

Asunto C-518/23**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

10 de agosto de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

27 de julio de 2023

Demandante y recurrente en casación:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände — Verbraucherzentrale Bundesverband e. V.

Demandada y recurrida en casación:

NEW Niederrhein Energie und Wasser GmbH

Objeto del procedimiento principal

Protección de los consumidores — Publicidad — Precio de la electricidad — Directiva 2005/29/CE — Artículo 7, apartados 1 y 4, letra c) — Información sobre la forma de determinación del precio

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Interpretación de Derecho de la Unión, artículo 267 TFUE

Cuestión prejudicial

La información que ha de facilitar el comerciante, con arreglo al artículo 7, apartados 1 y 4, letra c), de la Directiva 2005/29/CE, en relación con la forma en que se determina el precio en una tarificación por consumo ¿debe proporcionarse

de modo tal que el cliente pueda calcular por sí mismo el precio sobre la base de esa información si sabe el consumo que realiza?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO 2005, L 149, p. 22): en particular, artículo 7, apartados 1 y 4, letra c).

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Ley contra la Competencia Desleal; en lo sucesivo, «UWG»): en particular, artículos 5a, apartado 1, y 5b, apartado 1, punto 3

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 La demandante es la federación de las 16 organizaciones de consumidores de Alemania. La demandada es una empresa de suministro de energía que opera en todo el territorio alemán y que suministra electricidad a los hogares, incluidos clientes que emplean la electricidad para la calefacción por acumuladores nocturnos de calor. Durante determinadas horas de suministro nocturno, la demandada ofrece la electricidad a estos clientes a una tarifa valle. Esta es más barata que la tarifa punta aplicable en las demás horas. Los clientes que disponen de acumuladores nocturnos de calor utilizan la electricidad durante el período de tarifa valle para cargar sus calefactores.
- 2 En función de las circunstancias locales, el consumo de electricidad para calefacción y de electricidad de uso general de estos consumidores se registra de forma separada o conjunta. En el caso de que se midan de forma conjunta, se utiliza un contador de doble tarifa que dispone de dos mecanismos de medición. Uno mide el consumo de electricidad durante las horas de acumulación de calor en la tarifa valle, mientras que el otro mide el consumo de electricidad durante las demás horas en la tarifa punta. Ahora bien, durante el horario de aplicación de la tarifa valle, además de electricidad para calefacción, también se genera electricidad de uso general, que no puede registrarse por separado. Por tanto, algunos gestores de redes de distribución imponen a los proveedores de electricidad una denominada cantidad compensatoria mediante la cual una parte del consumo de electricidad contabilizado con la tarifa valle se factura con arreglo a la tarifa punta. La demandada repercute a sus clientes la cantidad compensatoria

establecida por los gestores de red. El gestor de la red local del lugar en el que la demandada tiene su domicilio social impone una cantidad compensatoria del 25 %.

- 3 En sus condiciones generales de la contratación, cuyo conocimiento debe confirmar el cliente durante el procedimiento de contratación por internet haciendo clic en tal sentido, la demandada señala que el operador de red local determinará las horas de tarifa nocturna y las cantidades compensatorias. Asimismo, indica qué horas de acumulación nocturna y qué período ha establecido el operador de red local del lugar en que tiene su domicilio social para la aplicación de la tarifa valle y señala que la cantidad compensatoria establecida por aquel es de un 25 %.
- 4 En su página de internet, la demandada ofrece una calculadora de tarifas para sus tarifas de electricidad, que también pueden utilizar los clientes que contratan electricidad para calefacción y disponen de un contador de doble tarifa. Deben introducir en la calculadora su código postal y su consumo en las tarifas punta y valle. Al final de la operación, los clientes reciben una oferta de tarifa que pueden aceptar.
- 5 El demandante formula objeciones a las propuestas de tarifa generadas por el demandado mediante su calculadora. A su juicio, el precio total indicado es demasiado bajo, pues no tiene en cuenta las cantidades compensatorias.
- 6 El demandante ha solicitado que se condene a la demandada, entre otras cosas, a abstenerse de hacer, por sí misma o por terceros, publicidad de una oferta de electricidad para calefacción y, en tal contexto, en el proceso de contratación en su conjunto, de no indicar expresamente, por sí misma o por terceros, al consumidor, al exponer el método de facturación de la electricidad para calefacción, la cantidad compensatoria específica en el supuesto de medición conjunta de electricidad para calefacción y general para el hogar con un contador de doble tarifa (en lo sucesivo, «acción de cesación»).
- 7 Mediante la acción de cesación, el demandante impugna la publicidad realizada por la demandada en su página de internet mediante una oferta de electricidad para calefacción sin indicar expresamente, «en la modalidad de facturación de electricidad para calefacción, la cantidad compensatoria concreta». En ningún momento del proceso de contratación se hace indicación alguna de la cantidad compensatoria porcentual que ha de aplicarse. Únicamente en las condiciones generales de la contratación de la demandada se encuentra una referencia a la compensación porcentual a tanto alzado del 25 % entre la tarifa valle y la tarifa punta. Según el demandante, la demandada no informa al consumidor en el marco del proceso de contratación, que comprende el uso de la calculadora de la tarifa, sobre el porcentaje de la cantidad compensatoria prescrito por el operador de red y que ella repercute, correspondiente al código postal indicado en concreto por el cliente.

- 8 El Landgericht (Tribunal Regional de lo Civil y Penal) desestimó la demanda. El Oberlandesgericht (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal) desestimó el recurso interpuesto por el demandante contra la sentencia desestimatoria anterior.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 9 Habrá de estimarse la acción de cesación si la información sobre la forma en que se determina el precio que ha de proporcionar la demandada de conformidad con los artículos 5a, apartado 1, y 5b, apartado 1, punto 3, de la UWG [artículo 7, apartados 1 y 4, letra c), de la Directiva 2005/29] debe comprender, en cuanto «información sustancial», el porcentaje de la cantidad compensatoria aplicable al respectivo cliente.
- 10 De conformidad con el artículo 5a, apartado 1, de la UWG, cometerá un acto de competencia desleal quien induzca a error a un consumidor u otro agente del mercado al no facilitarle información sustancial (punto 1) que el consumidor u otros operadores del mercado, según proceda, necesiten para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa, y (punto 2) cuya omisión pueda hacer que el consumidor o cualquier otro operador del mercado tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. A tenor del artículo 5a, apartado 3, de la UWG, para apreciar si se ha omitido información sustancial, se tendrán en cuenta (punto 1) las limitaciones de espacio o de tiempo que imponga el medio de comunicación elegido para la práctica comercial, y (punto 2) cualquier medida adoptada por el comerciante para facilitar información al consumidor o a otros operadores del mercado por medios distintos del medio de comunicación elegido para la práctica comercial. Estas normas constituyen la transposición al Derecho nacional del artículo 7, apartados 1 a 3, en relación con el artículo 2, letra k), de la Directiva 2005/29.
- 11 En el artículo 5b, apartado 1, de la UWG se menciona la información que, a menos que se deduzca directamente de las circunstancias, tiene la consideración de sustancial en el sentido del artículo 5a, apartado 1, de dicha Ley, cuando los bienes o servicios se ofrecen, haciendo referencia a sus características y precios, de una forma adecuada al medio de comunicación utilizado, de suerte que el consumidor medio pueda concluir la transacción. Esta disposición transpone al Derecho nacional el artículo 7, apartado 4, en relación con el artículo 2, letra i), de la Directiva 2005/29. Esta información engloba, según el artículo 5b, apartado 1, punto 3, de la UWG, el precio total o, en casos en los que este no pueda calcularse de antemano por la naturaleza del bien o servicio, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o envío o, cuando tales gastos no puedan ser calculados de antemano, el hecho de que puedan existir dichos gastos. Esta disposición proviene del artículo 7, apartado 4, letra c), de la Directiva 2005/29.

- 12 El suministro de electricidad publicitado por la demandada entre los consumidores se ofrece, de conformidad con el artículo 5b, apartado 1, de la UWG, de forma tal que un consumidor medio pueda celebrar la transacción.
- 13 Al transponer el artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29, el legislador nacional, en lugar del concepto de «invitación a comprar» utilizó la expresión perifrástica según la cual los bienes o servicios se ofrecerán de forma tal que se permita al consumidor medio celebrar la transacción. Con arreglo a la necesaria interpretación conforme a la Directiva del artículo 5b, apartado 1, de la UWG, para que exista una oferta en el sentido de esta disposición basta con que se formule una invitación a comprar en el sentido del artículo 7, apartado 4, de la Directiva 2005/29. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal será el caso desde el momento en que la información relativa al producto comercializado y a su precio es suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión sobre una transacción, sin que sea necesario que la comunicación comercial incluya también un medio concreto de adquisición del producto, o que aparezca en conexión con tal medio con ocasión de él (véase la sentencia de 12 de mayo de 2011, Sentencia Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, apartado 33). Según el artículo 2, letra k), de la Directiva 2005/29 (artículo 2, apartado 1, punto 1, de la UWG), el concepto de decisión sobre una transacción comprende toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra. Por tanto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicho concepto incluye también la decisión que presenta un vínculo directo con la de adquirir o no un producto, en particular, la de entrar en la tienda (véase la sentencia de 19 de diciembre de 2013, Trento Sviluppo y Centrale Adriatica, C-281/12, EU:C:2013:859, apartado 36) y, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, el acceso a un portal de ventas en internet.
- 14 La publicidad de la demandada que se impugna constituye una invitación a comprar y, por tanto, una oferta en el sentido del artículo 5b, apartado 1, de la UWG. Al usar la calculadora de tarifas de la demandada, el consumidor recibe los datos sustanciales que necesita para poder adoptar la decisión comercial de celebrar un contrato de suministro de electricidad con la demandada. La página de internet de la demandada permite incluso al consumidor celebrar directamente con aquella un contrato de suministro de electricidad sobre la base de los resultados del cálculo de las tarifas. Dado que la decisión pertinente sobre la transacción se da ya en el inicio del proceso de contratación, la indicación de la cantidad compensatoria en las condiciones generales de la contratación de la demandada, que esta pone en conocimiento del consumidor en el marco de dicho procedimiento de contratación, no resulta adecuada desde un punto de vista temporal para que aquel cumpla con su deber de información.
- 15 Por consiguiente, en el caso de autos, la demandada ya debe proporcionar, en el momento de la invitación a comprar, información sobre la forma en que se determina el precio de conformidad con el artículo 7, apartados 1 y 4, letra c), de la Directiva 2005/29 (artículos 5a, apartado 1, y 5b, apartado 1, punto 3, de la UWG).

- 16 El precio (total) que ha de pagarse por el suministro de electricidad no puede calcularse de antemano por la naturaleza del producto, puesto que depende de la cantidad de electricidad efectivamente consumida. La cantidad de electricidad efectivamente consumida puede ser distinta de la cantidad de electricidad que el consumidor introduce en la calculadora de tarifas de la demandada.
- 17 En el presente asunto se suscita la cuestión, que no puede responderse de forma indubitada, de si la información sobre la forma en que se determina el precio que ha de facilitarse de conformidad con el artículo 7, apartados 1 y 4, letra c), de la Directiva 2005/29 (artículos 5a, apartado 1, y 5b, apartado 1, punto 3, de la UWG) en una tarificación por consumo debe proporcionarse de modo tal que el cliente pueda calcular por sí mismo el precio sobre la base de esa información si sabe el consumo que realiza.
- 18 Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la forma en que se calcula el precio comprende las modalidades de cálculo del precio final y, en su caso, los costes suplementarios o la mención de que dichos gastos corren a cargo del consumidor (véase la sentencia de 12 de mayo de 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, apartado 65). A tal respecto, el órgano jurisdiccional nacional deberá comprobar si la omisión de las modalidades de cálculo del precio final no impide al consumidor tomar una decisión sobre una transacción con conocimiento de causa y, en consecuencia, no le incita a tomar una decisión sobre una transacción que, de otro modo, no habría tomado. También le incumbe tomar en consideración los límites inherentes al medio de comunicación utilizado, la naturaleza y las características del producto y el resto de medidas que el comerciante ha adoptado realmente para que dichas informaciones estén a disposición del consumidor (véanse las sentencias de 12 de mayo de 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, apartados 65 a 72, y de 26 de octubre de 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14, EU:C:2016:800, apartados 58 y 62 a 64).
- 19 El consumidor necesita que se indique el porcentaje exacto de la cantidad compensatoria para adoptar una decisión con el debido conocimiento de causa, y la omisión de esta información puede incitarle a adoptar una decisión sobre la transacción que, de otro modo, no habría tomado.
- 20 Los requisitos contemplados en el artículo 5a, apartado 1, puntos 1 y 2, de la UWG (artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29), de que el consumidor necesita la información que no se le proporciona en función de las circunstancias para tomar una decisión con el debido conocimiento de causa, y que la omisión de esa información puede hacer que el consumidor tome una decisión sobre una transacción que, de otro modo, no habría tomado, constituyen elementos adicionales que han de examinarse de forma independiente.
- 21 Algunos gestores de redes de distribución imponen a los suministradores de electricidad una cantidad compensatoria. El porcentaje para determinar la cantidad compensatoria dependerá, pues, de la decisión que adopte el gestor de la red. Además, en la instancia de casación ha de partirse, en beneficio de la demandante,

de su alegación, impugnada por la otra parte, de que no todos los proveedores de electricidad repercuten en los clientes la cantidad compensatoria especificada por el gestor de la red. Conforme a tal alegación, en el caso de autos se cumplen los demás requisitos del artículo 5a, apartado 1, puntos 1 y 2, de la UWG, pues solo el porcentaje para determinar la cantidad compensatoria incluida por la demandada en el cálculo del precio permite comparar la oferta de la demandada con la de los demás proveedores de electricidad. Así será también aun cuando todos los proveedores de electricidad repercutan del mismo modo en los clientes la cantidad compensatoria prescrita por el gestor de la red, pues puede haber dos ofertas competidoras de las que una suponga un precio más favorable en la tarifa valle y otra un precio más favorable en la tarifa punta. Entonces, para saber qué oferta es más favorable para el consumidor, habrá de atenderse (también) al porcentaje de la cantidad compensatoria.

- 22 Ni ha quedado acreditado ni resulta evidente que la demandada, que hace publicidad en su página de internet, en la que incluye una calculadora de tarifas, esté sujeta a las limitaciones que impone el medio de comunicación que utiliza.
- 23 El presente asunto suscita la cuestión, que no puede responderse de forma indubitada, de cómo ha de interpretarse la expresión «la forma en que se determina el precio» en el sentido del artículo 7, apartados 1 y 4, letra c), de la Directiva 2005/29 (artículos 5a, apartado 1, y 5b, apartado 1, punto 3, de la UWG). Mediante la cuestión prejudicial se pretende elucidar si la información que ha de facilitar el comerciante sobre la forma en que se determina el precio, en una tarificación por consumo, debe proporcionarse de modo tal que el cliente pueda realizar por sí mismo el cálculo del precio sobre la base de esa información si sabe el consumo que realiza.
- 24 La expresión «la forma en que se determina el precio» permite una interpretación según la cual basta con que el comerciante informe únicamente sobre los componentes pertinentes para el cálculo del precio y las modalidades de dicho cálculo. En la medida en que el Tribunal de Justicia ha declarado que la obligación de información sobre la forma en que se determina el precio se refiere también a las modalidades del cálculo del precio final (véase la sentencia de 12 de mayo de 2011, Ving Sverige, C-122/10, EU:C:2011:299, apartado 65), ello tampoco se opone de antemano a tal interpretación.
- 25 Ahora bien, el objetivo que persigue la Directiva 2005/29, consistente en garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores (véanse los considerandos 5 y 6 y el artículo 1 de la Directiva 2005/29, y la sentencia de 26 de octubre de 2016, Canal Digital Danmark, C-611/14, EU:C:2016:800, apartados 25 y ss. y 62), podría respaldar la tesis de que la información debe permitir al consumidor determinar el precio. Ahora bien, de la Directiva 2005/29 no cabe inferir una ulterior concreción del concepto de «la forma en que se determina el precio».

- 26 Asimismo, el contexto en que se inscribe el artículo 7, apartado 4, letra c), de la Directiva 2005/29 podría militar en contra de la tesis de que basta con una indicación general de la cantidad compensatoria que deba tenerse en cuenta. Atendiendo a este criterio, respecto a los gastos adicionales de transporte, entrega o envío, que no pueden calcularse razonablemente de antemano, basta con que se indique la circunstancia de que pueden generarse tales costes adicionales. Ahora bien, esta parte de la normativa no hace referencia a la información sobre la forma en que se determina el precio (véanse las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto Citroën Commerce, C-476/14, EU:C:2015:814, punto 73). Ello podría apuntar a que se necesitará una información más amplia a tal respecto. En el caso de autos, no se debate sobre los costes adicionales, sino sobre las modalidades de cálculo del precio final.
- 27 Además, el órgano jurisdiccional remitente señala que la omisión de información presupone que tal información queda comprendida en el ámbito comercial y de responsabilidad del empresario o que este pueda obtenerla con un esfuerzo razonable. Ello tiene en cuenta la circunstancia de que las obligaciones de información limitan la libertad de empresa (artículo 16 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) y, por tanto, deben ser proporcionadas. Ciertamente, la Directiva 2005/29, en su artículo 7, apartado 3, adopta normas únicamente sobre las limitaciones de espacio y de tiempo que impone el medio de comunicación utilizado por el comerciante, pero no en relación con la disponibilidad o la entrega de la información. Sin embargo, si se prescindiera por completo de este aspecto, el comerciante debería renunciar en tales casos a una publicidad en la forma de una invitación a comprar y recurrir a otras formas publicitarias. Con todo, el órgano jurisdiccional de apelación, en su condición de tribunal que se pronuncia sobre los hechos, no ha constatado que a la demandada le fuera imposible obtener información sobre los porcentajes de la cantidad compensatoria. Ciertamente, en su sentencia dictada en la instancia de apelación declaró que a la demandada no le es posible indicar una cantidad compensatoria concreta, pero no se formulan observaciones sobre el esfuerzo que le supondría a la demandada recoger los porcentajes de la cantidad compensatoria en un banco de datos, en la medida en que ya los conociera, y completar los porcentajes que aún no conociera preguntando a los gestores de la red de distribución de que se trate, así como actualizar la información.