

47179

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID**SECCION 19**

1280A

FERRAZ 41

Tfno.: 91 397 1861-2-3-4-0 Fax: 91 397 19 98

N.I.G. 28000 1 7013052 /2010

RECURSO DE APELACION 800 /2010

Autos: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 344 /2006

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 67 de MADRID

Apelante/s: GAS NATURAL SDG, S.A.

Procurador/es: MARIA AFRICA MARTIN RICO

Apelado/s: COOP. DE CONSUMIDORES Y USUARIOS CIUDAD STO.
DOMINGO

Procurador/es: MARIA DE LA PALOMA ORTIZ CAÑAVATE LEVENFELD

SENTENCIA NÚM. 74**Ponente: Ilmo. Sr. D. NICOLAS DIAZ MENDEZ****Ilmos. Sres. Magistrados:****D. NICOLAS DIAZ MENDEZ****D. EPIFANIO LEGIDO LOPEZ****D. MIGUEL ANGEL LOMBARDIA DEL POZO**

En Madrid a once de Febrero del año dos mil once.



La Sección Décimo-Nonena de la Audiencia Provincial de Madrid, compuesta por los Srs. Magistrados al margen reseñados, ha visto, en grado de apelación, los autos de juicio ordinario sobre declaración vigencia Convenio, plazo de aplicación del mismo y condena a su cumplimiento, con regularización de anterior facturación o, subsidiariamente, para el supuesto de que se estime resuelto condena al cumplimiento por equivalencia, con abono de daños y perjuicios, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 77 de los de Madrid bajo el núm. 344/2006 y en esta alzada con el núm. 800/2010 de rollo, en el que han sido partes, como apelante, la entidad Gas Natural SDG, S.A., representada por la Procuradora Doña Africa Martín Rico Sanz y dirigida por la Letrada Doña Sara Jiménez Tasende, y, como apelada, la entidad Cooperativa de Consumidores y Usuarios Ciudad Santo Domingo, representada por la Procuradora Doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld y dirigida por el Letrado Don Angel Luis Agiar Merino.

Se aceptan y se dan por reproducidos ~~en lo esencial~~ los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida, en cuanto se relacionan con la presente resolución.

COLEGIO PROCURADORES DE MADRID

- 2 MAR 2011	- 3 MAR 2011
ANTECEDENTES DE HECHO 151.2 L.F.C. 1/2000	

PRIMERO: En los autos más arriba indicados, con fecha 1 de Diciembre de 2008, se dictó sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que, estimando en parte la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento, por la Procuradora Doña Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, en nombre y representación de Cooperativa de Consumidores y Usuarios de Ciudad Santo Domingo contra Gas Natural S.D.G, S.A.:



Administración
de Justicia

A) Debo declarar y declaro en vigor el convenio de fecha 30 de Enero de 1987, sin perjuicio de que el mismo pueda haber sido modificado con posterioridad a la interposición de la demanda en virtud de disposiciones legales.

B) Se declara que el plazo de aplicación del convenio será el de duración normal del contrato, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto sobre posibles modificaciones legales.

C) Se condena a Gas Natural al cumplimiento del Convenio en lo relativo a la aplicación de la fórmula pactada para la bonificación a los cooperativistas o bien fórmula equivalente para alcanzar la misma bonificación, y, asimismo, en lo referente a la prohibición de conexión sin autorización de la Cooperativa de comuneros que no sean cooperativistas.

D) Condena a Gas Natural a llevar a cabo la regularización de la facturación efectuada a los cooperativistas desde el 19 de Febrero de 2002 en adelante, emitiendo las facturas rectificativas o abonos que correspondan en virtud de la bonificación aplicable, tomando como base las tarifas legalmente aprobadas anualmente, con aplicación de la fórmula matemática recogida en la cláusula décima del convenio.

E) Se desestima la demanda en los restantes pronunciamientos. No procede imponer las costas a ninguna de las dos partes, debiendo cada una de ellas abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad."

SEGUNDO: Contra dicha sentencia por la representación procesal de la entidad Gas Natural SDG, S.A. se preparó e interpuso recurso de apelación, que fundamenta en infracción de normas y garantías procesales reguladoras de la sentencia, por incongruencia extra petita, falta de claridad y precisión en el apartado "D" del fallo, señalando que de la simple comparación entre la pretensión o petición del suplico de la demanda y el fallo, se pone de manifiesto que existe absoluta falta de ajuste o adecuación entre lo pedido y lo concedido, otorgando algo diferente y no pedido en la demanda, incurriendo en incongruencia extra petita, con indefensión y



Madrid

Administración
de Justicia

vulneración del art. 24 CE, vulnerando el principio de contradicción y el art. 218 LEC, debiendo suprimirse "tomando como base las tarifas legalmente aprobadas anualmente, con aplicación de la fórmula matemática recogida en la cláusula décima del convenio.

Se aducen, además, también las mismas infracciones en el apartado "B" del fallo, poniendo el apartado "B" del suplico de la demanda con el apartado "B" del fallo, para indicar falta absoluta de ajuste o adecuación entre lo pedido y lo concedido, otorgando algo diferente y no pedido en la demanda, por lo que debe revocarse y suprimirse dicho pronunciamiento, incurriendo, además, en falta de claridad y precisión al establecer el plazo de aplicación del convenio en la forma en que lo hace, duración normal del contrato, que es momento o tiempo indeterminado, no identificado o soportado en ningún precepto legal, dado que la duración del contrato no se identifica en sentencia, lo que se acentúa con la expresión siguiente "sin perjuicio.....", respecto de la que la ahora apelante solicitó aclaración.

Las mismas infracciones se aducen en el apartado "D" del fallo, que infringe el art. 219 de la LEC, que prohíbe sentencia meramente declarativa de derecho a percibir dinero, poniendo en relación el suplico de la demanda con dicho apartado, debiendo haberse desestimado el pedimento por infracción del citado precepto.

Desde otra vertiente aduce la apelante infracción de normas y garantías procesales en la sentencia por error e incorrecta valoración de la prueba e infracción de las normas para resolver las cuestiones objeto del proceso, la extinción del Convenio de Colaboración entre Gas Madrid y la Cooperativa demandante por causas legales sobrevenidas, cuestión de orden público, señalando que el Convenio aportado como documento núm. 2 de los de la demanda establece el marco jurídico obligacional y relacional entre las partes, haciendo referencia a sus estipulaciones 1 y 2, que reflejan el sustrato origen de la relación jurídica, el servicio público



Madrid

Administración
de Justicia

de gas, y el marco regulatorio de dicha relación, la concesión administrativa para el suministro de gas a la zona, todo ello al amparo del Reglamento General del Servicio Público de Gases Combustibles, aprobado por Decreto de 26 de Octubre de 2003; y cita de la Disposición adicional sexta de la Ley 34/1998 Reguladora del Sector de Hidrocarburos, en cuanto señala que la concesión administrativa y el servicio público de gas, por disposición legal, quedó extinguida, por lo que extinguido el soporte y el marco legal del Convenio por causas sobrevenidas ajenas a la voluntad de las partes, quedó igualmente extinguido el Convenio de Colaboración entre las parte en 1998, y así extinguido el Convenio de Colaboración, sin haber definido consensuadamente entre las partes un nuevo marco obligacional, las relaciones y obligaciones entre las partes quedaron sometidas y reguladas por la legislación aplicable en cada momento; siendo que cuando se interpone la demanda, Marzo de 2006, la empresa que presta el suministro no es Gas Natural SDG, S.A., con CIF A08015497, sino por aplicación de la Ley 34/1998, que obliga a la separación de actividades reguladoras y liberalizadas, es una sociedad distribuidora de gas "Gas Natural Distribución SDG, S.A., con CIF A63485890, sin que por la demandante se haya probado la existencia de vínculo que justifique la demanda contra la ahora apelante, cuando ya no tiene vinculación con ella.

Durante el 1 de Julio de 2008 y por aplicación de la Ley 12/2007, de 2 de Julio, por la que se modifica la Ley 34/1998, cuya Disposición Transitoria Cuarta dispone que las empresas Distribuidoras de gas prestarán el suministro de gas hasta el 1 de Enero de 2008, Gas Natural Distribución SDG, S.A. dejó de prestar el suministro de gas, siendo prestado desde ese momento por una empresa comercializadora, Gas Natural Servicios SDG, S.A.

Desde la Ley 34/1998, se modifica el sistema económico retributivo del sector del gas, estableciendo un sistema económico integrado del sector de gas natural mediante las disposiciones legales que cita; siendo que las empresas



Madrid

Administración
de Justicia

distribuidoras de gas, no pueden suministrar gas natural desde el día 1 de Julio de 2008, careciendo de clientes desde esa misma fecha por Disposición legal, Disposición Transitorio Cuarta de la Ley 1212/2007, de 2 de Julio y Orden ITC/2309/2007, de 30 de Julio, por el que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al Suministrador de Ultimo recurso de gas natural; habiendo desaparecido el sistema de tarifas desde el 1/7/2008, por lo que todos los cooperativistas integrados en la Cooperativa demandante desde el 1/7/2008, bien habrán contratado el suministro de gas con una empresa comercializadora de gas, o bien, los que no lo hubieran hecho, han sido traspasados, por disposición normativa, a la empresa comercializadora de último recurso, que es Gas Natural Servicios, que nada tiene que ver con la ahora apelante ni con la empresa distribuidora de gas "Gas Natural Distribución SDG, S.S.", que desde el 1 de Julio de 2009 ha dejado de tener clientes y que verificó la notificación del traspaso de conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la Orden ITC/2309/2007, de 30 de Julio; por lo que, en consecuencia, todas las personas que en su día fueron clientes de la ahora apelante, incluidos los cooperativistas integrantes de la demandante, ahora apelada, y que posteriormente fueron clientes de la sociedad distribuidora, Gas Natural Distribución SFG, S.A., desde el 1/7/2008, tampoco lo son, siendo clientes de una empresa comercializadora o de una empresa suministradora de último recurso; quedando indubitadamente demostrado que el Convenio de Colaboración entre Gas Madrid y la Cooperativa demandante de 1988, quedó extinguido por causas legales sobrevenidas desde el año 1998, regulándose las relaciones entre las partes por el marco legal establecido en cada momento para el sector del gas español, por lo que también debe ser revocado el primer pronunciamiento del fallo de la sentencia recurrida, declarando que no se encuentra en vigor el Convenio de 30 de Enero de 1987, ni la subrogación de 20 de Julio de 1988.



Madrid

Administración
de Justicia

Se aduce, además, incorrecta valoración de la prueba e incorrecta aplicación de los arts. 1091 y 1281 del Código Civil, lo que ampara en que la Ley 34/1988, de 7 de Octubre, proclama un nuevo régimen económico y hace cita de las disposiciones dictadas en desarrollo, para señalar que en virtud de las mismas quedó extinguido el Convenio o, en todo caso, modificado por causa sobrevenida, debiendo ambas partes haber procedido a la revisión del mismo, siendo que la demandante no hizo nada, siendo la demandada, ahora apelante, la que en Febrero de 2002, procede a remitir a aquélla la carta que obra como documento 8 de los de la demanda, comunicando que la aplicación del nuevo marco tarifario obligaba a la revisión de las condiciones particulares de la facturación; siendo que la obligación de someter a revisión el contrato, ante el evidente cambio de estructura tarifaria, del que la ahora apelante informó debidamente y con antelación suficiente a la suspensión de la bonificación, se imponía a ambas partes y no sólo a la ahora apelante, como así se suscribió en el Convenio, términos de los que la sentencia se aparta, con infracción de los citados artículos del Código Civil.

Incurre la sentencia en error en la valoración de la prueba al extender la aplicación del Convenio después de Enero de 1992 (2002) cuando ha quedado vacío de contenido, cambio de la estructura tarifaria, y condicionada su continuidad a la revisión conjunta y consensuada por las partes y, en defecto de acuerdo, en los términos que se establecieran por los Tribunales de Justicia, lo que debió ser objeto de la demanda, por lo que también debe ser revocada la sentencia a la que el recurso se contrae y desestimar la petición de vigencia del Convenio al haber modificado la estructura tarifaria y no haberse establecido conjuntamente entre las partes las nuevas condiciones de aplicación.

Se termina suplicando que con estimación del recurso se revoque la sentencia a que se contrae y si deje sin efecto la



Madrid

Administración
de Justicia

misma con desestimación íntegra de la demanda y expresa condena en costas en ambas instancias a la demandante.

TERCERO: Por interpuesto que fue el mencionado recurso se acordó dar traslado del mismo a parte en la instancia demandante, la que presentó escrito de oposición, para en base a las alegaciones que realiza suplicar su desestimación.

CUARTO: Remitidos los autos a esta Audiencia, con fecha registro de entrada del día 17 de Diciembre 2010, por repartido que fue el conocimiento del recurso a esta Sección, se formó el oportuno rollo, se designó Ponente conforme al turno previamente establecido y no estimándose necesaria la celebración de vista pública, se señaló para deliberación y votación, la que tuvo lugar el pasado día siete.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es de comenzar señalando que conforme al principio "tantum devolutum quantum appellatum", que es manifestación de dispositivo, al que da expresa acogida el art. 465.4 de la LEC, esta sentencia se habrá pronunciar exclusivamente sobre los puntos y cuestiones esgrimidas en el escrito de interposición del recurso, ello en relación con lo prevenido en el art. 456 del mismo texto legal en cuanto delimita el ámbito del recurso de apelación en relación a los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos ante el tribunal de la primera instancia, recogiendo aquél también la prohibición de la "reformatio in peius" o reforma en sentido peyorativo de la sentencia para la parte apelante única; desde lo precedente es ahora de señalar como en la demanda rectora del procedimiento, presentada el 8 de Marzo de 2006, por la parte ahora apelada, se postula, frente a la ahora apelante, sentencia por la que:

A) se declare en vigor el Convenio de fecha 30 de Enero de 1987; B) que el plazo de aplicación del mismo es igual al plazo de la concesión administrativa otorgada a Gas Madrid



Madrid

Administración
de Justicia

para el suministro de Gas en la Urbanización Santo Domingo; C) se condene a Gas Natural al cumplimiento del Convenio en lo relativo a la aplicación de la fórmula pactada para la bonificación a los cooperativistas o bien fórmula equivalente para alcanzar la misma bonificación, y asimismo, en lo referente a la prohibición de conexión sin autorización de la Cooperativa de comuneros que no sean cooperativistas; D) se condene a Gas Natural a efectuar la regularización de la facturación efectuada a los cooperativistas desde el 19 de Febrero de 2002 en adelante, emitiendo las facturas rectificativas o abonos que correspondan a virtud de la bonificación aplicable; E) en el supuesto que se estime resuelto el Convenio por voluntad unilateral de Gas Natural se condene a la citada entidad al cumplimiento por equivalencia; F) se condene a Gas Natural al abono de los daños y perjuicios causados por los enganches efectuados sin consentimiento, a razón del importe de la cuota de cooperativista por cada unos de los enganches, por un total de 4.507,59 euros, más los intereses legales, y, G) se condene a la demandada a las costas del procedimiento.

Pedimentos los precedentes que fácticamente ampara, ahora en lo esencial recogido, en que fecha 30 de Enero de 1987 fue suscrito por la Comunidad de Propietarios de Ciudad Santo Domingo y Gas Madrid S.A. un Convenio de colaboración para el suministro de gas, en virtud del cual, la primera se comprometía a construir las instalaciones y red precisa para el suministro de gas, a la cesión gratuita de la propiedad de dichas instalaciones a Gas Madrid, así como a la cesión de los terrenos necesarios para la construcción por cuenta de Gas Madrid S.A. de una estación de regulación y medida, a cambio esta última se comprometía a realizar una bonificación según fórmula detallada en el Convenio, estableciendo que la bonificación será de aplicación exclusivamente para aquellos abonados que hayan accedido al servicio a través de la referida Comunidad de Propietarios y siempre y cuando para el conjunto de abonados se cumplan las siguientes condiciones:



Madrid

Administración
de Justicia

a) primer año de suministro sin condiciones, b) en el segundo año de suministro; haber alcanzado el año anterior la cifra de 400 abonados; c) en el tercer año de suministro y siguientes: además de b) haber alcanzado la cifra de consumo anual de 8 millones de termias en el año anterior; hace referencia a los tres últimos párrafo de la estipulación 10 del Convenio: "si por causas ajenas a la Comunidad de Propietarios Ciudad de Santo Domingo y Gas Madrid no se pudiera proceder a la facturación conforme a la fórmula arriba indica, ambas partes se comprometen a encontrar un procedimiento que mantenga las condiciones económicas estipuladas para el suministro", "En caso de no cumplirse las condiciones indicadas el valor de K en la fórmula de facturación sería $K=1$ ", "Cuando por parte de los Organismos de la Administración competente se modifique la actual estructura tarifaria, deberá someterse a revisión, por las partes, todo lo enunciado en esta estipulación"; y se sigue señalando como en la estipulación 16 del Convenio se establece que las partes "se obligan a transmitir, en su caso, a sus continuadores legales, cualesquiera y por los motivos que fueren, incluso de forma parcial las obligaciones que contraen por este documento", en base a la precedente estipulación, el 29 de Julio de 1988 se suscribió contrato de subrogación de la Cooperativa demandante en la posición de la antes referida Comunidad de Propietarios, haciendo referencia a estipulaciones contenidas en dicha subrogación, aceptada por Gas Madrid, contrayendo la Cooperativa la obligación de gestionar y ceder nuevos terrenos en el caso de que no se pudiera realizar la instalación de regulación según lo acordado, retrotrayéndose la efectos de la subrogación a la fecha de la firma del antes referido Convenio, se hace referencia a las obligaciones que contrae Gas Madrid, cual la de solicitar al organismo administrativo competente la autorización para la conexión a la red de distribución de gas natural de la Urbanización por comuneros de ésta que no sean miembros de la Cooperativa, con autorización previa de ésta; se pactan compensaciones económicas y que una vez cedida la



Madrid

Administración
de Justicia

red de distribución, Gas Madrid S.A. podrá utilizarla además para suministrar gas natural a otros usuarios mientras que no altere las condiciones normales de suministro a la mencionada urbanización; se hace referencia a la Orden de Concesión Administrativa de la Consejería de Economía de la Comunidad de Madrid para el servicio público de suministro de gas combustible canalizado a la referida Urbanización, con referencia a especificaciones contenidas en la misma.

En comunicación de 22 de Abril de 1999 Gas Natural procede a confirmar la vigencia del Convenio, en el mes de Febrero de 2002 Gas Natural remite comunicación por la que notifica la suspensión temporal de las condiciones particulares de la facturación que viene aplicando, como consecuencia de la aplicación del nuevo marco tarifario y su incorporación a su sistema informático, indicando que: "una vez conozcamos el nuevo marco tarifario y sea posible establecer una relación con la situación actual, nos pondremos de nuevo en contacto con ustedes para informarles del resultado y criterio a seguir...", a dicha comunicación contesta la demandante mediante burofax de 18 de Noviembre de 2002, indicando que la tarifa a aplicar deberá ser equivalente a la bonificación que se venía efectuando en virtud del Convenio; transcurrido un año, el 13 de Febrero de 2003, Gas Natural dirige otra comunicación proponiendo la tarifa a aplicar a los Cooperativistas, que es equivalente a la tarifa normalizada por la Compañía, sin contemplar bonificación alguna, y además comunica que da por concluido el Convenio, alegando que consideran que ya se ha cumplimentado el derecho que la Cooperativa tiene a resarcirse de los gastos que en su día tuviera por la ejecución de la red, al amparo de la condición quinta del Convenio, a lo que la demandante muestra total disconformidad, estimando que el plazo de amortización debe ser, cuando menos, el mismo que le reconoce a la concesionaria por parte de la Administración Pública en la correspondiente concesión administrativa por un período de 75 años.



Madrid

Administración
de Justicia

Se concreta que hasta el mes de Febrero de 2002 Gas Natural (sucesora de Gas Madrid) ha venido aplicando las bonificaciones según la fórmula y tarifas que estaban consignadas en el Convenio, no obstante a partir de esa fecha se suspendieron las bonificaciones en el consumo y se procedió a facturar a cada uno de los cooperativistas como a cualquier otro, siendo que se ha venido produciendo una diferencia por exceso en la facturación de los cooperativistas.

Hace referencia a enganches realizados indebidamente por la demandada y al no abono por ésta de la cantidad procedente.

SEGUNDO: La demandada comparece para oponerse a las pretensiones de la demanda y lo hace reconociendo como en virtud del Convenio en aquélla referido las partes asumieron una serie de obligaciones, para señalar que la contraprestación por ella asumida, aplicar a la tarifa de gas la bonificación que en el Convenio se detalla, ha sido rigurosamente cumplida durante quince años, señalando que ya se recogió en el Convenio la posibilidad de cambio de la estructura tarifaria y las consecuencias que tendría sobre lo pactado, con referencia a la estipulación décima in fine: "Cuando por parte de los Organismos de la Administración competente se modifique la actual estructura tarifaria, deberá someterse a revisión, por las partes, todo lo enunciado en esta estipulación", siendo que el 8 de Octubre de 1998 se publica la Ley 34/1998, de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos, cuyo objeto es renovar, integrar y homogenizar la distinta normativa vigente en materia de hidrocarburos, siendo Ley de carácter básico, proclamando un nuevo régimen económico, con normativa de desarrollo, RRDD 949/2001, de 3 Agosto y 1434/2002, de 27 de Diciembre, por lo que vigentes tales disposiciones procedía la revisión del convenio, por ello la remisión de comunicación a la demandantes en Febrero de 2002, documento 8 de la demanda, comunicando que la aplicación del nuevo marco tarifario obligaba a una nueva consideración de las condiciones particulares de la



Madrid