, sino por prestación del servicio, concretamente del suministro de energía eléctrica». También lo califica como servicio la SAP de Cantabria 151/2000 de 31 de marzo. *AC* 2000, 4090; o la SAP de Lérida 16/2000 de 21 de enero. *AC* 2000, 8 (que, si bien lo trata en ocasiones como bien o servicio de forma indistinta, acaba calificándolo como servicio —a efectos del art. 28 de la Ley 26/1984—).

⁴⁰ Al respecto, MACANÁS, G. (2014), La facultad de desistimiento en los contratos de servicios, *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, Cizur Menor: Aranzadi, 229-232. Distintos a la denuncia serán los supuestos en los que, antes de la prórroga contractual, o en ocasiones como fruto de una modificación de las condiciones legítima —si fuera tal el caso—, pudiera decidirse la no renovación o el mutuo disenso del contrato (al respecto STJUE, de 21 de marzo de 2013, asunto c-91-11, comentada por MENDOZA LOSANA, A. I. (2014), «Control de condiciones generales de la contratación en sectores regulados. En particular, la cláusula que permite la modificación unilateral de los precios», *CESCO*, núm. 3, Universidad Castilla-La Mancha).

⁴¹ Sobre ello, en profundidad, MACANÁS, G. (2014), La facultad de desistimiento..., *op. cit.*, 213-287. Ciento que debería el cliente indemnizar la utilidad que el comercializador habría de perder con la terminación anticipada pero, atendiendo al deber del comercializador de mitigar el daño, conjugado con las especiales formas de adquisición mayorista de la energía, y la amplitud casi universal del mercado, dichas pérdidas apenas serían testimonio de eventuales costes de transacción que, bajo el tráfico en masa, tenderían a desaparecer (a salvo de eventuales actuaciones que en su caso hubiera que practicar sobre la red pública o privada en atención al desistimiento ejercido).

⁴² En coherencia con tal presupuesto, la indicación reglamentaria del artículo 110 *ter*, C, Real Decreto 2000, 1955, prevé al respecto que «En contratos suscritos en el mercado libre se incluirá además, sin perjuicio de lo establecido en la normativa general sobre contratación, lo siguiente: 1.º Las posibles, penalizaciones en caso de rescisión anticipada del contrato de duración determinada por voluntad del consumidor (...), lo que no puede entenderse como una facultad sancionatoria normativamente reconocida al prestador del suministro, sino el deber reglamentariamente reforzado de explicitar las penas que en su caso se pacten —o se incluyan en las condiciones no negociadas—; reconociendo indirectamente como premisa la desestabilidad del cliente (sin perjuicio de que dichas penas puedan o no ser abusivas —cuando se trate de clientes consumidores—; ni de que en defecto de las mismas siga cabiendo la indemnización prevista por el art. 1594 del Código Civil).

⁴³ De forma parecida, en relación a la Directiva 2011/83/UE, CÁMARA LAPUENTE, S., concluye que, efectivamente, el suministro eléctrico (además del resto de objetos contractuales relacionados vinculados en la misma categoría por la Directiva) supone, entre compraventa y servicios, un *tertium genus*. Y, respecto a tal configuración, impulsada por un *enfoque funcional* (que comparte alguno de los motivos propuestos, pero añade otros, como los relativos a la armonización), entiende que «Aunque esa decisión puede ser sometida a crítica, ciertamente el enfoque funcional soluciona buena parte de los problemas concretos que plantean estos contratos y evita clasificaciones legales que en algún caso podrían producir disfunciones», (2014), La nueva protección del consumidor de contenidos digitales tras la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *CESCO*, núm. 11, Universidad Castilla-La Mancha, 94.

⁴⁴ Aclara NEBREDA PÉREZ, J. M., que «(...) el suministro eléctrico, segunda fase del proceso industrial, se compone de dos elementos, red eléctrica y *producto* electricidad (...) la calidad del suministro eléctrico no está en el producto incorporal, en la electricidad, sino en la red», (2008), Contratación del suministro eléctrico. Calidad y morosidad. Concurrencia de responsabilidad civil y administrativa, *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 63, Madrid: La Ley Grupo Wolters Kluwer, 2.

⁴⁵ Sigue tal criterio VÁZQUEZ DE CASTRO, (2016), «(...) se debe considerar que entran dentro de las obligaciones del vendedor las contempladas en el artículo 1461 y, en este sentido, el vendedor está obligado a la entrega y saneamiento de la cosa objeto de la venta. La obligación recogida en el artículo 1462 para el vendedor resulta desarrollada por el artículo 11.4 de la Ley 54/1997», 8 (siendo tal precepto idéntico al 8.4 de la Ley 24/2013, en vigor).

⁴⁶ Sobre esta distribución de riesgos MENDOZA LOSANA, A. I., «Hay además otra razón que lleva a pensar que el propio legislador sectorial ha querido que fuese el comercializador quien responda ante el consumidor, independientemente de la acción de regreso frente al distribuidor. Así, en caso de interrupción del suministro o deficiencias de calidad (...) aunque el responsable de la interrupción sea el distribuidor, el regulador hace recaer en el comercializador la responsabilidad frente al consumidor porque es él quien mantiene la relación contractual con el comercializador» (2016), ¡No hay excusas! Los comercializadores de energía eléctrica deben indemnizar los daños ocasionados por la mala calidad del suministro, *CESCO*, Universidad Castilla La Mancha, 12; aunque quizás sería posible discutir que la norma distribuya tal responsabilidad contractual —en el artículo 51.5 L 24/2013—; y no se trate de una distribución *ex lege* de costes y riesgos que, en algunos casos —ciertamente mayoritarios—, puede absorber el contrato. Máxime cuando lo hace a través de la invocación a un desarrollo reglamentario (cuyo destinatario incluso podría discutirse en su literalidad —que no en su desarrollo—).

⁴⁷ El incumplimiento causado por actos u omisiones del distribuidor, empero, no puede tratarse de ordinario como un caso fortuito pues supone la propia base prevista y asumida del riesgo negocial para el comercializador. Así lo entiende también la STS 624/2016, de 24 de octubre, [RJ 2016, 4970]: «[no] puede concebirse como caso fortuito exonerador de responsabilidad un suceso que cae dentro de la esfera de control de riesgo a cargo del deudor, y al que es ajeno el cliente o consumidor»; o la SAP de Cantabria 62/2016, de 8 de febrero [JUR 2016, 84550]: «(...) ello es consustancial a la decisión de introducirse en un mercado,

el de comercialización, que contempla como normales esas vicisitudes, puede afirmarse que forma parte del riesgo natural de la comercializadora la contingencia de que, ante el cliente, se produzcan incumplimientos cuya causa proceda de otros previos imputables a la distribuidora». También para MENDOZA LOSANA, A. I., «el incorrecto cumplimiento por parte del distribuidor de las obligaciones que, legal o contractualmente, le incumben podrá justificar la imposición de una sanción administrativa o la exigencia de responsabilidad contractual por el comercializador, pero no actuará como causa de exoneración de responsabilidad del comercializador frente al consumidor», (2013), Contratos de suministro de gas y electricidad, en *Tratado de la compraventa*, Carrasco dir., Cizur Menor: Aranzadi, 778.

⁴⁸ También para CABELLO LÓPEZ, M., aunque lo fundamente principalmente en la reglamentación sectorial, «Ante la falta de continuidad en el suministro (...) nos encontramos en nuestra opinión en presencia de un incumplimiento contractual, ya que estas exigencias obligatorias para la empresa suministradora tienen valor o efecto de cláusula contractual para la contraparte, esto es, para el usuario. En este sentido, si aplicamos analógicamente el artículo 329 CCom, dos serán las posibilidades que tendrá el usuario de electricidad perjudicado frente a la empresa distribuidora [indemnización y rescisión]. En ambos casos, con indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan ocasionado», Las irregularidades..., (2010), *op. cit.*, 7. Explica la autora la referencia al artículo 329 CCom por cuando está «partiendo del carácter netamente mercantil de este contrato» (nota 27). Sin embargo, y al margen de que se trate o no de un negocio mercantil, es difícil compartir la referencia a las normas específicas de compraventa mercantil regulada en el Ccom, que más que referirse a una *compraventa profesional*, tiende a limitarse a supuestos de compra para reventa, lo que parece difícil para el cliente que utiliza —y consume— la energía *comprada* (y antijurídico para el cliente que pretendiera actuar él mismo como comercializador de forma independiente a los requisitos reglados establecidos).

⁴⁹ «La continuidad de la entrega de energía eléctrica, entendida como ausencia de interrupciones, adquiere la cualidad de obligación esencial y tiene su reflejo en la estructura de precios, que incluyen la disponibilidad del suministro», MENDOZA LOSANA, A. I., (2013), Contratos de suministro..., *op. cit.*, 780.

⁵⁰ Suele entenderse que el defecto de calidad viene dado, sobre todo, por supuestos de sobretensión, susceptibles de dañar los aparatos que en ese momento estuviesen utilizando la potencia de la red. Sin embargo, como bien apunta NEBREDA PÉREZ, J. M., «cuando la electricidad adolece de una *bajada de tensión* su transformación en energía terciaria la hará ineficaz para cumplir con su función y la luz será más tenue, los motores se moverán a menor revolución, etc. Con lo que se producirá, realmente, un incumplimiento contractual, pero sin producir daños directos sino perjuicios por la frustración (...)», (2008), Contratación del suministro..., *op. cit.*

⁵¹ Parece entenderlo en cambio NEBREDA PÉREZ, J. M., más bien como un máximo, en cuenta a que «Desde la perspectiva civil (...) si no se franquean los umbrales de calidad establecidos [por la normativa sectorial] aunque existan fallos en el suministro, no se producirá incumplimiento contractual ni, consecuentemente, responsabilidad contractual ni, por tanto, derecho indemnizatorio alguno», (2008), Contratación del suministro..., *op. cit.*, 11-12.

⁵² «En particular, de acuerdo con los artículos 19 y siguientes, y 99 y siguientes Real Decreto 2000, 1955, el consumidor tiene derecho a recibir un suministro continuado de la energía eléctrica, libre de interrupciones. También significa que el producto suministrado debe ser de calidad (...) debe cumplir las condiciones de frecuencia y tensión en régimen permanente, sin que las variaciones de tensión puedan superar los márgenes establecidos por las disposiciones técnicas aplicables (...)», SOLÉ FELIU, E., (2015), *op. cit.* 87.

⁵³ De hecho marginal, apenas defendido de forma directa por las SSAP de Madrid 176/2009, de 3 de abril [*JUR* 2009, 246929]; y 570/2010, 22 de noviembre [*JUR* 2011, 37110]. Indirectamente sí hay alguna sentencia más que podría indicarlo, pero la relación entre comercializador y cliente no es el objeto del pleito, sino la relación entre distribuidor y cliente —y de lo que se trata es de evitar la prescripción extracontractual de un año—. En

este último sentido la SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre [*JUR* 2017, 5069]; SAP de Valencia 327/2011, de 8 de junio [*JUR* 2011, 326405]; o SSAP de Vizcaya 72/2014 de 31 de marzo [*JUR* 2014, 184245].

⁵⁴ Tratando con precisión al fenómeno completo entre *producción* y utilización final de la electricidad (no del negocio jurídico), señala NEBREDA PÉREZ, J. M., que «la electricidad es *potencia*, capacidad de trabajo que se contiene en una gran malla, en una gran red. De esta *red cargada*, de esta *red en tensión*, los usuarios tomarán potencia para transformarla en otros tipos de energías terciarias (calorífica, motriz, lumínica, etc.) y para ello, tendrán que convenir con el productor, mediando habitualmente un intermediario, para que inyecte en la red tanta potencia y durante tanto tiempo cuanta vaya a tomar en el mismo tiempo el usuario (...»), (2008), I Contratación del suministro eléctrico..., *op. cit.*, 2.

⁵⁵ Prestando garantía suficiente para dar cobertura a las obligaciones económicas que se pudieran derivar de su actuación, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.b del Real Decreto 1997, 2019, además de cumplir el resto de exigencias previstas en los artículos 76 y 78 del Real Decreto 2000, 1955 (fundamentalmente: ser persona física o jurídica; que los centros o unidades que constituyan la instalación estén unidos por líneas eléctricas propias; que la energía eléctrica se destine a su propio uso; y comunicar el inicio de la actividad al ente administrativo competente).

⁵⁶ En contra de este planteamiento residual de la mediación, y de casi todo lo expuesto en cuanto a la relación contractual y obligaciones del comercializador, la SAP de Granada 246/2016, de 28 de octubre [*JUR* 2017, 5069], entiende que «De lo expuesto, se desprende que la relación establecida entre el distribuidor de energía eléctrica y el destinatario final es de naturaleza contractual, aunque la contratación se haya efectuado a través de un comercializador, pues este actúa como mandatario o sustituto del consumidor, según la propia dicción legal», haciendo referencia en este último inciso al artículo 3 del Real Decreto 2002, 1435, que luego se comentará.

⁵⁷ El contenido exacto del contrato resulta necesariamente incierto toda vez que, además de contrato atípico parte de una categoría —de servicios— sin regulación. No existe un derecho positivo directo que de certeza al respecto. De la —voluble en este ámbito— doctrina jurisprudencial podría afirmarse un contenido esencial de la prestación del mediador que, en síntesis, además de actuar diligentemente en cuanto a la prestación característica del contrato, mantendrá también deberes de información y secreto; así como la carga de rendir cuentas o el deber de imparcialidad. Ver MACANÁS, G., «El contrato de mediación», (2015), *op cit.*, 299-302. Con todo, y frente la atipicidad absoluta, podría ser de utilidad referirse también a modelos contractuales proyectados como el contenido en la PCC, artículos 588-1 a 588-5.

⁵⁸ Esta prestación podría ser especialmente útil para el cliente en un sector en el que la información no es siempre enteramente comprensible, con una oferta no especialmente diferenciada, y, en fin, con amplias posibilidades de concretar intereses y necesidades específicas para ofertas más específicas —si bien esto último sería posible, únicamente, para determinados destinatarios con un cierto poder de negociación, aun a través del mediador. En cuanto al esencial deber de imparcialidad del mediador, implicaría que la comercializadora no podría estar más vinculada ni actuar en provecho de una de las partes —aunque nada impediría el apoderamiento, bajo instrucciones concretas de una o sendas partes—, ver MACANÁS, G., (2015), El contrato de mediación, Madrid: Wolters-Kluwer, 155-160.

⁵⁹ Entiende MENDOZA LOSANA, A. I., que «(...) aplicando la terminología civil habría que hablar en un caso de representación directa, en la que el comercializador hace constar su condición de representante (art. 3.2 Real Decreto 2002, 1435) y de representación indirecta en el caso de la sustitución (art. 3.3. Real Decreto 2002, 1435), pues el comercializador actúa en su propio nombre con efectos para otro», (2016), Los comercializadores de energía eléctrica responden frente a los consumidores de la mala calidad del suministro, *Análisis GA&P*, Madrid: Gómez Acebo y Pombo, 5. Sin embargo, podría ser discutible que en este último caso se tratara de un supuesto de representación indirecta, ya que tal precepto exige, aun cuando habla de «sustitución», que «el comercializador deberá disponer de poder

suficiente otorgado por el consumidor a favor del comercializador», de donde cabe pensar que el comercializador no actúa realmente en propio nombre. De hecho, el propio 3.3 Real Decreto 1435/2002, explica que la posición del comercializador no será la propia —como si interviniere en el negocio *en su propio nombre*, obligándose él mismo, de conformidad con el artículo 1717 del Código Civil—, sino que, de forma originaria, «la posición del comercializador en el contrato de acceso suscrito será a todos los efectos el del consumidor correspondiente».

⁶⁰ En cambio, ESTOA PÉREZ, A., parece tomar la relación representativa como necesaria para el suministro eléctrico contratado con el comercializador: «El suministro requiere un vínculo contractual no solo con el comercializador, con quien se contrata la venta de energía, sino también con el distribuidor (...) Aunque el consumidor a mercado podría contratar el acceso directamente con el distribuidor, lo habitual es que lo haga a través del comercializador. A estos efectos, la representación del comercializador admite dos fórmulas: como “mandatario” o como “sustituto” (...»), (2014), «La actividad de comercialización en la Ley 24/2013, *op. cit.*, 150. Puede entenderse necesaria la intervención del comercializador, por mandato legal, pero ello no lo convierte en representante necesario.

⁶¹ Explicita el artículo 3.3 del Real Decreto 2002, 1435 esta relación directa entre el consumidor representado y el distribuidor: «En cualquier caso, el distribuidor mantendrá con el consumidor todas las obligaciones relativas al contrato de acceso y en caso de rescisión del contrato entre el comercializador y el consumidor, este será el titular del depósito de garantía, así como de cualquier otro derecho asociado a la instalación, sin que pueda ser exigible, por parte del distribuidor, actualización alguna con motivo de la renovación contractual». Este apartado del artículo puede resultar dudosa utilidad, puesto que una vez que la premisa de representación general de la que la norma administrativa partía fuera rectificada por el TS, ni sirve para supuestos de tal «representación putativa»; ni añade nada en supuestos de representación en sentido propio. Tampoco aporta demasiado, más allá de la completa tautología, la referencia que el precepto añade en cuanto a que de que el comercializador apoderado actuará como «sustituto» del cliente —salvo, quizás, que se piense en una legitimación frente a la administración, más allá del ámbito contractual, como en el ámbito tributario—.

⁶² Así lo entiende también la SAP de Segovia 174/2016, de 7 de marzo [*JUR* 2016, 112591], cuando afirma que «No constando que esta autorización se haya recabado, tampoco consta que el actor hubiese sido informado en momento alguno de que la comercializadora era una mera intermediaria y que ella no sería responsable de la correcta prestación del suministro, aspecto que, chocando frontalmente con la que es la responsabilidad ordinaria de todo vendedor de un producto (en este caso al energía eléctrica), así como dada la posición de dominio que ocupa la eléctrica en la relación contractual, hace que esa falta de transparencia e información en la contratación deba afectarla directamente y por lo tanto que su pretensión no sea admisible»; también la ya citada STS, Sala Tercera, de 29 de junio de 2004 [*RJ* 2004, 6502] «la posibilidad jurídica de que el comercializador asuma la condición de mandatario del cliente final, a los efectos del contrato de acceso a la red, no vulnera, en sí misma, ningún precepto legal (siempre que, lógicamente, ambas partes pacten acogerse a esta posibilidad legal)».

⁶³ «No basta, pues, que quien adquiera bienes o servicios no proceda a su reventa o comercialización ulterior. De ahí que el destino final empresarial o profesional de un bien o servicio no transforme a su adquirente en un consumidor», BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (2015), Artículo 3, *Comentario del Texto Refundido...*, *cit.*, 57.

⁶⁴ Para NEBREDA PÉREZ, J. M., «Lamentablemente, es común en la reciente regulación administrativa reiterarse en la falta de respeto por el concepto jurídico de consumidor en sentido estricto, utilizándose en forma indistinta al *cliente*. No es baladí la cuestión que planteo por cuanto el *consumidor, stricto sensu*, es titular de una singular protección (...) que no pueden reclamar quienes integrarán en actividades profesionales los productos o servicios de los que sean perceptores (...) lo propio es denominar como clientes a los preceptores de los servicios los suministros, advirtiendo que, en unos casos estos clientes tendrán, por la

legislación especial de defensa de los consumidores, una singular cualificación, la de *consumidor stricto sensu*, que les otorgará singular protección», (2008), Contratación del suministro eléctrico..., *op. cit.*, 15-16. También, SOLÉ FELIU, J., «(...) los daños ocasionados en bienes de uso empresarial o profesional están excluidos del ámbito de protección del TRLGDCU», (2015), Daños causados..., *op. cit.*, 100; si bien excluye el ámbito de consumo no por no encajar en el artículo 3 del TRLGDCU, sino en el 129.1, específico para el tema que trata, lo hace dentro de una calificación más amplia del empresario en las relaciones de suministro eléctrico, alejándolo del ámbito tutelar propio del consumidor pues «En la decisión del legislador late la idea de que los daños a bienes de uso empresarial deben quedar sujetos a un régimen que, como el contractual, sea suficientemente flexible para adaptarse a la amplia variedad de situaciones en las que pueden producirse» 104. Asimismo, TORAL LARA, E., parte de la premisa —diferenciadora— de «Si estamos en el caso de consumidores y usuarios, y pretendemos fundamentarla en el TRLGDCU debemos tener en cuenta, en primer lugar, si nos encontramos dentro del ámbito de aplicación de la misma», remitiéndose al artículo 3 de la norma, en (2001), Daños causados..., *op. cit.*, 4.

⁶⁵ VÁZQUEZ DE CASTRO, entiende que «(...) el concepto de consumidor que ofrece la Ley [del Sector Eléctrico] en su artículo 9 va mucho más allá del concepto clásico de consumidor (...) En consecuencia, también las empresas encajan o tienen cabida en este concepto especial de consumidor en el suministro de energía eléctrica», (2016), *op. cit.*, 11. Parte el autor de la circunstancia de la mayor debilidad estructural del suministrado y de la fuente normativa Constitucional: «La condición de parte débil que ostenta el consumidor en las relaciones contractuales sirve de premisa menor para el artículo 51 CE, y la consecuencia interpretativa del principio de protección del consumidor es obvia. En virtud de lo establecido en los artículos 53 CE y el 1 del RDL 1/2007 en la aplicación de las normas se debe velar por la seguridad del consumidor», 9; siempre comentando el autor una situación en la que el cliente suministrado es una empresa, de tratamiento de mármol y granito. También parece afirmarlo —aun de forma condicional— PARRA LUCÁN, M.A., (2011) «si a efectos del régimen sectorial de la electricidad son consumidores las personas físicas o jurídicas que compran la energía para su propio consumo con independencia, por tanto, de su consideración como consumidores en el sentido del TRLGDCU, quizá les resulte más ventajoso acudir a las reglas de responsabilidad contractual [frente al nudo régimen de productos defectuosos]», *La protección del consumidor frente a los daños. Responsabilidad civil del fabricante y del prestador de servicios*. Madrid: Reus, 118.

⁶⁶ De hecho, las cinco comercializadoras vinculadas a los grandes grupos tradicionales energéticos concentran un 77% de cuota de comercialización en el mercado libre, de conformidad con el último informe publicado por la CNMC en relación al mercado minorista de electricidad, IS/DE/002/15, de 8 de octubre de 2015, referido al periodo de 2014.

⁶⁷ Así, en la PCC, la Sección 2.^a del Capítulo V del Título I del Código Civil propuesto, *De las condiciones generales de los contratos*, trata en general de relaciones contractuales, haciendo mención específica en el artículo 525-8 a las *Cláusulas abusivas en contratos entre empresarios y consumidores*; pero no empece eso al resto de la regulación de aplicación general, ni en particular al artículo 525-7 que define, para toda relación contractual, las *Cláusulas abusivas*, ni el artículo 525-9, que determina la *No incorporación y nulidad de las mismas*.

⁶⁸ Así, el artículo 4:110 PECL, *Unfair Terms not Individually Negotiated*, que no hace distingos entre el control para consumidores o no consumidores. El artículo II-9; 405 DCFR, por su parte, también incluye el control general de abusividad para no consumidores, pero lo matiza, añadiendo a los requisitos ordinarios una suerte de contención, ampliando la tolerancia salvo para aquellas cláusulas que se aparten de forma muy significada de las adecuadas prácticas comerciales —pareciendo estas funcionar como *marco no-normativo de referencia* para la abusividad—. El artículo 86 de la Propuesta de Reglamento para una Compraventa Europea, COM (2011) 635 final, también incluía la abusividad para empresarios, restringida como en el DCFR, y estableciendo unos criterios guía generales para su apreciación.

⁶⁹ Expone CARRASCO tal posibilidad, en subjuntivo: «Más allá de este ejemplo, una nulidad fundada en la injusticia material del contrato solo podría apoyarse en el artículo 1258 del Código Civil, si este precepto fuera (que no es en términos literales) una norma de control de contenido de las cláusulas contractuales, en lugar de ser, o además de ser, una norma de integración de lagunas. Fuer de los casos de excepción, la regla es que la injusticia en el valor respectivo de prestación y contraprestación no puede ser controlada por los tribunales», (2010), *Derecho de contratos, op. cit.*, 666.

⁷⁰ VÁZQUEZ DE CASTRO asume, en comentario de la misma sentencia, que «la extensión de la protección a la parte contratante débil más allá de la consideración del concepto de consumidor o usuario», (2016), *op. cit.*, 5, si bien admite que el TS resuelve aplicando normas contractuales, en concreto de la compraventa, sin que sea patente que *ratio* o efecto tuitivo de la parte débil resulta utilizado por la sentencia. También MENDOZA LOSANA, A. I., parece referirse en tal sentido para la STS aludida al empresario contratante, en cuanto a la protección de la buena fe. Parte de que «En este caso, la buena fe actúa como principio general que configura la relación contractual y que obliga a proteger la confianza que el consumidor ha depositado en el comercializador (...) a pesar de que el usuario perjudicado no era un consumidor final en el sentido de la legislación de consumo, la demandante citaba también en apoyo de su pretensión [normas en tutela de consumidores]» y entiende que «El Tribunal Supremo respalda esta posición», ¡No hay excusas!..., (2016), *op. cit.*, 10-11. Sin embargo, no es claro este respaldo pues la fundamentación más allá de una mera mención incidental, no se apoya —ni necesita hacerlo— en el artículo 1258 del Código Civil. De hecho, tras citar el precepto como posible fuente de integración en caso de lagunas, declara la sentencia que «no cabe duda» del vínculo contractual, partiendo la resolución de la premisa de la efectiva validez de las cláusulas suscritas, de donde infiere que la prestación principal la comercializadora era el suministro de energía (como prestación principal pactada, término esencial del contrato). Y, si bien la sentencia vuelve a referirse a la buena fe (de nuevo de forma ociosa) lo hace, literalmente en cuanto a la «integración contractual, con base al principio de buena fe».

⁷¹ Discute CARRASCO tal diferencia, aludiendo que «(...) en ningún momento de su historia el Tribunal Supremo ha dedicado ningún argumento que pueda explicar en qué medida el control derivado de las exigencias de buena fe del artículo 1258 del Código Civil es más laxo que el control del artículo 82 de la Ley de General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Según la sentencia comentada, entre “la buena fe y el justo equilibrio” del artículo 1258 y el control del artículo 82, hay una «laguna» que el juzgador no puede colmar. Imposible colmarla», (2017), «De nuevo sobre el «control de transparencia» y el «control de contenido» en contratos celebrados entre no consumidores», *CESCO*, 1-2. Explica también de forma general la equivalencia entre interpretar el artículo 1258 del Código Civil en clave de integración de la buena fe, frente a hacerlo como control de validez, de forma que «El procedimiento para este tránsito puede reconstruirse teóricamente de dos formas, aunque de hecho el juicio aplicado por el operador será materialmente el mismo, y ni seguramente él mismo podrá discriminar si ha practicado una u otra aventura argumentativa. Pues, en efecto, cabe proceder integrando previamente el contrato en cuestión con una regla exigida por la buena fe, y suprimiendo a continuación el pacto contractual que es contrario a este contenido así integrado, o cabe proceder confrontando directamente el pacto cuestionado con las exigencias de la buena fe, y luego, eventualmente, integrar con la buena fe la laguna producida por la nulidad». Las poco matizadas (y muchas veces innecesarias) declaraciones de la jurisprudencia de casación confirman al intérprete que la protección específica de la normativa de consumidores es un «desarrollo» del artículo 1258 del Código Civil y que este precepto contiene una norma de control de validez de los pactos contrarios a la buena fe, (2010), *Derecho de contratos, op. cit.*, 782-783. En el mismo sentido, también de forma específica, MIQUEL GONZÁLEZ «No hay gran diferencia entre imponer un contenido contractual en contra de la voluntad de una de las partes y excluir un contenido contractual en contra de uno de los contratantes (el predisponente)», (2011), Artículo 82, *Comentarios a las normas de*

protección de los consumidores, (Cámara Lapuente, S., dir.), A Coruña: Colex, p. 736; pero sigue «Otra cuestión es si este precepto puede apoyar un control del contenido contractual negativo respecto de los contratos con condiciones generales entre empresarios. Sin embargo, no ha tenido lugar, en lo que se me alcanza, un desarrollo ni jurisprudencial ni doctrinal del artículo 1258 del Código Civil para cumplir esa función», 737.

⁷² En la caracterización del artículo 1258 recogida, al igual que en muchas otras resoluciones que la anteceden, por la STS 419/2015, de 20 de julio [RJ 2015, 4792]: «(...) su aplicación, unas veces, se traduce en una mera complementación objetivada de la reglamentación acordada por las partes, casos, entre otros, de la existencia de lagunas o de imprecisión del clausulado. Otras veces, en un sentido más específico, su aplicación se traduce en la configuración de auténticas obligaciones accesorias de las prestaciones contempladas como en su caso, supuesto que nos ocupa, en una corrección de lo ejecutado por alguna de las partes por infringir los deberes legales que se derivan de los criterios de integración contractual previstos por la norma; especialmente con relación al principio de buena fe contractual. Principio estrechamente conectado tanto con la conducta de las partes como medio o criterio de interpretación, como con la doctrina de los actos propios». La resolución es un ejemplo notable, porque sí utiliza la función de integración para censurar una pretensión de cumplimiento pretendidamente *abusiva*, pero no por desplazar contenido contractual alguno sino, al contrario, por interpretar el contrato en un sentido distinto al pretendido por quien, con sus actos —que no con sus pactos— pudo abusar.

⁷³ En el sentido apuntado por la STS 227/2015, de 30 de abril [RJ 2015, 2019] —y al margen de pronunciamientos judiciales más recientes que luego se tratarán— «el artículo 1258 del Código Civil (...) contiene reglas de integración del contrato, en concreto la relativa a la buena fe, de modo que en el cumplimiento y ejecución del contrato pueda determinarse lo que se ha denominado el “contenido natural del contrato”. Pero con base en este precepto no puede pretenderse que se declare la nulidad de determinadas condiciones generales que deban ser expulsadas de la reglamentación contractual y tenidas por no puestas, y que, en su caso, puedan determinar la nulidad total del contrato».

⁷⁴ Esto es, habrá que pasar antes por el sentido declarativo de la interpretación antes de acudir, si persiste la laguna a la «función complementaria», en el sentido subsidiario apuntado por DE CASTRO (1967), que «supone salir del ámbito estricto de la interpretación y pasar al de la conjectura. *Cuando lo declarado es insuficiente* para reglar debidamente la relación negocial, se hace necesario el llenar las lagunas que se revelan existentes en el negocio. En tales casos, se acude primeramente a lo que se ha llamado la «voluntad hipotética» o «interpretación objetiva»; presumiendo que se quiso lo que hubiera sido la voluntad de un hombre razonable y prudente, si hubiese previsto la cuestión planteada», en *El Negocio jurídico*, Madrid: INEJ, 78. Afirma la STS 254/2016, de 19 de abril [RJ 2016, 1686], que «en relación con el artículo 1283 del mismo cuerpo legal (...) el artículo 1258 del Código Civil, conforme a su alcance normativo, no resulta de aplicación restrictiva». Se puede colegir en tal afirmación y defender, a la vez, que la integración del artículo 1258 es subsidiaria a la interpretación *ex 1283* del Código Civil. Aunque no quepa restringir los efectos y alcance del 1258 para todo contenido que deba ser integrado; difícilmente cabrá integración cuando no exista laguna directa o, al menos contradicción, entre lo pactado y lo que se acepta como contenido en el contrato.

⁷⁵ Advierte CARRASCO de que «Por lo ordinario, las normas del sistema jurídico privado no se formulan como atribuciones respectivas de expectativas cuya legitimidad esté sujeta a una concomitante valoración del respectivo interés legítimo del resto de interesados en el certamen. La situación es distinta de la que, por ejemplo, contempla el artículo 82.1 de la LGDCU, una cláusula de ponderación universal (...) A partir de ahí, quedaría abierto el camino para la ponderación irrestricta, cuyas consecuencias nefastas serán sufridas por las exigencias constitucionales de legalidad y previsibilidad en las asignaciones de derechos. Este camino, afortunadamente, no se ha recorrido en Derecho español», (2016), *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Madrid: Civitas, 64-67. El autor, sin embargo, se

refiere únicamente al ámbito del artículo 7 del Código Civil, relativo solamente a situaciones activas, excluyendo explícitamente supuestos de obligaciones correlativas entre las partes «Porque, a diferencia del artículo 7 del Código Civil, el artículo 1258 del Código Civil sí admite ponderación, si las posiciones recíprocas de las partes pueden reducirse a un común denominador que las haga a ambas acreedoras y deudoras», 142.

⁷⁶ Apunta GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que, en el ámbito de la abusividad de consumo, la buena fe «tiene un matiz algo distinto y conectado con la *relatividad* de la noción de abuso y con el análisis de las demás circunstancias que han de ponderarse para juzgar si la ventaja que la cláusula proporciona al empresario está no justificada o si la desigualdad carece de repercusión relevante. El trato *equitativo* remite a las *circunstancias del caso concreto*. La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual exige tener en cuenta la *naturaleza* de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las *circunstancias* que concurren en su celebración y todas las *demás cláusulas* del contrato (...),» (2015), Artículo 82, *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, 2015, 1119.

⁷⁷ Quizá en este sentido podría interpretarse la modificación del artículo 86 de la Propuesta de Reglamento para una Compraventa Europea, fijada en la Posición del Parlamento Europeo de 26 de febrero que la modifica (aprobada en la Resolución del mismo día, P7_TA(2014) 0159), que cambia la referencia de «*buenas prácticas comerciales*» por «*prácticas comerciales habituales*» (por la enmienda 175 del informe de la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios); lo que, empero, podría ser menos justificable en sectores que podrían partir —en la actual ausencia de control de abusividad— de «*malas prácticas comerciales habituales*».

⁷⁸ Ya afirmaba GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que «El artículo 3 LCS es el pionero en la regulación del control de contenido de las condiciones generales, prohibiendo las “cláusulas lesivas” (...) se podría entender la expresión cláusula lesiva en el sentido de “cláusula abusiva” [en el ámbito del consumo] (...) De lo anterior resulta que el artículo 3 LCS ha establecido dos tipos de control respecto de las cláusulas contractuales. Uno, el control de contenido que puede llevar a la nulidad de la cláusula que se considere lesiva (...),» (1990), Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1990, en *CCJC*, núm. 2, Madrid: Civitas, 1206.

⁷⁹ Afirma tal premisa —presentada aquí como conclusión— CÁMARA LAPUENTE, S., en cuanto que «El punto de partida en el Derecho español es que no existe una norma general con rango de ley que permita aplicar el concepto de “cláusula abusiva” genuino de la protección de los consumidores ex Directiva 93/13/CEE a cualesquiera cláusulas no negociadas en contratos entre empresarios; por lo tanto, ni el genuino control de contenido de las cláusulas propio de ese régimen legal, ni el nuevo control de transparencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato (...),» en Argumentaciones de los tribunales (y de la doctrina) para ampliar ambos controles a los contratos entre empresas (el marco jurisprudencial «heterodoxo»): construcciones extralimitadas, *Almacén de Derecho*, 27 de junio de 2016. Sí parece admitir como posible —que no actual— un cierto control derivado de la interpretación de determinados preceptos del Código Civil (sobre todo 1255, 1256 y 1258), pero advierte que sería, para este fin, «la vía más adecuada, pero también más trabajosa e incierta, mientras no se produzca una reforma legislativa que incorpore al Código Civil o a la LCGC una cláusula general de abusividad en relaciones empresariales como la del preámbulo transcrita».

⁸⁰ Advierte GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que, aun de excluirse un eventual control de abusividad (sobre los elementos esenciales, en lo que trata), «nada impediría resolver sobre la base de los límites generales a la autonomía de la voluntad y con el recurso a las normas del Código Civil, en especial los artículos 1256, 1258 y 1275 (o normas sectoriales, como la ley de la usura), para rechazar lo que provoca desequilibrio importante en contra de la buena fe», (2015), Artículo 82, *Comentario del Texto Refundido...*, *op. cit.*, 2015, 1145; y alude en tal sentido, como ejemplo posible, a la STS 106/2000, de 14 de febrero de 2000 [RJ 2000, 1236] que califica como *leonino* «a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes, y los inconvenientes para la otra, y también cuando existe desde el momento inicial de la perfección del sinalagma una exorbitante desproporción o desequilibrio entre las prestaciones de una y las correspondientes contraprestaciones de la otra,

de modo que es fácilmente advertible la relevancia que tienen las circunstancias de cada caso y como consecuencia la gran variedad morfológica con que las situaciones se pueden presentar en la realidad práctica, por lo que será preciso que se concreten los particulares que, explícita o implícitamente, dan lugar a la situación de desmesura jurídica, o las circunstancias de necesidad o inexperiencia en una de las partes que dieron lugar a la conducta abusiva o contraria a la buena fe (entendida en el sentido objetivo de conducta honrada y leal) por parte de la contraria. La calificación de un contrato o de una cláusula como leonina puede dar lugar a la declaración de nulidad, o en su caso a la corrección por desorbitada o desproporcionada, o a su moderación, en atención a los preceptos de los artículos 1255, 1275 y 7.1 y 2, 1258, y 1154, todos ellos del Código Civil». Tal pronunciamiento, que podría ser manifestación de cuantos riesgos de inseguridad se han advertido, podría tomar más sentido —y, sobre todo, concreción— si la tutela que alude, más que un remedio genérico para «situaciones de desmesuras», se concretase como un intento de configurar un vicio anulatorio cual es el *ventajismo*, no regulado expresamente aún en nuestro ordenamiento, a veces empujado en el ámbito del dolo, y efectivamente recogido en el artículo 527-9 de la PCC, así como en la mayoría de instrumentos de modernización contractual contemporáneos.

⁸¹ Afirma DE CASTRO, en relación al recto entendimiento de las normas dispositivas y la autonomía de la voluntad, que «el tipo de cada contrato reconocido por la Ley no es un mero nombre, sino que corresponde al conjunto organizado de los derechos y obligaciones que forman su contenido», con ejemplo en nota: «La consideración realista del caso, señala que el querer o el nombrar no hace la cosa y que la venta por un dólar de un rascacielos no es venta, y el dólar no tiene aquí papel de precio». Prosigue empero, acercándolo a una suerte de control de contenidos en el que «(...) los pactos, cláusulas y condiciones que se desvén del mismo o lo contradigan habrán de tener su adecuada justificación para ser eficaces», (1982), Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad. La defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor, *ADC*, vol. 35, núm. 4, Madrid: BOE, 1060-1061; pero añade al desequilibrio tal ruptura causal de la estructura esencial del contrato, pues tal «Ineficacia que habría de darse cuando resulte del contrato un desequilibrio injustificado de las respectivas obligaciones de los contratantes, en daño de una de las partes, que no pueda compaginarse con la naturaleza típica o atípica del contrato».

⁸² En un sentido aproximado, respecto al control de contenido —abusivo— *ex artículo 3 LCS*, y frente al problema de controlar elementos esenciales del contrato, entiende GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., que «no se trata de velar por la equivalencia económica de las prestaciones, pero sí de conseguir que la prestación que se determina a través de las condiciones predispuestas se corresponda con la naturaleza y finalidad del contrato», (1990), Comentario a la STS de 9 de noviembre de 1990, en *CCJC*, núm. 24, Madrid: Civitas, 1210.

⁸³ En este sentido expresa la STS 673/2013, de 31 de octubre [RJ 2013, 7259] que «esta Sala tiene declarado que la calificación del contrato consiste en la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, todo lo cual está por encima de las declaraciones y de la voluntad de los sujetos». También la STS 382/2011, de 13 de junio [RJ 2011, 5719] afirma que «para la calificación del contrato o la inclusión del mismo en un tipo determinado, la averiguación de su naturaleza y de la normativa que le es aplicable, previa interpretación del mismo, debe estarse a su contenido real, con independencia de las calificaciones que les hayan dado las partes e incluso de su voluntad, ya que los contratos son lo que son y no lo que las partes digan». Conclusión, en fin, pacíficamente asumida por la doctrina jurisprudencial (STS 726/2010, de 22 de noviembre [RJ 2011, 563]; STS 395/2005, de 26 de mayo [RJ 2005, 6084]; o la STS 1170/2002, de 11 de diciembre [RJ 2002, 10737], que recoge la principal jurisprudencia anterior, entre muchas otras).

(Trabajo recibido el 17-4-2017 y aceptado para su publicación el 8-6-2017)